

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría de Investigación en Derecho

## **¿Igualdad para diversos?**

Raquel Victoria Domínguez Padilla

Tutor: Juan Javier Aguiar Román

Quito, 2020

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

|   |   |   |
|---|---|---|
|  | <p>Reconocimiento de créditos de la obra</p> <p>No comercial</p> <p>Sin obras derivadas</p> |  |
|---|---|---|

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



## Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Raquel Victoria Domínguez Padilla, autora de la tesis intitulada “¿Igualdad para diversos?”, 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 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 formato 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/a 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.

11 de junio de 2020

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

En el presente trabajo, discutimos el hecho de que el concepto clásico de la igualdad ha sido utilizado como base para fundamentar la existencia de los derechos de todos –en general– y de ciertas “minorías” –en particular– que de alguna manera no son consideradas como parte de esa totalidad. Desde nuestra perspectiva, el problema de fondo es este, aplicar un concepto que ha sido pensado para unas realidades y que, por lo tanto, no responde eficientemente a otras.

En razón de esto, estudiamos a profundidad la noción de igualdad y las implicaciones que ha traído su implementación en el Derecho, sobre todo para el caso de los *diversos*. Si bien es cierto, gran parte de esta investigación aborda a la igualdad como escenario, debido a su trascendencia histórica. También es cierto, que la cuestionamos mucho y que, particularmente, a nosotros nos genera más dudas y reflexiones el tema de las diferencias. Y de manera especial, ¿cómo es que lo diferente convive con lo igual?, ¿cómo se establece que algo es igual o por el contrario se señalan sus divergencias?, ¿cuáles son los parámetros?, ¿cuál es la perspectiva?, y si son tan ambivalentes ¿cómo es que se pueden garantizar jurídicamente ambas ideas, sin que ninguna sea tachada de inválida o se acepte que esto genera contradicciones (al menos teóricas porque las fácticas son evidentes)?

Al contemplar el valor de las diferencias, encontramos que el uso de la igualdad como sustento para la aplicación de derechos es muchas veces inconveniente y forzado. Aunque, por supuesto no negamos los logros alcanzados gracias a la exigencia de derechos en términos de igualdad. Lo que sostenemos es que la eficacia de la igualdad es cuestionable –o altamente cuestionable– cuando se trata de los grupos que se destacan por su diversidad, en atención a sus particularidades.

Palabras clave: diversidad, diversos, diferencia, derechos específicos, igualdad, discriminación.



A mi hijo, Vladimir Alejandro (*in memoriam*).



## Agradecimientos

Agradezco a mis padres, Lindon Domínguez y Luz Padilla, por el apoyo constante, por ayudarme a enfrentar las circunstancias más adversas con valor, fe y confianza. A mi hermano Lyndon, por su admirable seguridad en las “cosas imposibles”. A mi hermano José María. A mi familia le debo todo.

A mis tíos, Amable Domínguez y Dioselina Velázquez, y a mis primos Carmen, Verónica, Edison y Margarita, quienes me abrieron las puertas de su casa y me brindaron el incomparable calor de hogar que necesité estando lejos de mi familia. Su auxilio fue invaluable. Un agradecimiento especial a mi prima Carmen y al pequeño Mateo, por su comprensión y cariño, al recibirme en su residencia.

A mi novio Vladimir Bazante, por ser mi apoyo incondicional en las situaciones más difíciles, gracias por tanto.

A la familia Bazante Pita, especialmente a las señoras Fátima y Cecilia Pita, a Alfaro y a Marighela Bazante, por la inmensa y oportuna ayuda brindada, principalmente en mi etapa de recuperación en Guayaquil.

A Anita Bravo, por todas las veces que tuvo la paciencia de ser mis oídos y por su ánimo siempre atento para ayudarme en la ciudad de Quito.

A todos los docentes y compañeros de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. En especial al Dr. César Montaña Galarza, rector de la Universidad, por haberme dado la oportunidad de participar en esta maestría y por facilitar el trámite para la culminación de mis estudios cuando la hipoacusia súbita se presentó.

A las profesoras Claudia Storini y Elsa Guerra, por haberme guiado en la delimitación de esta tesis, por los valiosos conocimientos que generosamente pusieron a mi disposición y por el cariño de siempre. A Elsita, le agradezco especialmente por la paciencia al ser mi primera tutora.

A mi tutor, el Dr. Juan Aguiar, quién con gran presteza supo dirigir mi investigación y llevarla a feliz término. Cada una de sus observaciones y comentarios enriquecieron significativamente el trabajo aquí desarrollado.

Al Dr. Michel Leví Coral, su calidad humana y profesional es excepcional. Le quedo muy agradecida por su interés, su apertura y por haber visto más allá de los obstáculos que pudieron derivarse de mi condición.

A Angélica Cordero, por la amabilidad de siempre y por su gentileza al brindarme su mano para realizar cuestiones administrativas, las cuales durante mi lejana estancia simplemente hubieran sido imposibles de realizar.

A mis queridos amigos, Claudia Sánchez, Tania Torres, Viviana Garcia, Amosandra Torres, Diego Guambo, Ángel Estívariz y Luis Tuco, por la amistad y el apoyo brindados en los momentos en que mi salud decayó. Siempre los recuerdo con mucho cariño.

Un agradecimiento especial, al personal de la biblioteca de la Universidad de las Artes, en Guayaquil, cuyo significativo aporte permitió que finiquitara mis investigaciones de la mejor manera posible.

## Tabla de contenido

|   |     |
|---|-----|
| Introducción .....  | 13  |
| Capítulo primero. Diversos, diferencia(s) e igualdad .....  | 17  |
| 1. Los diversos y la(s) diferencia(s).....  | 17  |
| 1.1. La(s) diferencia(s).....   | 18  |
| 1.2. Diferenciación y discriminación.....   | 22  |
| 1.3. Derechos específicos de los diversos.....  | 27  |
| 2. La igualdad y sus diferentes escenarios.....   | 31  |
| 2.1. Igualdad, ¿término absoluto?.....  | 36  |
| Capítulo segundo. Connotaciones de la igualdad .....  | 47  |
| 1. Igualdad formal y categorías sospechosas .....   | 48  |
| 2. Igualdad material y medidas de acción afirmativa .....   | 54  |
| 2.1. Tratamientos jurídicos diferenciados.....  | 58  |
| 2.2. Grupos discriminados, desaventajados o vulnerables .....   | 63  |
| Capítulo tercero Problemas de la igualdad formal y material frente a la diversidad ..                     | 71  |
| 1. Problemas de la igualdad formal .....  | 71  |
| 1.1. Discriminación directa o de <i>jure</i> .....  | 72  |
| 1.2. Discriminación indirecta o de <i>facto</i> .....   | 78  |
| 2. Problemas de la igualdad material .....  | 82  |
| 2.1. Cuestionamientos (rechazo) a las políticas de acción afirmativa .....                                | 83  |
| 2.2. Problemas por errónea aplicación de las medidas de acción afirmativa:<br>discriminación directa..... | 88  |
| 2.3. Problemas por insuficiencia de los derechos específicos .....  | 90  |
| Conclusiones .....  | 99  |
| Bibliografía .....  | 105 |



## Introducción

Por mucho tiempo, no todas las personas eran libres. No todas las personas eran consideradas ciudadanas. No todos (y ninguna, por un largo período) tenían derecho al voto, a la educación, al trabajo. Incluso en esquemas en los que se hablaba de universalidad también se verificaba –y se verifica– que de hecho para todo y para todos se han creado múltiples tipos de clasificaciones y jerarquías. Y la razón de todo aquello: la consigna de élites opresoras de acaparar y conservar el poder, ligada siempre a la animadversión por lo diverso. Pues, las relaciones de poder y dominación se basan en el sometimiento de los “otros diferentes”.

Pero, más allá del rechazo a la diversidad, esta categoría debería ser reconocida como un hecho de la realidad, que sobrepasa nuestros mejores intentos de ignorarla, negarla u ocultarla, la verdad es que *todos somos diferentes*, y en cuanto tales, el factor de la diferencia no debería ser usado para causar algún tipo de perjuicio. Sin embargo, la historia da cuenta de que los derechos más elementales que se les deberían reconocer a todos, tuvieron como únicos titulares por mucho tiempo, a pequeños segmentos privilegiados de la población, incluso sobre aquellos que más los necesitaban.

Esta realidad se reconoció mundialmente, por lo que se libraron arduas luchas para acabar con estas situaciones. Entonces, la diversidad fue abandonada y, haciendo abstracción de ella se buscó obtener un beneficio mayor que el alcanzado (o alcanzable) mediante su afirmación. Para esto, se recurrió al concepto de *igualdad*, como principal arma de ataque. Un concepto que muchas veces tiene más características de idílico que de práctico.

Y aun cuando construir una sociedad igualitaria es uno de nuestros mayores afanes y aspiraciones, no podemos olvidar que la *igualdad es una ficción*, cuya aplicación tiene consecuencias tangibles ciertamente, pero, que es una ficción al fin. Lo que nos plantea un primer problema, ¿cómo entender una ficción? Pues bien, este tipo de conceptos abstractos como muchos otros, podemos comprenderlos mejor desde otras perspectivas un poco más tangibles, aquellas que nos permiten tener un panorama más claro de una realidad

específica y que comprendemos mejor porque en algún grado y con alguna frecuencia las hemos vivido.

Por eso, en este trabajo, estudiamos la noción de igualdad desde la *diferencia* o desde los diferentes y el factor de la vulnerabilidad asociada a ellos. Partimos de la consideración de un problema teórico, esto es, el inconveniente que representa para la fundamentación de los derechos de personas pertenecientes a grupos vulnerables (a quienes nos referimos también como “diversos”), la consideración de la categoría de igualdad como base para su establecimiento y garantía. Porque con esta noción se acepta una concepción epistemológica que niega la heterogeneidad de las personas y sus diferentes necesidades, sobre todo a nivel jurídico (tutela, exigibilidad y justiciabilidad).

Los grupos vulnerables son los más afectados en cuanto al reconocimiento de derechos porque siempre que se habla de ellos, no se piensa en sus particularidades sino en cómo garantizarles derechos según las exigencias de las mayorías (es decir cómo permitirles el acceso a derechos, atendiendo al principio de universalidad), lo cual no significa su real reconocimiento. Pues, someterlos al mismo régimen de derechos que rige para las mayorías es una cara de la moneda “garantía de derechos”, cuya otra faz –aunque se quiera negar– es la afectación de los *propios derechos* de estos grupos. Y hablamos de afectación porque –la mayoría de veces– para acceder a un derecho, las personas que constituyen lo diverso se ven obligadas a negar sus características representativas y adoptar o adaptarse a otras que les son ajenas, afectando su identidad, e incluso impidiendo o entorpeciendo el ejercicio de ciertos derechos que les son exclusivos, aquellos derechos que les son inherentes por sus singularidades.

Por esto, la pregunta central que guía nuestra investigación es: ¿Qué tan adecuada es la noción de igualdad en la fundamentación de la garantía y ejercicio de los derechos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables? Lo que sostenemos en este trabajo y que tratamos de evidenciar, es que el uso de la igualdad –en sus distintas versiones– es problemático para los diversos. Principalmente porque con la igualdad se pierde el detalle de sus diversidades, en especial sus realidades, sus historias, sus luchas y la multiplicidad de cosmovisiones desde las cuales se identifican, proyectan sus vidas y desarrollan su personalidad.

Ahora, la perspectiva teórica metodológica que hemos utilizado como base en la elaboración de este trabajo es la analítica crítica. Pero además, se han utilizado los métodos histórico, hermenéutico y analítico descriptivo. Por otro lado, el tipo de fuentes a las que hemos recurrido son principalmente jurídicas, de carácter doctrinario, mismas que complementamos con el uso de normas constitucionales y de rango inferior, así como sentencias y otros instrumentos legales. Además de esto, nos hemos ayudado de fuentes periodísticas (varias notas de prensa y revistas), que han servido para demostrar de manera más contundente los problemas que afrontan los grupos vulnerables cuando no se consideran sus diferencias a la hora de garantizar o establecer los parámetros para el ejercicio de sus derechos.

Una vez mencionado esto, debemos advertir que dada la naturaleza de los conceptos aquí estudiados, los enfoques y subtemas de análisis son en efecto, muy amplios para cubrirlos todos en este trabajo. Por lo cual, esta investigación se limita a incursionar desde una perspectiva marcadamente crítica (en varias ocasiones se evidenciará que nos apoyamos en aportes feministas para cuestionar ideas y dirigir nuestra exploración), en el área teórica de los derechos, especialmente, en cómo estos se han garantizado desde la noción de igualdad aún para el particular caso de los grupos en los que la constante es la diversidad.

Así, en este trabajo estudiamos ambos conceptos, igualdad y diversidad. Recorremos los caminos por los que se cruzan, confunden y divergen. La presente tesis está compuesta por tres capítulos. En el primer capítulo, “*Diversos, diferencia(s) e igualdad*”, abordamos en primer lugar el tema de los diversos y las diferencias; seguidamente, analizamos los fenómenos de la diferenciación y la discriminación, por ser asuntos estrechamente vinculados con los primeros. Concluido aquello, nos enfocamos en la consideración de los derechos específicos de los diversos. Todo esto, para dejar sentadas las bases teórico-conceptuales de nuestro objeto de estudio, y poder finalizar este capítulo con un acápite en el que estudiamos a la igualdad desde sus inicios en el mundo jurídico. Donde, revisamos varias perspectivas según las cuales constatamos que los cambios que ha sufrido la igualdad –como concepto–, más que semánticos han sido semióticos, sobre todo por la variada ausencia y/o presencia de los sujetos a considerar como iguales.

En el segundo capítulo, “*Connotaciones de la igualdad*”, hacemos una revisión histórica de la noción de igualdad, lo que nos permite constatar que su progreso se ha dado de la mano de la evolución de los modelos de Estado. Y es precisamente gracias a ese progreso, que se produjeron importantes cambios en la dialéctica de la igualdad, lo que desembocó en el origen de sus versiones clásicas: igualdad formal e igualdad material. Este capítulo es importante, ya que nos permitió conocer con más detalle las categorías que debatimos en el siguiente apartado.

Finalmente, en el tercer capítulo, “*Problemas de la igualdad formal y material frente a la diversidad*”, confrontamos los temas revisados en el primer y segundo capítulo (diversidad e igualdad). Y, encontramos que, los problemas que se producen al aplicar la igualdad en asuntos de diversos, no son simples, pues propician el surgimiento o mantenimiento de escenarios discriminatorios. Observamos, que la implementación de la igualdad formal es más grave, porque en ocasiones permite la existencia de “discriminaciones legales”, incluso en normas constitucionales. Pero, además, verificamos que las complicaciones también pueden originarse en errores de aplicación y en la falta de aceptación y conocimiento de todo aquello que implica lo diverso.

Después de esto, el lector podrá encontrar una última sección de la tesis, en la que dejamos constancia de las observaciones y conclusiones a las que llegamos producto de este trabajo de investigación. Siendo la más destacada, la comprensión de que ante los casos especiales (esto es, la verificación de necesidades especiales o violaciones de derechos específicos que aquejan de manera exclusiva a determinados diversos por sus particularidades) la igualdad se revela, por decir lo menos, insuficiente.

## Capítulo primero

### Diversos, diferencia(s) e igualdad

Delimitar claramente quién o quiénes conforman el objeto (o en este caso los sujetos) de estudio, es una tarea fundamental en todo trabajo de investigación. Esto, es aún más importante si consideramos que en nuestro trabajo analizamos la noción de igualdad (por lo que se podría pensar equivocadamente, que estudiamos a la *totalidad* de seres humanos), pero no precisamente desde “los iguales”. Por lo que, con el propósito de fijar la ruta de nuestra investigación, empezaremos aclarando a qué diversos hacemos alusión cuando nos planteamos la pregunta: ¿igualdad para diversos?

Entonces, se vuelve imperativo abordar en este primer capítulo los temas concernientes a los diversos, sus diferencias y sus derechos específicos, para que seguidamente, podamos ocuparnos de cuestiones un poco más elaboradas como son los fenómenos sociales de la diferenciación y la discriminación. Estos temas, además, tienen singular importancia ya que en una especie de bipolaridad discursiva, son simultáneamente, asuntos de la diferencia y asuntos de la igualdad. De ahí, que no podríamos adentrarnos correctamente en debates sobre la igualdad sin antes analizar las razones por las que no deben confundirse estos temas.

Finalmente, afrontaremos el concepto de igualdad desde varios frentes y examinaremos sus usos más comunes (al ser empleado como valor, principio o derecho), esto nos permitirá ir construyendo un mejor entendimiento de esta categoría y su dialéctica como garante de derechos.

#### 1. Los diversos y la(s) diferencia(s)

Judith Salgado, señala que “[l]a especie humana tiene como una característica innegable la *diversidad*”.<sup>1</sup> Pero, aunque esta característica nos acompaña a todos, la verdad

---

<sup>1</sup> María Judith Salgado, «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos», en *Diversidad ¿Sinónimo de discriminación?*, Comunicaciones INREDH, Serie de Investigación 4 (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, 2001), 13.

es que para unos, poseer determinados rasgos identitarios puede ser sinónimo de discriminación. Por esto, en esta tesis no nos enfocamos en *todos los diversos* (comprendiendo que esto involucraría a todas las personas sin excepción), sino que, cuando nos referimos a “los diversos”, estamos hablando de aquellas personas o grupos de personas, quienes precisamente en razón de su diversidad (étnica, sexual, física, funcional, social, ideológica, entre otras), han sido víctimas de discriminación sistematizada e histórica y que además, frecuentemente se encuentran en situaciones de vulnerabilidad de muy difícil erradicación.

En este sentido, *estos diversos* están constituidos por aquellas personas que más han sufrido los horrores de la humanidad. Desde tiempos inmemoriales hasta nuestros días, la intolerancia, los prejuicios, el odio y la injusticia de las sociedades se han dirigido especialmente a estas personas por el único hecho de *ser diferentes*.

Desde la doctrina ya se ha estudiado ampliamente a estos grupos, haciendo énfasis en sus realidades de sometimiento y exclusión, con alusiones tales como: grupos vulnerables, desaventajados, oprimidos, marginados, invisibilizados. Con estos referentes, nos es inevitable pensar en que a los diversos siempre (o casi siempre) se los ha concebido como “los otros”, *esos otros*, comprendidos exclusivamente como aquellos *no iguales*, y que por lo tanto, solo pueden representar otra cosa, conformando aquello a lo que llamamos diversidad, aquella *otredad* carente de derechos, carente de valor, despojada de dignidad.

Con este preámbulo, queda claro que al hablar de los diversos, antes que revisar otras consideraciones, en primer lugar se debe hablar de diferencia o de diferencias. Seguidamente, repararemos en algunas perspectivas de estos conceptos.

### **1.1. La(s) diferencia(s)**

Pensar en la(s) diferencia(s) plantea algunos problemas conceptuales o filosóficos si se quiere, y surgen los primeros cuestionamientos. Pues, si *todos somos diferentes*, ¿por qué las diferencias no afectan o benefician a todos por igual? Pero, empecemos por un tema fundamental ¿qué son (y cómo se entienden) la diferencia –en singular– y las diferencias?

Desde un punto de vista antropológico, la *diferencia* es “una propiedad de la *otra* cultura”,<sup>2</sup> es decir, aquello que define la esencia de una cultura determinada y la convierte en “otra”. Sin embargo, José Sánchez-Parga destaca que, esa diferencia no existe en la realidad, y que simplemente es el producto de una relación comparativa que contrasta dos o más culturas.<sup>3</sup> En este sentido, las culturas –y nosotros añadimos, las *personas* de manera individual y colectiva– se identifican y adquieren un significado relevante, no tanto por su sola existencia, sino con mayor razón cuando se contrastan con las demás. En resumidas cuentas, “la diferencia no es más que *ser para un Otro*”.<sup>4</sup>

Ahora, la antropología centra su estudio en las *diferencias culturales* porque a partir de ellas se puede descubrir lo que las culturas tienen en común, y también para poder entender esas diferencias desde la sociedad que las produce.<sup>5</sup> Lo que permitiría responder a las interrogantes de quiénes, cómo, cuándo y por qué se producen las diferencias.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, Elizabeth Jelin expone al menos tres formas de concebir la diferencia.<sup>6</sup> En la primera, la diferencia es entendida como un rasgo que parcializadamente poseen “algunas personas”, pudiendo relacionársela directamente con el tema de la inferioridad. Y en este sentido, “las personas diferentes no pueden [...] ser portadoras de derechos y son vistas como ‘dependientes’ o ‘no ciudadanas’”.<sup>7</sup> El segundo enfoque, se preocupa por las diferencias siempre y cuando se garantice la idea de la “igualdad ante la ley”, lo que significa que las diferencias serán negadas o ignoradas y que a lo sumo, se hará un intento por develar las diferencias que “ameriten un tratamiento ‘verdaderamente diferenciado’”.<sup>8</sup> La tercera perspectiva, considera que “la diferencia es función de las relaciones sociales”,<sup>9</sup> esto implica que esta categoría pertenece al conjunto instituciones sociales y jurídico-normativas más que al de personas.

---

<sup>2</sup> José Sánchez-Parga, *El oficio de antropólogo. Crítica de la razón (Inter) cultural*, Estudios y análisis (Quito-Ecuador: Centro Andino de Acción Popular -CAAP-, 2005), 19. El énfasis es mío.

<sup>3</sup> Sánchez-Parga, 19.

<sup>4</sup> Sánchez-Parga, 19 citando a Felix Meiner Verlag en «Phanomenologie des Geistes», 105.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, 18.

<sup>6</sup> Elizabeth Jelin, «Mujeres, género y derechos humanos», en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Primera edición (Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 193-94.

<sup>7</sup> Jelin, 193.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 194.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

En la misma línea jurídica, Luigi Ferrajoli advierte que las diferencias son *naturales* o *culturales*, entendiéndose como tales a “los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo *individualizan* a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos [reconocidos en la Constitución]”<sup>10</sup> y principalmente por el principio de igualdad. Partiendo de esta idea, podemos ampliar su significado al verificar que esos “rasgos específicos que diferencian e individualizan a las personas” de hecho son múltiples y no únicamente naturales o culturales.

En realidad, una clasificación más prolija partiría de dos grandes tipos de diferencias principales: las diferencias *naturales* (en estas coincidimos con Ferrajoli) y las que son *producto de distintas construcciones*, aquellas conformadas –por decirlo de alguna manera– de modo artificial, pues estas últimas pertenecen más bien al mundo de las ideas.

Ahora, estos grandes conjuntos pueden a su vez pormenorizarse en diferentes categorías, por ejemplo dentro de las diferencias naturales tenemos: a la “diversidad funcional”,<sup>11</sup> el sexo, la etnia, la salud, la edad, entre otras. Y dentro de las diferencias “construidas”, podríamos ubicar a las diferencias culturales, resaltando que no son las únicas, pues fácilmente se advierte que pertenecen a estas las de tipo social, político, ideológico, filosófico, jurídico y otras.

Por supuesto, cada subclasificación podría a su vez detallarse aún más y esta tarea podría ser particularmente sencilla en el caso de las categorías de las diferencias naturales, sin embargo, en el caso de las diferencias construidas o artificiales aquello podría ser en extremo complicado, pudiéndose generar serios debates sobre la pertenencia o no de una diferencia específica a un determinado tipo de construcción. Uno de los ejemplos más claros de esto es el del “género”, pues, existen corrientes que sostienen que es una ideología, otros lo consideran un asunto más bien político, otros aseguran que se trata de “una categoría analítica” y en cuanto tal, puede ser utilizada como herramienta de análisis en varios campos.

---

<sup>10</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, tercera edición (Madrid, España: Editorial Trotta, 2002), 82. El énfasis es mío.

<sup>11</sup> Bernardo Vázquez utiliza este término en reemplazo de la palabra “discapacidad” en su artículo “La discapacidad como imaginario”\*, acogiendo la terminología propuesta por M. Lobato y J. Romañach, “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, <http://www.forovalidaindependiente.org/node/45>. 26 de julio de 2009.

\* Claudia Storini, ed., *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos.*, vol. 41, Estudios jurídicos (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2017), 50.

De todas maneras, a pesar de lo complejo que sea el definir con precisión una diferencia construida, no podemos dejar de lado el gran valor que se les ha asignado en la dirección de la vida en sociedad. Así, tenemos el caso sobresaliente de las *diferencias jurídicas*, por ser aquellas que se crean mediante la interrupción del Estado en la vida de las personas a través de las leyes. Y que además, de entre todas las diferencias estas podrían ser un poco más moldeables (y al mismo tiempo más difíciles de sostener) porque tienen la particularidad de formar parte de otras tantas invenciones humanas que sirven para respaldar esquemas o sistemas de gobierno en los que generalmente aceptamos perder cierto grado de libertad en pos de un bien superior.

Ahora bien, la tipología aquí presentada no es limitante y bien podría extenderse en un etcétera *cuasi* infinito (sobre todo por las diferencias construidas), así como los grupos que suelen representar esas diferencias. Pero, más allá de los tipos de diferencias que existan, lo que importa desde el punto de vista jurídico es conocer qué diferencias merecen ser tuteladas, es decir, ¿qué hace que unas diferencias sean más relevantes que otras? y ¿en qué contexto sucede esto?

El problema de cómo establecer que una diferencia es relevante para que amerite ser tutelada jurídicamente se resuelve considerando que generalmente, las relaciones entre las personas se han dado mediante la lógica del “superior” vs “el inferior”,<sup>12</sup> lo que ha significado siempre una relación de desigualdad, donde el dominante somete al dominado tanto como puede, tanto como las circunstancias se lo permiten. Históricamente, sabemos que la violencia física, sexual y psicológica, han sido las formas más reiteradas en las que los grupos de poder se han impuesto sobre los grupos sometidos, pero no han sido las únicas, a la par o posteriormente el abuso se ha extendido a los ámbitos económico, laboral, social, cultural y otros.

En observancia a las relaciones asimétricas imperantes en las sociedades, reconocemos que la constante en las relaciones humanas, ha sido el *sometimiento*, y es en este factor donde encontramos una razón suficiente para afirmar que son precisamente las diferencias de los grupos inferiorizados las que deben ampararse. Adicionalmente, en

---

<sup>12</sup> María Judith Salgado parafraseando a Simón Pachano\* «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos», en *Diversidad ¿Sinónimo de discriminación?*, 16.

\* Simón Pachano, «Imagen, Identidad, Desigualdad», en: *Los Indios y el Estado País*, ediciones ABYA YALA, Quito, 1993, 180-5.

relación a los temas de desigualdad y sometimiento, es importante especificar, el momento en el que se deja de hablar de diferencias y se empieza a hablar de discriminación. Y ya que en este trabajo hacemos muchas referencias a ambos términos y esta determinación es especialmente fundamental para los diversos, en seguida dirigiremos nuestro estudio a su análisis.

## **1.2. Diferenciación y discriminación**

Empezando con la diferenciación, tenemos que (a manera general), es un acto según el cual determinadas personas reciben un tratamiento que las separa del resto. Las primeras impresiones respecto de las diferenciaciones, nos llevarían a pensar que estas conllevan repercusiones negativas sobre quienes recaen. Pero, un análisis más amplio revela que los tratos diferenciados también pueden crear regímenes privilegiados para ciertos grupos – como en el caso de las acciones afirmativas o de ciertos hombres en el Estado Liberal–. Siendo este último enfoque el que nos interesa destacar desde el punto de vista jurídico.

En este tipo de actos, se abandonan las semejanzas (aunque estas sean muchas) y se resaltan las diferencias. Es importante mencionar que las diferenciaciones en el trato a las personas no son exclusivas del ámbito jurídico, de hecho, son más comunes y cotidianas de lo que parece. Aunque la mayoría de veces no tengan relevancia jurídica, podemos afirmar que el realizar diferenciaciones está íntimamente ligado al actuar humano e incluso son tan frecuentes que las encontramos en la naturaleza.

Hacemos diferencias en el trato por ejemplo, cuando aprobamos o rechazamos a las personas para entablar relaciones de amistad o de mayor intimidad según nuestras particulares afinidades o preferencias. O a la hora de contratar un servicio dependiendo de los requerimientos que tengamos para realizar un trabajo específico o incluso, cuando el fin perseguido simplemente sea el de divertirse, donde podría decirse que es el objetivo en el que de manera más recurrente predominan criterios no tan racionales como los gustos, recuerdos o influencias. Y todo esto se da sin que se violen derechos o la dignidad de las personas, sino solo excepcionalmente.

Sin embargo, las diferenciaciones adquieren importancia en el campo legal cuando en razón de ellas se establecen limitaciones (al determinar quienes serán beneficiados y quienes no) para la asignación de prestaciones o servicios, siempre y cuando tales actos no configuren discriminaciones. Esto con el fin de crear condiciones que permitan la realización de la igualdad en los hechos.<sup>13</sup>

Ahora bien, existe una delgada línea entre los actos de diferenciación y los de discriminación, que muchas veces se difumina o se borra definitivamente. Y es que, los distanciamientos entre estos dos términos, estarían dados básicamente por el grado de *razonabilidad* de sus argumentos. Pues, aquellos criterios que no pasen el test de razonabilidad se reputan discriminatorios.

Sumado a eso, y a pesar de las aproximaciones conceptuales de ambas nociones, debemos recordar que aunque toda discriminación implica una diferenciación, *no toda diferenciación constituye per se una discriminación*. Así lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma:

[...] Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que *no todo tratamiento diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “sobre los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de gran número de Estados democráticos” definió que sólo es *discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”*. Existen en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.<sup>14</sup>

Por otro lado, la *discriminación*, ha sido comprendida como un fenómeno social dependiente de la noción de igualdad. El desarrollo de este concepto en principio

<sup>13</sup> Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos.*, 306.

<sup>14</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, citado en Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires, Argentina: Grupo editorial Siglo Veintiuno, 2016), 69-70. El énfasis es mío.

inexistente en varios instrumentos internacionales de protección de derechos, se desarrolló más tarde bajo el condicionante de la igualdad para su configuración.

Debido a que ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen en sus normativas una aproximación semántica que permita esclarecer el alcance y significado de la palabra discriminación; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se pronunció al respecto en la observación general 18 sobre no discriminación de 10 de noviembre de 1989, construyendo una definición que tomó como punto de partida lo señalado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>15</sup> y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,<sup>16</sup> en sus artículos 1.1, así el término discriminación es entendido como:

[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 posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, *en condiciones de igualdad*, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>17</sup>

De esta explicación podemos resaltar algunos aspectos, empezando por el sentido que se le da a la palabra discriminación, siendo este uno negativo. Al respecto, María José Añón, desde un enfoque feminista señala que, a este término se le pueden asignar dos sentidos: un neutro y uno “negativo”. En el sentido neutro, discriminar significa “distinguir, separar o clasificar y ello no comporta, en principio, consecuencias y/o connotaciones

---

<sup>15</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Art. 1.1 “En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”.

<sup>16</sup> Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Art. 1.1 “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación general 18 sobre no discriminación*. 10 de noviembre de 1989. El énfasis es mío.

positivas o negativas”.<sup>18</sup> Desde el sentido negativo, discriminar se entiende como excluir, a la par de términos como “parcialidad, prejuicio, favoritismo o intolerancia”.

Esta distinción es importante porque como bien señala la autora, la misma tiene repercusiones en el mundo jurídico, al momento de analizar los tipos de violaciones que se dan al principio de igualdad. De esta manera, el sentido neutro correspondería a un sentido *amplio* del concepto discriminación, mismo que serviría para los casos en los que se incurra en una infracción al principio general de igualdad; y, el sentido negativo corresponde a un sentido *estricto*, aplicable a los casos en los que la violación de la igualdad se da por “criterios de discriminación prohibida”,<sup>19</sup> es decir, por las denominadas *categorías sospechosas*, que figuran en esta definición como motivos para la afectación de derechos y libertades.

Un segundo aspecto se rescata del enunciado que estamos analizando, la especificación de los motivos de discriminación, pero especialmente el término “*cualquier otra condición social*”. Esto nos indica una descripción no taxativa y por lo mismo no limitada del concepto, permitiendo que acciones que violenten derechos con base en criterios no comunes o tradicionales puedan ser catalogadas como actos discriminatorios.

Una tercera observación corresponde a la finalidad de la discriminación, en los términos “*por objeto o por resultado*”, de aquí se desprenden dos escenarios: uno en el que el trato discriminatorio se realizó con el *objetivo* de “anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio” de los derechos; y, otro en el que sin que necesariamente fuera el objetivo (este sería el caso de las discriminaciones *no intencionales*), como consecuencia de determinados actos se afectaron derechos humanos y/o libertades fundamentales.

Por otra parte, Añón citando a Alfonso Ruiz Miguel, nos ofrece otra definición del concepto discriminación, en este caso se lo designa como “un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social desclasificador, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de

---

<sup>18</sup> María José Añón, "Igualdad, diferencia, discriminación", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos.*, 1era edición: diciembre de 2009, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Unifem, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), 289.

<sup>19</sup> Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos*, 289.

manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo”.<sup>20</sup> Partiendo de esta definición podemos analizar de mejor manera, las circunstancias en las que las características diferenciadoras están revestidas por un carácter discriminatorio. Siendo esto, cuando “se utilizan para justificar algún tipo de diferenciación que abierta o subrepticamente desvaloriza a un individuo en razón del grupo al que pertenece”.<sup>21</sup> Aquí los prejuicios sociales en torno a ciertos grupos son innegables y la discriminación se genera precisamente por estos prejuicios.

En cuanto a la posibilidad de clasificar la discriminación, Añón ofrece varias alternativas, así, tenemos que existe discriminación directa e indirecta, y también discriminación individual y de grupo. La primera categorización hace referencia a los *tipos de tratamientos*, de esta manera, es *directa* cuando se implanta un tratamiento desfavorable, carente de justificación racional y que se fundamenta explícitamente en el factor que califica a la persona que termina siendo discriminada. Por otra parte, la discriminación es *indirecta* cuando se “hace abstracción de las diferencias y en virtud de la aplicación de criterios neutros para establecer un tratamiento igualitario, genera unos efectos desfavorables, perjudiciales o discriminatorios en unos sujetos frente a otros”.<sup>22</sup>

La segunda clasificación se enfoca en la diferente discriminación que existe cuando se da de manera individual y cuando esta recae sobre algún grupo. Los fenómenos que se presentan son los de la discriminación de un grupo frente a otro y el de la discriminación de un sujeto por la pertenencia a determinado grupo social; este último es el caso de los diversos.

Respecto de la primera clasificación, compartimos el punto de vista de la autora, pero además, creemos importante destacar que la discriminación indirecta es la que se *siente* y afecta en mayor medida que la discriminación directa. En primer lugar porque la expresión literal de tratamientos que a la postre resultan discriminatorios aparecen muy raramente en los ordenamientos jurídicos –y otras manifestaciones regladas de las sociedades– de la actualidad.<sup>23</sup> Y luego, porque la discriminación indirecta nos remite a los

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, 289.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, 289.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, 291.

<sup>23</sup> Esto se debe en gran medida a la preponderancia que se les ha reconocido a los derechos humanos, especialmente al criterio de dignidad de la persona humana y al principio de no discriminación, así como a la existencia de organismos que velan por su cumplimiento y sancionan su vulneración.

usos y costumbres que desde lo social representan las ocasiones más reiteradas y “aceptadas” de discriminación.

Ahora, siendo la discriminación un fenómeno social lamentablemente innegable, surge la necesidad de crear mecanismos que permitan proteger las diferencias y especialmente la identidad de los grupos (y sus miembros) más discriminados. Desde el ámbito jurídico se han planteado varias posibilidades que mencionaremos a continuación.

### 1.3. Derechos específicos de los diversos

Abordar el tema de la protección de los diversos, significa responder, entre otras, a dos preguntas básicas: ¿cómo se van a amparar esas diferencias?, y ¿esa protección deberá entenderse hermanada –o divorciada– de los derechos “universales”? Entonces, respondiendo al cómo, tenemos que, de manera primordial se ha recurrido al principio y/o derecho a la igualdad y no discriminación para resguardar las diferencias de los diversos bajo la denominación de “categorías sospechosas”, pero este es un tema que analizaremos posteriormente, cuando enfoquemos nuestro estudio en los tipos de igualdad.

Otros recursos para tutelar las diferencias son: el reconocimiento de derechos específicos y el establecimiento de entidades u organismos donde se pueda denunciar su violación; la creación de garantías (la garantía jurisdiccional de la acción de protección<sup>24</sup> es el mejor ejemplo en el caso ecuatoriano) y otros instrumentos que refuercen esos derechos (aunque muchos de estos “constituyen instrumentos de *soft law*, es decir, estándares no obligatorios”<sup>25</sup>); la consolidación de medidas de discriminación inversa (no obstante su naturaleza reparatoria más que preventiva); incluso podríamos señalar la tipificación de ciertos delitos, particularmente los de discriminación<sup>26</sup> y odio.<sup>27</sup> Pues, como señala David

---

<sup>24</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 88 y *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 39.

<sup>25</sup> Christian Courtis, «Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos.», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. (Madrid, España: DYKINSON, S. L., 2004), 131.

<sup>26</sup> Ecuador, Asamblea Nacional, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento No. 180 (Quito, 10 de febrero del 2014), art. 176.- “Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica,

Martín Herrera, “este tipo de delitos difiere de otros comunes, en el sentido en que estos son crímenes *basados en la hostilidad al diferente* debido a su etnia, raza, color de piel, religión, opinión, sexo, [diversidad funcional], status social e incluso su idioma”.<sup>28</sup> Así, se logra tutelar las diferencias mediante la punibilidad de su violación.

Ahora, de todas las opciones con las que se busca precautelar las diferencias, vamos a enfocarnos en los *derechos específicos de los diversos*, por ser este nuestro tema central de análisis. La justificación de la existencia de estos derechos está basada en la realidad de desigualdad y vulnerabilidad que padecen especialmente determinados grupos de personas, a quienes, mediante estas herramientas, se pretende compensar y ayudar a obtener igualdad en los hechos.

Sin embargo, a pesar de que el reconocimiento de derechos particulares a los diversos sea coherente con el historial de discriminación que los caracteriza, esto no ha significado su aceptación total, ya que se ha cuestionado ampliamente –entre otros– el tema de la compatibilidad y coexistencia de los *derechos humanos individuales* y los *derechos colectivos*. Doctrinariamente, se ha planteado un problema de fondo, aparentemente irrefutable: los derechos humanos protegen a las personas, entendidas como individuos, *no a los grupos sociales*. Por lo que, las colectividades, debido a su *diferencia ontológica*, no podrían ser sujetos de derechos humanos *prima facie*.<sup>29</sup>

Pero esta visión, como explica Rodolfo Stavenhagen es un “enfoque liberal e individualista de los derechos humanos”,<sup>30</sup> que mira en ellos exclusivamente el triunfo “de

condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, art. 177.- “Actos de odio.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si los actos de violencia provocan heridas a la persona, se sancionará con las penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio. Si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.

<sup>28</sup> David Martín Herrera, «Deficiente configuración normativa de los Delitos de Odio “Hate Crimes” en América Latina y Europa», en *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, primera edición (Pamplona, España: Aranzadi SA, 2012), 326. El énfasis es mío.

<sup>29</sup> Rodolfo Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina.*, Primera edición (Caracas, Venezuela: Nueva Sociedad, 1996), 161-62.

<sup>30</sup> Stavenhagen, 162.

la *libertad individual* en contra del Estado absolutista y de las limitaciones impuestas al individuo por instituciones y corporaciones posmodernas que reclaman su lealtad, exigen su sumisión y limitan su capacidad de elección”.<sup>31</sup> En este sentido, es inconcebible cualquier reconocimiento de las personas como “grupos” y mucho menos de las instituciones como entes capaces de fungir algún tipo de intercesión entre *el individuo y el Estado*.

Por supuesto, desde esta perspectiva, no se consideran por ejemplo, dos cuestiones importantes que advierte Stavenhagen. La primera, que existen derechos humanos *individuales*, que solo pueden ser ejercidos o protegidos en forma *colectiva*: es el caso del derecho a la libre asociación; del derecho a pertenecer a un sindicato; e incluso, del derecho al medio ambiente (aunque este último también podría considerarse al mismo tiempo como un derecho individual y un derecho colectivo).<sup>32</sup> La segunda, resalta el detalle de que muchas veces, los principales impulsores de debates y posterior consolidación de derechos humanos han sido “los grupos y colectividades con personalidad propia”. Y es por esto, que determinados colectivos “se vuelv[e]n de hecho sujetos de derechos humanos”.<sup>33</sup>

Además de estas observaciones, debemos destacar que la consideración de los derechos humanos individuales como *única* garantía para los diversos –sobre todo en nuestras sociedades latinoamericanas, profundamente divididas y con desigualdades estructurales múltiples (económicas, culturales, étnicas, entre otras)–, resulta obviamente insuficiente.

Para los grupos oprimidos, no basta con poseer la titularidad de los derechos humanos “universales”,<sup>34</sup> porque “el concepto mismo de “derechos humanos” sólo adquiere significado en un marco contextual específico” pues, “todos los seres humanos no son entes abstractos que viven fuera de su tiempo, contexto y espacio”.<sup>35</sup> Y considerando que, la calidad de vida de las personas que conforman estos grupos, no depende de manera

---

<sup>31</sup> *Ibíd.* Stavenhagen parafraseando a Elizabeth Jelin\*. El énfasis es mío.

\* Jelin, «Mujeres, género y derechos humanos», 194-95.

<sup>32</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 162; 164. Respecto al derecho al medio ambiente, este autor señala la posibilidad de la doble consideración planteada, debido a lo manifestado en la «Cumbre de la Tierra», en Río de Janeiro en junio de 1992, y de lo cual él asevera: «si la humanidad no cuida y conserva el medio ambiente cometerá suicidio colectivo y planetario». Stavenhagen, concluye que el derecho al medio ambiente, «como derecho individual sólo puede ser protegido colectivamente, de allí que deberá también ser considerado como un derecho humano colectivo».

<sup>33</sup> *Ibíd.*, 162.

<sup>34</sup> Se reputan *universales*, porque en teoría todas las personas deberían gozar de ellos, independientemente de la circunstancia, por el solo hecho de pertenecer a la especie humana.

<sup>35</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 157-58.

exclusiva de su voluntad de mejorar y desarrollarse, sino que la mayoría de veces, tormentosas circunstancias exógenas los sobrepasan, convirtiéndose estas en el mayor impedimento para el disfrute de los derechos humanos. Se debería tener en cuenta que respecto de los derechos humanos, existe un “núcleo de derechos humanos básicos universales” y una “*periferia de derechos humanos específicos* propios de categorías específicas de la población (niños, mujeres, trabajadores, migrantes, [diversos funcionales], refugiados, minorías étnicas, indígenas, etc”.<sup>36</sup>

Por lo que, en el especial caso de los grupos sometidos, para poder gozar plenamente de los derechos humanos que pertenecen al *núcleo*, es imperativo que al mismo tiempo, los derechos de la *periferia* sean disfrutados, ejercidos y amparados. Así, no deben entenderse excluyentes unos de otros, ya que, los derechos específicos de los diversos son “el resultado de largas luchas históricas y el reconocimiento de que la conceptualización de estos derechos específicos responde a realidades históricas y estructurales de diversa índole”.<sup>37</sup> Y que, además, constituyen una afirmación y ampliación de los derechos humanos básicos comunes a todos.

Ahora, una vez que hemos comprendido que los derechos específicos reconocidos a los diversos complementan y permiten una mejor aplicación de los derechos humanos individuales, nos corresponde analizar otro polémico asunto. Pues, la afirmación de ambos derechos encuentra su punto frágil cuando “los derechos reclamados como colectivos entran en contradicción con los derechos humanos individuales”.<sup>38</sup>

Con esto nos referimos expresamente a las violaciones de derechos individuales que se dan por la práctica de ciertos derechos colectivos. Al respecto, Stavenhagen y Enrique Mayer señalan dos ejemplos: por un lado, estarían las violaciones que se dan por las *costumbres y tradiciones* de determinados colectivos, un buen ejemplo de esto es el caso de las “mutilaciones sexuales de las niñas en algunas sociedades africanas”<sup>39</sup>; y, por otro lado,

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*, 158. El énfasis es mío.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Enrique Mayer, «Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos», en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina.*, Primera edición (Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 172-74.

<sup>39</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 163. Este tipo de actos se han registrado en partes de Medio Oriente y Asia, también en comunidades de inmigrantes en Europa y el norte de América y Australia, así como entre la comunidad indígena embera, en Sudamérica.\*

estarían aquellas violaciones que se configuran “en nombre de la ‘necesidad mayor’ de un objetivo colectivo”,<sup>40</sup> Mayer propone el ejemplo de las guerras de independencia y las de liberación.

Ante estos hechos, Stavenhagen plantea como posible solución que los derechos colectivos que afectan los derechos individuales de sus miembros “*no deberían ser considerados como derechos humanos*”.<sup>41</sup> Mayer por su parte, considera que el problema estaría saldado si se especificara que el ejercicio de los derechos colectivos debe pasar necesariamente por el filtro de la *voluntariedad* de los individuos, es decir, que se ejerzan *sin coacción*. Esto le daría legitimidad a los actos que aunque “atent[en] contra los derechos individuales tendrían un asidero universal porque el individuo libremente eligió sacrificar algunos de sus derechos individuales a favor del bien de la colectividad”.<sup>42</sup> Aunque esta proposición es cuestionable tomando en cuenta que los derechos humanos son por definición *irrenunciables*.

Ya que hemos hablado de los derechos específicos de los diversos, como una extensión de los derechos humanos, debemos recordar que los derechos de las personas han evolucionado tanto en su reconocimiento como en su garantía y ejecución. Y que, este desarrollo se debe a un proceso de cambio a nivel teórico, social, político, cultural y académico. Este cambio se da en la fundamentación misma de los derechos, es así que el avance conceptual y hermenéutico de ciertas nociones ha permitido que cada vez más sean los sujetos de derechos (en un sentido integral). En razón de esto, seguidamente nos enfocaremos en la noción que se destaca por su rol como base teórica para los derechos, la *igualdad*.

## 2. La igualdad y sus diferentes escenarios

La noción de igualdad era en los albores de la humanidad, y aún en los del Derecho un principio totalmente inexistente, ya que como muchos otros conceptos, este es una

---

\* Eva Ontiveros, «“Grité, grité, pero nadie pudo oírme”: qué es la mutilación genital femenina y en qué países se practica», *BBC News Mundo*, 6 de febrero de 2019, sec. Otras noticias, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47133238>.

<sup>40</sup> Mayer, «Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos», 172.

<sup>41</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 163. El énfasis es mío.

<sup>42</sup> Mayer, «Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos», 173.

invención humana, una *ficción*<sup>43</sup> que no tiene lugar en la naturaleza ni siquiera por defecto y que, además, es un concepto eminentemente político. Ahora, esta categoría soportó – sobre todo a través de los últimos siglos– todo un proceso de evolución compleja tanto a nivel teórico como práctico, aspecto que modificó su contenido y que provocó al mismo tiempo un cambio sustancial en el Derecho. Lo cual influyó significativamente en la manera en que se ejercían y garantizaban los derechos de las personas hasta nuestros días.

Este concepto, entendido como el principio rector por excelencia de los ordenamientos jurídicos (especialmente de los concernientes a derechos humanos), junto con otros como la *dignidad humana*, constituye no solo un medio de exigibilidad de derechos sino que representa también un límite para las acciones tanto del Estado como de los particulares. Pero, ya que la igualdad ha sufrido un proceso de variadas transformaciones en su comprensión, cabe preguntarnos: ¿por qué la igualdad no es un término de connotación fija?

Ahora bien, hasta antes del estoicismo no existía una corriente filosófica que contemplara a las personas como iguales en cualquiera de sus concepciones, Carlos Quintana y Norma Sabido explican al respecto: “[c]on el estoicismo surge por primera ocasión en la cultura occidental una idea dignificadora del hombre, al entender que todo el género humano está hermanado por la razón; esto es, que los hombres como seres racionales somos hermanos, independientemente del origen, la raza o las creencias de cada grupo o sociedad”;<sup>44</sup> este pensamiento sumado a la idea del sometimiento de los seres humanos a “las mismas leyes naturales”, permitió cimentar los primeros esbozos de la noción de igualdad.

Posteriormente, sería gracias al Cristianismo<sup>45</sup> que la concepción de igualdad cobró fuerza, así, desde un enfoque moral-teológico la nueva tendencia religiosa ocasionó una ruptura en la estructura de la sociedad romana de la época, implantando “instituciones

---

<sup>43</sup> Autores como Javier Pérez Royo sostienen que “[...] Naturalmente los individuos no son ni desiguales ni iguales. Son simplemente diferentes. La desigualdad y la igualdad no existen en la naturaleza. Son exclusivamente políticas. [...] La igualdad no tiene nada de natural. La igualdad es exclusivamente artificial. El esfuerzo intelectual para pasar de las diferencias personales a la igualdad es enorme”.\*

\* Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*. (Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000), 244-47.

<sup>44</sup> Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido Peniche, *Derechos Humanos*, Segunda (México: Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 8, 2001), 5.

<sup>45</sup> «el cristianismo jugará hasta nuestros días un papel decisivo en la vivencia real y en la fundamentación teórica de los derechos humanos». *Ibíd.*, 6.

humanitarias que posteriormente se transformarían en derechos que reconocen la *dignidad* de la vida de todos los hombres”.<sup>46</sup>

De esta manera la igualdad va tomando preponderancia en el campo jurídico, pero vale aclarar que, en este punto cuando hablamos de igualdad, ya no nos referimos simplemente a la igualdad aristotélica formalista, expresada en la máxima: “tratar igual lo que es igual y tratar desigual lo que es desigual”; sino que estamos frente a un estudio desde la *dignidad* humana, porque “la igual dignidad de todos los seres humanos [...] constituye el origen y fundamento de la idea de derechos humanos como derechos universales”.<sup>47</sup>

Como bien expresa Encarnación Fernández, la noción de igualdad “es un valor y un principio ético”,<sup>48</sup> que implica un *trato igualitario* para *todos* (en el que las diferencias y particularidades que caracterizan a los individuos no deberían importar), no solo para los “iguales” o “desiguales” de una manera aislada. Y este tratamiento es determinado por el elemento de la “igualdad esencial de todos los seres humanos”,<sup>49</sup> esto es, por el sólo hecho de pertenecer a la humanidad. En este caso, el factor que nos hace iguales estaría determinado por la pertenencia al conjunto “seres humanos”.

Sin embargo, la autora añade a esta idea de igualdad, una afirmación que amplía su significado (y con ella nos permite construir una interpretación más completa de la noción estudiada). Pues sostiene que, esa misma dignidad que nos hace merecedores de un trato igual, también se ve reflejada en “los diversos modos de manifestarse el ser humano”,<sup>50</sup> es decir, en las características personales, en la *diversidad* innegable que nos acompaña en cada aspecto de nuestras vidas (especialmente en nuestros distintos proyectos de vida). Y resalta el hecho de que la igualdad así concebida no se presenta contraria a la existencia de las diferencias, no las niega, ni les quita su valor.

Esta es una descripción ideal de igualdad, que comparte Alan Touraine, quien por otra parte, hace alusión a la *identidad cultural* como el factor que permite la convivencia armoniosa de la igualdad y la diferencia. Asimismo, no los considera términos antagónicos

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, 6. El énfasis es mío.

<sup>47</sup> Encarnación Fernández, *Igualdad y Derechos Humanos* (Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2003), 17, 18.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, 17.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 19.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 19.

e indica que en la igualdad (como principio general) hay que tomar en cuenta tanto las aptitudes y rasgos que nos hacen similares, así como la *libre autodeterminación* que individualiza a cada persona.<sup>51</sup> Es decir, “la voluntad y el esfuerzo de cada uno por ser diferente a todos los demás, por crearse una vida particular”.<sup>52</sup>

En esta misma línea, respecto a la función de la identidad en la relación igualdad-diferencia, Patricio Guerrero señala que, la identidad es una construcción dialéctica, que se forja mediante una relación de *alteridad*, entre quienes constituyen el “nosotros” –es decir, los “iguales”– y aquellos “otros” –entendidos como los “diferentes”–.<sup>53</sup> La identidad surge entonces, a partir de una dialéctica relacional entre la igualdad y la diferencia. Producto de un estudio introspectivo que realizan los sujetos, en el que se afirman a un tiempo, tanto el *sentido de pertenencia*, como el *sentido de diferencia*. En consecuencia, “[l]as identidades sociales se definen a partir de una agrupación de individuos que se autodenominan y definen frente a los ‘otros’ grupos como diferentes”.<sup>54</sup>

De la misma manera, Luigi Ferrajoli, desde un enfoque feminista, también se refiere a la igualdad teniendo en cuenta la diferencia,<sup>55</sup> cuando explica que la existencia de al menos un derecho sexuado exclusivo para las mujeres (el derecho a la maternidad voluntaria), de ninguna manera compromete la valía del principio de igualdad. Pues, a decir de este autor, la igualdad debería ser comprendida de una forma “más compleja y articulada que la corriente”, una visión que contemple el *análisis de la diferencia*, lo que permitiría realizar una valoración igual y efectiva de las diversas identidades de las personas.

Esto finalmente, confirmaría y reafirmaría el valor del concepto de igualdad.<sup>56</sup> Aunque admite que lo realmente problemático desde el punto de vista jurídico, es la creación de “una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad”.<sup>57</sup> Ya que reconoce que alcanzar la igualdad en la práctica es una “utopía jurídica”, mientras

---

<sup>51</sup> Alain Touraine, *Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, 62.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, 62.

<sup>53</sup> Patricio Guerrero Arias, *Corazonar Una antropología comprometida con la vida. «Nuevas miradas desde Abya-Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser»*. (Asunción-Paraguay: FONDEC (Fondo Nacional de la Cultura y las Artes), 2007), 441-42.

<sup>54</sup> Guerrero Arias, 442.

<sup>55</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, 73-92. En el capítulo 3. *Igualdad y diferencia*, el autor hace un análisis sobre estos conceptos, partiendo de la diferencia de sexo (con enfoque feminista) como la idea central de su estudio pero no limitante ya que este estudio sirvió para referirse a las demás diferencias de identidad ( como son las de lengua, etnia, religión, opiniones políticas, etc).

<sup>56</sup> Ferrajoli, 91.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, 92.

persistan los criterios sociales, culturales y de otra índole que sirven de sustento para mantener desigualdades.

Ferrajoli advierte, que la igualdad y la diferencia no son términos opuestos<sup>58</sup> (sino que se corresponden mutuamente, por las razones antes mencionadas) y que la contradicción se encuentra más bien entre los conceptos de diferencia y desigualdad. Y es que, la divergencia conceptual entre estos términos se debe a su *distinta naturaleza*, pues, *las diferencias* se basan en rasgos específicos que caracterizan e individualizan a las personas, por lo que “son tutelados por los derechos [reconocidos en la Constitución]”<sup>59</sup> y principalmente por el principio de igualdad.

Mientras que *las desigualdades* son de naturaleza económica o social, corresponden a “las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción”<sup>60</sup> y en este sentido, se verifica que las personas son *diversas de hecho y de derecho*, lo que se traduce en una *desigualdad* (que no implica discriminación) de tipo *jurídico*. Pero, además, existen *desigualdades antijurídicas*, aquellas constituidas por la discriminación de las diferencias, lo que resulta en la existencia de una diversidad de hecho pero *no de derecho*.<sup>61</sup>

Ahora bien, la igualdad se promociona como la respuesta tanto para solucionar problemas originados en las diferencias como para los que surgen por las desigualdades. Pues, a través de la igualdad formal se tutelan y valorizan las diferencias “frente a discriminaciones o privilegios”,<sup>62</sup> y, por medio de la igualdad sustancial (o material) se trata de remover, reducir o compensar las desigualdades otorgando oportunidades o estableciendo derechos específicos.

Siguiendo con la idea de una igualdad vinculada con la diferencia, tenemos lo expresado por Xavier Pérez Royo, quien desde un enfoque constitucional, nos ofrece una

---

<sup>58</sup> A pesar de que el autor establece que ambos son términos “asimétricos”, pues la igualdad es un término normativo, según el cual “los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo esta una norma, no basta con enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla”; y, la diferencia por otra parte, es un término descriptivo, porque de hecho entre las personas existen diferencias, “que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”. Ferrajoli, 79.

<sup>59</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 82.

<sup>61</sup> Tanto es así, que algunos cuerpos normativos establecen los actos discriminatorios como tipos penales.

<sup>62</sup> Luigi Ferrajoli, 82.

descripción que ratifica el valor de la *diferencia* pero esta vez como derecho (en el marco de los modelos de Estado Social y Constitucional), “el derecho a ser diferente”. Para este autor la “*igualdad constitucional*” no tiene un fin homogenizante, no pretende crear una igualdad fáctica sino que considera a las personas como “individuos diferentes”, siendo su objetivo el “posibilitar primero que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y [garantizando] después el ejercicio del derecho a tales diferencias”.<sup>63</sup>

Vale destacar que en razón de lo expuesto, Pérez Royo afirma que la igualdad no puede ser entendida como un derecho (planteamiento con el que discrepan otras propuestas), porque hacerlo significaría “la negación de la individualidad del ser humano”.<sup>64</sup> Por otro lado, lo que más resalta en esta perspectiva es el carácter instrumentalista con el que se concibe a la igualdad, pues el autor la define como “una técnica para la gestión de las diferencias personales”<sup>65</sup> y explica que es esta característica la que determina la *convivencia humana* como una expresión de *libertad*.

Pero, a pesar de que existen estos enfoques que contemplan a las diferencias como parte de la igualdad; su complejidad, vaguedad y los variados esfuerzos por darle contenido han provocado como veremos más adelante, que no siempre se la entienda así y dadas las distintas connotaciones del término, en no pocas ocasiones se acudirá a esta categoría de forma restrictiva, bajo el criterio de una igualdad meramente *formal*.

## 2.1. Igualdad, ¿término absoluto?

Ahora que tenemos una idea de las perspectivas con las que se ha estudiado este concepto, dirigiremos nuestro análisis a dilucidar el contenido jurídico de la *igualdad*, al respecto conviene preguntarnos: ¿qué es jurídicamente la igualdad?, ¿es una noción absoluta o relativa?, ¿cuáles son sus dimensiones y cuáles son los efectos de esas perspectivas de análisis? Para responder estas preguntas partiremos de los criterios que nos

---

<sup>63</sup> Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 293.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, 293.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, 296.

ofrecen Fernández<sup>66</sup> y Francisco Rubio Llorente,<sup>67</sup> quienes en sus propuestas relativizan la noción de igualdad.

Ambos autores coinciden en que la igualdad no es un término absoluto, sino que “es un concepto relativo que implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros. A diferencia de la identidad, la igualdad o desigualdad se predica siempre a partir de un determinado punto de vista o criterio de referencia”.<sup>68</sup> A este *punto de vista o criterio de referencia*, Rubio lo denomina *tertium comparationis*, y explica, que la igualdad es el resultado de un *juicio trimembre*, en el que por un lado se encuentran los elementos en comparación y por otro un tercer término, que constituye la perspectiva desde la cual se los analiza. “[E]ste tercer término, el *tertium comparationis* [...], es el que determina cual es el sentido de la comparación y el que condiciona por eso, en buena medida, el resultado del juicio en virtud del cual podemos decir que una determinada relación es de igualdad o de desigualdad”.<sup>69</sup>

De la misma manera, este criterio que contempla a la igualdad como un ejercicio comparativo es sostenido también por Luis Prieto Sanchís, quien aporta unas distinciones adicionales que permiten explicar con mayor detalle la noción de igualdad. El autor señala las similitudes y distanciamientos conceptuales que guarda el término analizado con otros como la *identidad* y la *semejanza*.<sup>70</sup> Indica que, “la identidad se produce cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características”,<sup>71</sup> mientras que la semejanza requiere de “algún rasgo común” entre los objetos sin opacar sus “elementos propios o diferenciadores”.<sup>72</sup> Dicho esto, veremos lo que sucede con la igualdad, pues ella surge de la *diversidad*, ya que los sujetos u objetos en comparación son *distintos*, con diferencias, provistos de características individuales que son puestas de lado para resaltar un factor en

---

<sup>66</sup> Fernández, *Igualdad y Derechos Humanos*, 19.

<sup>67</sup> Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Tercera edición (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

<sup>68</sup> Encarnación Fernández, *Igualdad y Derechos Humanos*, 19 y 20.

<sup>69</sup> Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, 1178.

<sup>70</sup> Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad.*, 1era edición, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 111.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, 111.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, 111.

común, según el cual se configura su *igualdad* (en su dimensión formal). Entonces, es claro que la igualdad tiene más de semejanza que de identidad, lo que ratifica su naturaleza relativa.

Siguiendo a este autor concordamos en la afirmación de que “los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial”,<sup>73</sup> misma que, como se mencionó en líneas anteriores necesariamente depende del término de comparación *-tertium comparationis-* en cada caso. Teniendo esto en cuenta, no es ilógico que después de realizar un ejercicio de comparación, dos objetos confrontados bajo cierto criterio se presuman *iguales* y, posteriormente, los mismos objetos resulten *desiguales* cuando se los analice desde otro elemento comparativo.

Este detalle nos lleva a la conclusión que bien señala Prieto Sanchís y que nos atañe desde el punto de vista jurídico, “la igualdad es, pues, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social”,<sup>74</sup> y es aquí donde encontramos las implicancias jurídicas relevantes respecto de los juicios de igualdad. Ya que es el elemento *valorativo* que se le asigna a una relación de igualdad respecto de una consecuencia normativa lo que realmente importa, pues “[a]firmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación, haciendo abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación”.<sup>75</sup>

De lo expuesto se colige que lo más importante para establecer *relaciones de igualdad* (o de desigualdad) en el campo jurídico no serán los factores comunes de los elementos confrontados, lo trascendental ni siquiera será el mayor grado de semejanza entre los objetos en comparación; sino que lo fundamental será determinar, cuál es el *tertium comparationis* que se utiliza para realizar *juicios de igualdad* en cada sistema o instrumento jurídico.

Además de lo expuesto, debemos hacer una importante puntualización respecto de la noción de igualdad, y es que su carácter relativo estaría dado en gran medida por su

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*, 111.

<sup>74</sup> Calsamiglia A., «Sobre el principio de igualdad», en Muguerza, J. y otros, "El fundamento de los derechos humanos", Debate, Madrid, 1989, 89 en Luis Prieto, *ibíd* 112. Afirmación que además coincide con el criterio de Luigi Ferrajoli, quien también concibe a la igualdad como un “concepto normativo”\*

\* Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, 79.

<sup>75</sup> Luis Prieto Sanchís, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 112.

concepción variable desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, en relación con su estructura interna y su alcance normativo. Pues, se han contemplado distintas dimensiones bajo las cuales puede estudiarse este concepto. Así, la igualdad puede ser analizada como un valor, un principio o como un derecho; lo cual plantea consecuencias sustanciales para el ejercicio interpretativo y sobre todo para el reclamo por vulneración de derechos tanto a nivel local como ante instancias internacionales de protección de derechos.

De esta manera, la igualdad, dependiendo de las circunstancias y del contexto jurídico podrá ser invocada como valor, principio o derecho. Ahora bien, es de cardinal importancia aclarar que la igualdad no solo puede asignarse de manera irrevocable a una (y solo una) de estas categorías, ya que, como veremos, este concepto comporta un protagonismo muy dinámico y adaptable a las necesidades jurídicas.<sup>76</sup> Para entender mejor esta idea, es fundamental abordar cada una de estas dimensiones.

Partiremos con el estudio de los valores, entendidos como aquellos instrumentos ético-jurídicos, comúnmente empleados en los preámbulos de las constituciones, por expresar ideales a los que se anhela llegar en un futuro, sin embargo, vale destacar que su uso no se limita de forma exclusiva a los preámbulos, pudiendo encontrarlos también insertos en otras disposiciones. Como expresa Mauricio A. Plazas, “es un hecho, que las *normas jurídicas* suelen remitir a la moral para configurar su contenido”,<sup>77</sup> veremos que esto sucede en la Constitución de Ecuador 2008.

Ahora, la importancia de los valores radica en su consideración como el catálogo axiológico según el cual las demás normas del ordenamiento jurídico tienen *sentido* y *finalidad*. En palabras de la Corte Constitucional de Colombia: “lo importante es que sobre ellos se construya el *fundamento* y la *finalidad* de la organización política”.<sup>78</sup> Presentan un carácter general, mismo que les otorga una estructura de interpretación abierta. Por esta razón deben interpretarse de manera integral, junto con las demás pautas del cuerpo jurídico y con las circunstancias de cada caso. No pueden ser usados como normas de aplicación

---

<sup>76</sup> Aunque es necesario aclarar que en muchas circunstancias y con determinados sujetos, para una mayor eficacia en la aplicación del derecho, es mucho mejor recurrir a categorías como la equidad y la diversidad.

<sup>77</sup> Mauricio A. Plazas Vega, *Kant: El Newton de la moral y del derecho. El pensamiento de Kant en la jurisprudencia constitucional de Colombia*. (Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 2004), 2.

<sup>78</sup> Colombia Corte Constitucional. “Sentencia” No. T-406 de 1992, p. 9. El énfasis es mío.

directa para la resolución de conflictos normativos, aunque sí son útiles cuando lo que se intenta dilucidar es el real sentido de una norma.<sup>79</sup>

Verificamos a la igualdad como valor en los preámbulos de las constituciones de Bolivia y Colombia. En el caso de Bolivia, se lo usa como fundamento, al expresar: “[...] construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e *igualdad* entre todos”.<sup>80</sup> Y en el caso de Colombia, consta como una finalidad, cuando se indica: “con el fin de fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes [...] la *igualdad*, [...] decreta, sanciona y promulga la siguiente: Constitución Política de Colombia”.<sup>81</sup>

En la Constitución de Ecuador 2008, la igualdad como valor, no está presente en su preámbulo, pero sí en sus normas, por ejemplo, en los siguientes artículos: Art. 11. Numeral 2, inciso final, donde desde nuestra perspectiva la igualdad figura al mismo tiempo como fundamento y finalidad: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la *igualdad real* en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”;<sup>82</sup> y en el Art. 70.- “El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la *igualdad* entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público”,<sup>83</sup> en este caso es obvio el empleo como finalidad.

Los principios por otra parte, son mandatos de optimización; en el sentido de que “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”.<sup>84</sup> Luis Prieto Sanchís, analizando “El Derecho dúctil”, de Gustavo Zagrebelsky, resalta los criterios que distinguen a reglas y principios,<sup>85</sup> pero que también sirven para definir de manera más detallada a los segundos. De ese estudio observamos que, de manera general: los principios no son de cumplimiento pleno,

<sup>79</sup> Colombia Corte Constitucional. “Sentencia” No. T-406 de 1992, p. 9.

<sup>80</sup> Bolivia, *Constitución Política del Estado* (Ciudad de El Alto de La Paz, 2009). Preámbulo. Inciso 3°. El énfasis es mío.

<sup>81</sup> Colombia, *Constitución Política* (Bogotá, D. E., 1991). Preámbulo. El énfasis es mío.

<sup>82</sup> Ecuador, *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11. El énfasis es mío.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, Art. 70. El énfasis es mío.

<sup>84</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 67-8.

<sup>85</sup> Luis Prieto Sanchís, *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.*, Primera edición (Lima-Perú: Palestra Editores, 2002), 177-78.

pues ellos obedecen a una lógica de progresión cuantitativa, que se mide en escalas de menor a mayor concreción.<sup>86</sup> Lo que los define es su “peso” o importancia relativa en cada caso específico.

Al igual que los valores, los principios tienen un carácter general, que les otorga una textura interpretativa abierta, se los ha criticado por tener un carácter abierto, ambiguo, indeterminado;<sup>87</sup> ya que proporcionan pautas o directrices no concluyentes, mismas que deben relacionarse con otras normas o principios para tener un sentido completo.<sup>88</sup> Sin embargo, no debemos olvidar que funcionan como la “base axiológico-jurídica”<sup>89</sup> sobre la cual se yergue la Constitución, pues “consagran prescripciones jurídicas [que aunque] generales [,] suponen una delimitación política y axiológica reconocida”.<sup>90</sup> Constituyen disposiciones pensadas para una aplicación en el presente, incluso para el futuro en algunos casos, pero expresan orientaciones, no finalidades como los valores.

Encontramos ejemplos de la igualdad como principio en la Constitución ecuatoriana de 2008, en los siguientes artículos (en el caso de los artículos 11, numeral 2 y 95, la determinación de “principio” esta expresada taxativamente, mientras que en los demás<sup>91</sup> esta condición se deduce de la forma en que se empleó la palabra –del contexto–): Art. 11.

---

<sup>86</sup> No obstante, como bien señala Prieto Sanchís\*, esto no es definitivo, ya que habrá casos en que los principios puedan ser aplicados como si fueran reglas; esto es, en su totalidad. El autor señala que un principio puede funcionar según la lógica “todo o nada” de las reglas, por ejemplo, cuando constituye el único criterio para resolver el caso y pone el ejemplo del art. 49 de la Constitución de España, que indica: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Como se observa, en este caso sí se conoce el supuesto de hecho, pues el artículo hace referencia expresa a las personas con diversidad funcional, aunque al no presentarse una consecuencia específica, no se sepa con certeza cuál será la acción a seguir; aspecto que da la posibilidad de acceder a una gama de efectos jurídicos.

\*Ibíd., 178-79.

<sup>87</sup> Esto se debe a que los principios suponen directrices de orientación jurídica, establecidas de manera general, abierta. Al contrario de las reglas, los principios no se conforman por una hipótesis de hecho y una consecuencia jurídica que permita conocer con mayor precisión –de manera cerrada– cómo deberá resolverse un problema incluso antes de que se presente.

<sup>88</sup> Por lo que para la resolución de casos, en no pocas ocasiones se necesitará de la ayuda de otras normas, sobre todo en los denominados casos difíciles, donde los conflictos son atribuidos a una colisión de principios, que habitualmente se resuelve mediante un ejercicio de ponderación.

<sup>89</sup> Colombia Corte Constitucional. “Sentencia” No. T-406 de 1992, p. 10.

<sup>90</sup> Ibíd., p. 9.

<sup>91</sup> Adicionalmente a los artículos presentados, encontramos el uso de la igualdad como principio en los artículos 69. 3 y 115 de la *Constitución de la República del Ecuador*.

Numeral 2. “Todas las personas son *iguales* y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades...”;<sup>92</sup>

Art. 95.- “Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de *igualdad*, autonomía, deliberación pública...”;<sup>93</sup> y,

Art. 67.- “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la *igualdad* de derechos y oportunidades de sus integrantes. El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la *igualdad* de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.<sup>94</sup>

Finalmente, debemos referirnos a los derechos. Los derechos reconocidos en la Constitución (antes conocidos como fundamentales), son una “realización histórica”;<sup>95</sup> producto de luchas sociales, fundamentados en la idea de *dignidad humana*, la Constitución ecuatoriana del 2008 les reconoció la misma jerarquía que los derechos contemplados en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, que sean más favorables que los presentes en la norma suprema.<sup>96</sup> Sin embargo, la Constitución pone de manifiesto que en ciertos casos no son suficientes y por lo tanto, no son excluyentes del reconocimiento de otros derechos –derivados también de la dignidad humana– “necesarios para [el] pleno desenvolvimiento”<sup>97</sup> de las personas.

La Constitución de Ecuador 2008, contempla a la igualdad como derecho (en sus dos formas o presentaciones tradicionales): Art. 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.<sup>98</sup>

Ahora, los derechos contemplados en la Constitución, se diferencian de los principios y valores porque tienen un alcance normativo mucho mayor. Son los que se

<sup>92</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11. 2. El énfasis es mío.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, art. 95. El énfasis es mío.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, art. 67. El énfasis es mío.

<sup>95</sup> Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.*, 1era. edición, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 64.

<sup>96</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 424, inciso 2°.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, art. 11. 7.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, art. 66. 4.

ejercen y reclaman (por la vía constitucional) cuando son violados,<sup>99</sup> y se distinguen de otros derechos (como los patrimoniales) porque son “reconocidos y garantizados a todos por igual”.<sup>100</sup>

Son *justiciables* (o “plenamente justiciables” en palabras de la Constitución del Ecuador 2008), aún en caso de anomias, pues “no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.<sup>101</sup> Su trascendencia es tal que la carta fundamental establece, como “el más alto deber del Estado [...] respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.<sup>102</sup> Además, son de “directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”;<sup>103</sup> aspecto especialmente importante desde el punto de vista jurídico, ya que esto facilita en gran manera su exigibilidad. Es gracias a estas características que se han podido tutelar derechos aun cuando estos no se hayan desarrollado en normas legales.<sup>104</sup>

Por otro lado, la justiciabilidad de los derechos consagrados en la Constitución, es posible gracias a la existencia de las garantías jurisdiccionales,<sup>105</sup> que establecen diferentes acciones para garantizar y proteger los derechos. En este punto es importante destacar que respecto a la titularidad de los derechos, la Constitución no hace distinción de personas *prima facie*,<sup>106</sup> pues establece que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos

<sup>99</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11. 1.

<sup>100</sup> Parafraseando a Luigi Ferrajoli, quien hace una distinción entre los derechos universales o fundamentales (a los que en este trabajo nos referimos como constitucionales) que reconocerían de fondo una *igualdad jurídica* al ser “reconocidos y garantizados a todos y en igual medida”, y aquellos derechos que comportan una *desigualdad jurídica*, al ser derechos *excludendi alios*, cuya titularidad es restrictiva y pertenece únicamente a “cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás”, ejemplos de estos derechos son los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 80-1.

<sup>101</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11, numeral 3, inciso final y art. 426, inciso 3°, parte final.

<sup>102</sup> *Ibíd.*, art. 11. 9.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, art. 11. 3 y art. 426, inciso 2° y 3°.

<sup>104</sup> Tal como ocurrió en el caso del ciudadano Bruno Paolo Calderón Pazmiño, donde la Corte Constitucional del Ecuador, en “Sentencia” No. 133-17-SEP-CC. 10 de mayo de 2017, reconoció la vulneración (entre otros) de su derecho al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal, al no permitírsele realizar el cambio del dato “sexo” en la inscripción de nacimiento, por no existir normativa legal que permitiera realizar el mencionado cambio a las personas transexuales.

<sup>105</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, arts. 86 y *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 6.

<sup>106</sup> Incluso, considerando a las personas extranjeras que se encuentren en territorio ecuatoriano (art. 12 de la Constitución), sin embargo la misma Constitución establece derechos para personas específicas, como los enfocados en las personas que conforman los denominados grupos de atención prioritaria (art. 35):

derechos, deberes y oportunidades”.<sup>107</sup> Lo mismo para la legitimación activa a la hora de interponer alguna de las acciones previstas en la norma suprema, ampliando así las posibilidades de actuar judicialmente cuando se conoce la violación de algún derecho, pues, la Constitución establece que “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en [ella]”.<sup>108</sup> Igualando así, la posición jurídica de los sujetos respecto de sus derechos, al menos formalmente hablando.

Esta disposición constitucional, ha permitido dejar en el pasado la antigua legitimación subjetiva (que solo permitía que la víctima de una violación sea quien la denuncie) y contemplar ahora una legitimación de tipo “popular” (que permite a cualquier persona o colectividad exigir derechos por otra).<sup>109</sup> Situándonos a la par de la normativa internacional de derechos humanos,<sup>110</sup> que permite que cualquier persona pueda denunciar violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ante la Comisión.

Finalmente, además de lo expuesto, no debemos olvidar que los principios y derechos presentan características comunes importantes desde la perspectiva hermenéutica. Así, la Constitución del 2008, en su artículo 11, numeral 6, indica: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.<sup>111</sup>

---

“las adultas mayores [art. 36-38], niñas, niños y adolescentes [art. 44-46], mujeres embarazadas [art. 43], personas con discapacidad [art. 47-49], personas privadas de libertad [art. 51] y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad [art. 50]”; y, los que se les reconoce y garantiza a las comunidades, pueblos y nacionalidades (art. 57-60).

<sup>107</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11. 2.

<sup>108</sup> *Ibíd.*, art. 86. 1 y art. 11. 1; así como lo dispuesto en la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Art. 9.- “Legitimación activa.- Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas: a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; [...]”.

<sup>109</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.*, 46-8.

<sup>110</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art.44.- “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

<sup>111</sup> Norma que replica lo establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, el 25 de junio de 1993, mediante la Declaración y Programa de Acción de Viena: 5. “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. [...]”

Estas características implican que al analizar, ejercer o reclamar ambos conceptos deberá tenerse en cuenta: 1) al ser inalienables, no se puede disponer libremente de ellos y “ningún poder puede vaciar su contenido”,<sup>112</sup> 2) no se puede renunciar a ellos en ningún caso; 3) tanto la indivisibilidad como la interdependencia que los reviste, obliga a entenderlos de forma completa, como un conjunto que funciona de manera vinculada, por lo que no se pueden ejercer o exigir aisladamente, pues todos se entrelazan y dependen de otros; y, 4) la igualdad de jerarquía tiene una singular importancia al momento de resolver conflictos jurídicos. Pues, al tener todos la misma jerarquía,<sup>113</sup> no se puede saber con anticipación (ni en abstracto) qué derecho o principio prevalece sobre otro, sino que en cada caso se deberá examinar las circunstancias fácticas y jurídicas para que después de un ejercicio de ponderación, se emita una sentencia motivada, que determine cuál de ellos prevalece en determinado escenario.

---

<sup>112</sup> Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.*, 59-61.

<sup>113</sup> Los principios y derechos así comprendidos, tendrían para la resolución de casos, lo que la doctrina ha denominado “*jerarquía axiológica móvil*”, lo que implica que cuando dos principios (y en este caso también nos referimos a derechos) colisionan, en ciertos casos triunfará un principio sin que ello signifique que en otras circunstancias no pueda prevalecer su rival, y es que, en cada caso lo que se valorará son las cargas argumentativas.



## **Capítulo segundo**

### **Connotaciones de la igualdad**

En el acápite anterior vimos cómo la noción de igualdad ha pasado por un proceso de transformación conceptual, en el que se han esbozado diferentes enfoques de análisis, con los que además, se reafirma la condición relativa de este término. De la misma manera, esta metamorfosis teórica, determinó distintos alcances y fines según la función que desempeñe la igualdad en los ordenamientos jurídicos. Así, las distintas visiones proporcionaron variadas formas de entender la idea de igualdad (lo que da cuenta de la complejidad de este concepto) y esto, repercute indudablemente en la manera en la que se usen estas comprensiones para la conformación de normas y el establecimiento de garantías.

Pero aquel, no es el único obstáculo con el que nos encontramos al utilizar esta categoría. Pues, a las perspectivas antes revisadas, deberemos sumar las distintas connotaciones, categorizaciones o tipos –clásicos– de igualdad que en Derecho se han perfeccionado a la par del desarrollo de las sociedades y del incremento de las necesidades de mecanismos de protección de derechos.

Así, vemos cómo la noción de igualdad adquiere nuevas características y pasa de ser entendida como una categoría en esencia formalista, a adquirir consideraciones importantes para su realización como es el caso del principio de no discriminación, el establecimiento de las categorías sospechosas (con la determinación de los grupos vulnerables), y la implementación de las medidas de acción afirmativa. En el presente capítulo veremos cómo se comporta la igualdad desde cada tipo de connotación, lo que nos ayudará a conocer cuestiones de fondo como: qué clase de igualdad es la que se forjó como base epistemológica para la fundamentación de los derechos; y sobre todo, quiénes y con qué intención delinearon la esencia y los límites de esta categoría.

## 1. Igualdad formal y categorías sospechosas

La igualdad formal, se desarrolló dentro del modelo de Estado Liberal o Estado de Derecho, donde primaba la libertad del individuo<sup>114</sup> y la ley apenas empezaba a concebirse como un instrumento de garantía de derechos. Estábamos frente a un Estado que tenía funciones esencialmente políticas como la defensa del orden público y el funcionamiento sin trabas del mercado, se regía bajo la premisa de la no intervención (o de la mínima intervención), respetando las libertades de los ciudadanos en razón de una autolimitación en su actuar, siempre regulado por las leyes. Esto, debido a uno de los principios que caracterizaba a este modelo de Estado, el principio de *legalidad*.<sup>115</sup> Así, se eliminó en gran medida la arbitrariedad en el gobierno de las monarquías que afectaba a los ciudadanos. Era un Estado pequeño, con un aparato estatal aun en formación y que, por lo mismo tenía menos poder que los Estados actuales.

Este tipo de igualdad “de forma”, surge como un legado de la Revolución Francesa y constituye el mayor logro de las luchas liberales, es entendida como “igualdad de trato”, o *igualdad ante la ley*. Es importante destacar que este primer enfoque no contempla distinciones, ni la valoración de las diferencias de los individuos y por lo mismo presenta el problema de ocasionar escenarios de discriminación derivados de la aplicación tajante de leyes con carácter universal.

Ahora, una característica fundamental de la igualdad ante la ley (y del Estado de Derecho) era la *generalidad* de las leyes. Con ella se pretendía acabar con los privilegios que disfrutaban minorías de la sociedad e *igualar* la situación jurídica de todos.<sup>116</sup> Pues, las leyes eran formuladas bajo una “*normatividad media*”,<sup>117</sup> esto es, pensadas para que su

---

<sup>114</sup> Siempre que su actuar se encontrara dentro de lo no reglado por las leyes.

<sup>115</sup> Luigi Ferrajoli, "Estado Social y Estado de Derecho", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Primera edición (Distribuciones Fontamara, 2003), 11. El principio de legalidad implica que la actividad del estado estaba subordinada a “leyes generales y abstractas, emanadas de órganos político-representativos y vinculadas, a su vez, al respeto de ciertas garantías fundamentales de libertad y de inmunidad personales así como de ciertos derechos de los ciudadanos procesalmente justiciables”.

<sup>116</sup> Aunque en realidad esta “igualdad de forma”, no contempló a todas las personas. Pues se limitaba a beneficiar a un grupo reducido de la sociedad, condición que al mismo tiempo servía para negarles derechos a otros grupos menos favorecidos, siendo especialmente afectadas –pero no exclusivamente– las mujeres, los afrodescendientes y los indígenas.

<sup>117</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.*, Segunda edición (Madrid, España: Editorial Trotta, 1997), 29.

alcance abarcara a todos; de ahí que las normas debían tener una “eficacia *erga omnes*, en el sentido de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales, sin que haya *tipos de personas* o estamentos dispensados del cumplimiento de la ley o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos”.<sup>118</sup>

Además de la generalidad de las leyes, otras características de la igualdad formal como la universalidad, la abstracción, la objetividad y la neutralidad, fueron fuertemente cuestionadas por los movimientos feministas, específicamente por los “*feminismos de la igualdad*”.<sup>119</sup>

De esta manera, aspectos fundamentales para el acceso a los derechos tales como la concepción epistemológica del Derecho y los requisitos de la ciudadanía, serían analizados bajo la mirada crítica de los movimientos feministas. Entonces, se comprendió que el Derecho se había constituido en un instrumento de subordinación y opresión, como una manifestación más de lo masculino hegemónico.

Según Frances Olsen,<sup>120</sup> al Derecho se le asignaban características que se reputaban intrínsecamente masculinas, mismas que se comprendían como positivas y superiores respecto de las particularidades que se asumían como femeninas, negativas e inferiores; algunas de estas son: lo objetivo sobre lo subjetivo, lo racional frente a lo irracional, lo universal contra lo particular, lo abstracto por encima de lo concreto, entre otras. El punto que sostienen algunos sectores feministas es que el Derecho en realidad, no asume ningún rol sexuado, y que bien pueden encontrarse en este aspectos tanto objetivos como subjetivos, racionales como irracionales, universales como particulares, abstractos como concretos.

Así, los feminismos pusieron de manifiesto que la esencia del Derecho y de la noción de igualdad en el liberalismo eran en gran medida excluyentes y obedecían a una dialéctica patriarcal que inferiorizaba a la mujer y a otros miembros de la sociedad.<sup>121</sup> Pues, “los sujetos libres e iguales en realidad [eran] los varones, y para serlo [requerían]

<sup>118</sup> Fernández, *Igualdad y Derechos Humanos*, 57, 78. El énfasis es mío.

<sup>119</sup> Los feminismos de la igualdad sostenían que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres. Y se conformaban por tres tipos de feminismos: los liberales, los socialistas y los radicales. Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrarnpette Polanco, *Derechos humanos y mujeres: Teoría y práctica*, ed. Nicole Lacrarnpette Polanco (Santiago: Universidad de Chile, 2013), 49.

<sup>120</sup> Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrarnpette Polanco, 51.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, 51.

necesariamente de la subordinación de las mujeres”.<sup>122</sup> Además de esto, gracias a los feminismos, con Mary Wollstonecraft y John Stuart Mill a la cabeza, se establecieron las bases teóricas para pensar en una *ciudadanía no excluyente*.

Ahora bien, en la actualidad, esta connotación de la igualdad se entiende de una manera no tan rígida como en sus inicios, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado al respecto que: “el concepto de igualdad no significará una *igualdad de trato uniforme* por parte del Estado, sino un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones”.<sup>123</sup> Pues, en un caso concreto, para que se justifique una igual aplicación de la ley se debe verificar primero la existencia de una relación análoga entre quienes creen afectados sus derechos y los sujetos, así como las circunstancias establecidas como supuestos de hecho para un trato específico. En consecuencia, la ausencia de esa verificación implica que el trato deberá ser diferenciado sin que con ello se configure una discriminación.<sup>124</sup>

Además de esto, la igualdad formal está íntimamente vinculada al *principio de no discriminación*, mismo que es reconocido por el derecho internacional de derechos humanos como una norma *ius cogens*. Las normas *ius cogens* son normas imperativas del derecho internacional. Esto significa que el principio de no discriminación es una norma imperativa del derecho internacional y en cuanto tal, es “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.<sup>125</sup> En razón de esto, los Estados están obligados a cumplirla y garantizar su aplicación, siendo nulo todo tratado que lo contraríe y configurándose la violación del mismo en los casos en que por su inobservancia se vulneren derechos humanos.

De la misma manera, los Estados tienen diferentes obligaciones respecto de las normas que conforman el Derecho que los rige. Así, deben velar por que el principio de no

---

<sup>122</sup> *Ibíd.*, 51.

<sup>123</sup> Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia” *No. 048-13-SCN-CC*, Caso No. 0179-12-CN y Acumulados, 04 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional No. 004, 23 de septiembre de 2013, 24. El énfasis es mío.

<sup>124</sup> *Ibíd.*

<sup>125</sup> Art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969.

discriminación se encuentre vigente tanto en su componente formal normativo, como en los componentes estructural y político-cultural.<sup>126</sup>

Por otro lado, este principio se encuentra asentado en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece un catálogo de motivos, criterios o categorías por las que está prohibido discriminar, estamos hablando de las denominadas “*categorías sospechosas*”. Este catálogo ha sido reproducido por todas (o casi todas) las Constituciones<sup>127</sup> desde su promulgación, estos criterios son: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Pero, cabe preguntarnos ¿cómo se determinan estos criterios?, ¿cuál es la fundamentación para establecerlos? Al respecto, Judith Salgado recoge el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, que en su sentencia C 371-00, establece algunos parámetros para determinar a las *categorías sospechosas*:

---

<sup>126</sup> Alda Facio, "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos.*, 1era edición: diciembre de 2009, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Unifem, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, s. f.), 192-94. Los formal normativo, estructural y político-cultural, implican que los Estados deben asegurarse de que el principio de no discriminación no sólo se halle en las leyes formalmente generadas y promulgadas, sino que también se evidencie en el trabajo de selección e interpretación de las normas que utiliza la administración de justicia, así como fomentar la iniciativa de que “la no discriminación” sea parte de la cotidianidad de la sociedad, que se constituya en un elemento más de la cultura y forma de pensar de las personas.

<sup>127</sup> Así por ejemplo, encontramos catálogos más o menos extensos en diferentes Constituciones. Como la Constitución de la República del Ecuador, que en su art. 11. 2. establece con gran amplitud los criterios prohibidos de discriminación: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”. La Constitución de Bolivia establece en su art. 14. II: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”. La Constitución de Colombia señala en su art. 13: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. La Constitución de Perú, que en su art. 2. 2. Dispone: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

(i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen *per se*, criterios con base a los cuales sea posible efectuar una distribución o reparo racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.<sup>128</sup>

Y esto porque todo criterio que se encuentre dentro de las descripciones mencionadas, muy difícilmente se amparará en una justificación razonable, que no replique elementos de discriminación. Sobre este tema, Ariel E. Dulitzky señala, que cuando existe un trato desigual basado en alguno de los motivos prohibidos de discriminación, se debe realizar “un escrutinio estrictamente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un *plus* de fundamentación de su objetividad y razonabilidad”.<sup>129</sup>

Por otra parte, Roberto Saba<sup>130</sup> reconoce tres rasgos para identificar a las categorías sospechosas: 1) son contrarias a la Constitución, porque su uso implica la transgresión de una prohibición constitucional; 2) son irrazonables, no cumplen con el *principio de razonabilidad*, ya que no existe *a priori* un argumento que constituya razón suficiente para establecer un trato diferenciado en razón de estos criterios (aunque esto no es definitivo pues existen casos en los que el Estado puede demostrar que tiene un *interés urgente* capaz de justificar la diferencia de trato), criterios que dicho sea de paso responden a un carácter *clasificador*;<sup>131</sup> y, 3) se asocian con el objetivo de proteger a grupos vulnerables o sistemáticamente discriminados.

Adicionalmente, Saba analiza estas categorías preguntándose: ¿qué hace sospechosas a las categorías sospechosas?, el autor siguiendo la jurisprudencia de EE.UU. y Argentina, observa que lo que sucede con estas categorías es que se encuentran revestidas de una *presunción de inconstitucionalidad*, se presume que son discriminatorias y violan el derecho de igualdad formal.

---

<sup>128</sup> Judith Salgado Álvarez, "Lidiando con la diferencia. Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad.*, 526.

<sup>129</sup> Ariel E. Dulitzky, "El principio de igualdad y no discriminación: Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 584.

<sup>130</sup> Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires, Argentina: Grupo editorial Siglo Veintiuno, 2016), 86-9.

<sup>131</sup> Ya que estas categorías hacen una *clasificación* de las personas, en razón de la cual se distinguen grupos (como en el caso de la categoría sexo, que clasifica a las personas en hombres y mujeres) y diferencias en su trato por este motivo.

Lo que se “sospecha” es que el trato diferenciado que se realiza al aplicarlas es discriminatorio. Esta presunción de discriminación implica que al utilizar alguna de estas categorías la carga de la prueba se invierte en contra del Estado.<sup>132</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) explica que esta presunción solo podría superarse cuando el Estado pase un *test de escrutinio estricto* o *test de razonabilidad* y pruebe que existe un “objetivo [o interés] estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuado para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo”.<sup>133</sup> Cuando la diferencia de trato no reúna estos requisitos será inválida porque se entenderá que la misma está basada en el prejuicio.

En cuanto al test de razonabilidad, como bien señala la Corte Constitucional colombiana, “es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?”<sup>134</sup>

Ahora bien, la razonabilidad<sup>135</sup> cómo requisito de validez para el uso de criterios de distinción,<sup>136</sup> se establece en términos de *proporcionalidad*. La proporcionalidad es un principio que permite realizar una *ponderación* de los principios que entran en *colisión* cuando se establece un criterio diferenciador para la asignación de un derecho y así

---

<sup>132</sup> En el caso de las categorías sospechosas, las personas afectadas por una medida que restrinja sus derechos con base en alguno de estos criterios no tendrán la obligación de probar que la discriminación existe, sino que es obligación del Estado probar que dicha discriminación no existe.

<sup>133</sup> La CIDH indicó algunas puntualizaciones al respecto de las categorías sospechosas y el test de razonabilidad en su Informe sobre Acceso a la Justicia de Mujeres Víctimas de Violencia, de 20 de enero de 2007, párr. 83.

<sup>134</sup> Colombia Corte Constitucional. “Sentencia” No. C-022/96.

<sup>135</sup> La CIDH, en su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, sostuvo que “la doctrina del sistema interamericano [...] requiere en el fondo que toda *distinción admisible* se funde en una justificación *objetiva y razonable*, que impulse un objetivo legítimo, habiendo tenido en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas, y que los medios sean *razonables y proporcionados* con el fin que se persigue”. El énfasis es mío.

<sup>136</sup> Según ha explicado la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C-673/01, el test estricto de razonabilidad se aplica en los siguientes casos: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enunciadas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos *prima facie* afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; o 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

establecer si existe una relación justificada entre los medios utilizados para alcanzar un fin y éste.

El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios<sup>137</sup> (que son los que de manera conjunta conforman el test de razonabilidad), a saber: a) *adecuación o idoneidad*, implica que el medio (criterio diferenciador) sea adecuado para conseguir el fin perseguido; b) *necesidad*, es decir, que no exista otro medio que lesione menos los principios afectados para alcanzar el fin propuesto; y, c) *proporcionalidad en sentido estricto*, que se concreta en la denominada ley del balance o “ley de la ponderación”: “cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>138</sup> Entonces, para que una categoría que establece un trato diferenciado sea considerada razonable deberá satisfacer estos tres subprincipios, de lo contrario, nos encontraremos frente a un trato discriminatorio.

## 2. Igualdad material y medidas de acción afirmativa

La igualdad material o sustancial, también conocida como *igualdad de oportunidades*, implica un “análisis sustancial que pasa del sistema jurídico a la realidad de la persona”,<sup>139</sup> pues su realización se verifica en los hechos, lo que conlleva una valoración y protección de las diferencias. Como bien sostiene María José Añón, “[l]a igualdad material representa la posibilidad de hacer de la igualdad formal un instrumento de transformación de las desigualdades”.<sup>140</sup>

Algunos autores como Roberto Saba, se refieren a este tipo de igualdad bajo la denominación de “igualdad estructural”,<sup>141</sup> con leves diferencias conceptuales como

<sup>137</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 91-5.

<sup>138</sup> Alexy, 138.

<sup>139</sup> Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado.*, 49-50.

<sup>140</sup> Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, *El género en el derecho. Ensayos críticos.*, 1era edición: diciembre de 2009, Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad (Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Unifem, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), 304.

<sup>141</sup> Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*.

sostener que desde este enfoque se analiza la noción de igualdad desde la perspectiva del *principio de no sometimiento* y no bajo el *principio de no discriminación*. Pero, si tenemos que mencionar algún contraste significativo entre la igualdad material y la igualdad estructural, podríamos señalar que la segunda proporciona soluciones que no solo son de naturaleza política, sino sobre todo –y aún más importante– jurídica. Soluciones que además, ofrecen como regla (y no como excepción) un alcance mucho más amplio que el acostumbrado en la resolución de casos en los que se aplica la igualdad material.<sup>142</sup>

Como se aprecia, la diferencia radica principalmente, en el tipo de efectos con los que se dictan las sentencias, abandonándose los tradicionales efectos *inter partes*, para recurrir a efectos *erga omnes* o también, considerando los efectos *inter comunis*, precisamente para atacar con medidas de impacto estructural los problemas de discriminación sistematizada. Sumado a esto, la igualdad estructural tendría carácter preventivo más que exclusivamente reparatorio, a fin de evitar daños futuros y no solo respuestas a afectaciones pasadas.<sup>143</sup> Lo cual implica una redefinición del modelo de control de constitucionalidad tradicionalmente usado<sup>144</sup> en los casos de vulneración de derechos.

Sin embargo, a pesar de esto detalles, advertimos que la llamada igualdad estructural sigue enfocándose en los mismos sujetos que la igualdad material y su finalidad sigue siendo la misma, *buscar soluciones que permitan erradicar la discriminación en la realidad*. Por lo que, desde nuestra lectura, debería entenderse al enfoque estructural simplemente como una versión modificada (o mejorada) de la igualdad material.

Ahora, es importante señalar que la igualdad material es propia de los modelos de Estado Social y Constitucional, en los que por un lado se busca ampliar y garantizar derechos y servicios (a través de funciones o acciones positivas del Estado y ya no solo

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*, 262.

<sup>143</sup> Pues las medidas que carecen de una propiedad preventiva, aunque en última instancia proporcionen soluciones para violaciones pasadas, no constituyen herramientas suficientes para combatir la discriminación de naturaleza estructural.

<sup>144</sup> Esto es así en muchos países de América Latina, con la excepción de Ecuador que desde la Constitución de 2008 incorporó cambios importantes en este sentido, como la *legitimación popular* que permite que cualquier persona o colectividad inicie una acción en nombre de otra; y que además ha empezado a emitir sentencias con disposiciones de tipo estructural. Ecuador. Constitución de la República, art. 86. 1 y art. 11. 1, así como el art. 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Asimismo, países como Colombia y Argentina han adoptado con mayor antelación medidas similares para combatir la desigualdad sistematizada.

mediante la abstinencia de este) a todas las personas, junto con la compensación de las desventajas que recaen sobre los individuos menos favorecidos (en una suerte de justicia compensatoria); y, por otro lado, el imperio de la ley fue sustituido por decirlo de alguna manera, por “un imperio de los derechos”, compuesto por un régimen en el que la Constitución (reconocida esta vez como instrumento jurídico y no solo político) es la norma suprema y proteger los derechos es el fin principal del Estado.

Esta connotación surge como una respuesta ante una realidad innegable: la igualdad formal instaurada con la generalidad de las leyes del modelo de Estado Liberal, no fue capaz de erradicar por completo el problema de las desigualdades (y por lo tanto de las discriminaciones de fondo que las subyacen). Pues, se visibilizaron los principales problemas de la ley, esta, que se reputaba plena y sin fallas, se evidenció incompleta y con falencias que se pusieron de manifiesto por las demandas sociales en auge. Se hacía necesario un instrumento jurídico que sirviera para combatir los desequilibrios de la sociedad de manera mucho más eficiente, no solo en las normas sino especialmente en los hechos.

Adicionalmente, hemos de señalar que, entre los fines de la igualdad formal, no consta el realizar o permitir diferenciaciones (al menos no de manera abierta). Si bien es cierto que en esta connotación existen “diferenciaciones permitidas” –aquellas que no son arbitrarias–, también es cierto que estas distinciones se dan por defecto y no como regla. De hecho el argumento discursivo detrás de la igualdad formal consiste en la eliminación de todas las discriminaciones. En contraste, la igualdad material sí admite diferenciaciones, y no solo que las admite, sino que basa su accionar en la validación de las diferencias, en la tutela de aquellas características que conforman la identidad de las personas, combatiendo así, desde este enfoque las desigualdades de la sociedad.

Ahora, de las connotaciones formal y material de la igualdad deriva la confrontación del trato igual versus el trato desigual, misma que no sólo se da en los hechos, sino que se expresa *prima facie* en las normas, ella plantea un problema cuya solución es de raigambre argumentativa (si acaso de razonabilidad). Así lo advierte Robert Alexy, al explicar lo que él llama el *principio superior de igualdad*; el autor sostiene que los “principios” de igualdad de *iure* (formal) e igualdad de hecho (material), al unirse en un principio general

de igualdad, producen inevitablemente una paradoja: cuando se contemple la igualdad formal se viola la material y viceversa.<sup>145</sup>

El problema de la paradoja no radica tanto en justificar los tratamientos iguales, puesto que como explica el autor, la igualdad de *iure*, es más fácil de aplicar (en relación a la necesidad de argumentación que la justifique) debido a que no se preocupa de las consecuencias del trato, en cambio justificar la igualdad de hecho constituye un ejercicio mucho más complejo. Por lo que, “la carga de la argumentación para los tratamientos desiguales es un postulado básico de la racionalidad práctica”.<sup>146</sup> De esta manera, interrogantes como: ¿cuándo tratar igual? y ¿cuándo tratar desigual?, o ¿cómo justificar un trato desigual?, se resolverían mediante la argumentación.

Por otro lado, tenemos que las dos contemplan diferentes tipos de acciones jurídicas, pues, corregir vulneraciones a la igualdad formal implica un ejercicio *negativo* de “anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento”,<sup>147</sup> en tanto que corregir vulneraciones a la igualdad material conlleva un ejercicio *positivo*, en el que el Estado debe *hacer*, implementar políticas, crear leyes que sirvan para erradicar las situaciones de desigualdad porque el problema no se soluciona con la simple depuración de las leyes.

Ahora bien, siguiendo con la igualdad material, tenemos que lo que se busca con ella es combatir la matriz de opresión que reprime a las clases menos favorecidas y a las discriminaciones mediante las cuales se manifiesta. De esta manera, esta connotación de la igualdad pretende ser una solución ante situaciones de desigualdad fáctica especialmente focalizada en determinados grupos de la sociedad que han sufrido discriminación sistemática a lo largo de la historia; contempla tratamientos jurídicos diferenciados que se justifican en la necesidad de compensar las circunstancias que impiden alcanzar el ideal de igualdad en la realidad.

Ricardo García Manrique se refiere a la igualdad material con el siguiente razonamiento: “si las personas merecen un determinado tratamiento precisamente en función de aquello en que son iguales (su autonomía moral, o su capacidad para

---

<sup>145</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 404.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, 405.

<sup>147</sup> Luis Prieto en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad.*, 122.

desarrollarla), entonces no hay motivo para discriminarlas en dicho tratamiento y sí para tratarlas igualmente”.

Existen dos conceptos fundamentales que se desprenden de este tipo de igualdad, y cuya determinación es imprescindible para entender su dinámica; estamos hablando de los *tratamientos jurídicos diferenciados* y de los *grupos discriminados* (grupos vulnerables o grupos desaventajados<sup>148</sup> a quienes en este trabajo nos referimos también como los *diversos*), ambos términos se encuentran íntimamente relacionados y han sido motivo de grandes debates respecto de si este tipo de trato puede encontrar asidero jurídico o si en el proceso crea nuevas desigualdades en relación a quienes no pertenecen a determinados grupos.

## 2.1. Tratamientos jurídicos diferenciados

Cuando hablamos de tratamientos jurídicos diferenciados nos referimos a las denominadas “*medidas (o políticas) de acción afirmativa, positiva o medidas de discriminación inversa*”. Como bien señala José García Añón, estas medidas son normas características del Estado Social de Derecho, tienen carácter indirecto y “suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que son o han sido discriminados, o se encuentran en una situación de desventaja”.<sup>149</sup>

Judith Salgado Álvarez también aborda este tema, explicando que las acciones afirmativas surgen como una respuesta del Estado, que busca eliminar la desigualdad, la exclusión y las injusticias; derivadas de la existencia de “*relaciones asimétricas de poder*”, establecidas en las estructuras sociales, económicas y culturales, “que han posicionado a ciertos grupos de personas en situaciones privilegiadas y a otros grupos en situaciones de desigualdad”.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Atendiendo a la denominación que adopta Roberto Saba en su obra: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*

<sup>149</sup> José García Añón, "Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa: Los problemas de la dogmática jurídica y el derecho europeo", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad.*, 264.

<sup>150</sup> Judith Salgado Álvarez, "Lidiando con la diferencia: Respuestas desde la justicia constitucional ecuatoriana y colombiana", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 521\*.

Salgado citando a María José Añón, señala los elementos constitutivos de las acciones positivas:

- a) La existencia de una desigualdad real, desventaja, inferioridad o discriminación que obstaculiza la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto.
- b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social.
- c) La contextualización de las medidas cuyo contenido y tipo dependen de las circunstancias y el caso.
- d) El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real.
- e) La razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material.<sup>151</sup>

El primer elemento hace referencia a la necesidad de que la desigualdad, desventaja, inferioridad o discriminación sea *real* y esto es importante porque las medidas de acción afirmativa no pueden fundamentarse en supuestos. No se desarrollan en abstracto sino que basan su existencia en la constatación de hechos ciertos, verificables mediante informes y estudios, lo que también les otorga el carácter de *innegables*, porque por más incómodos que estos sean, reflejan las realidades que viven millones de personas pertenecientes a grupos vulnerables.

El segundo elemento implica una condición *relacional de exclusividad*, debido a que las acciones positivas son preferenciales, están enfocadas exclusivamente a mejorar la situación de vulnerabilidad de *ciertos* grupos sociales.

El tercer elemento concerniente a la *contextualización* de las medidas, supone una relación *causal* entre estas y las circunstancias particulares de cada caso, pues las acciones afirmativas deben pensarse como soluciones acorde a los distintos escenarios que se presentan en el cometimiento de actos discriminatorios.

El cuarto elemento, la *temporalidad* de las medidas; tiene su explicación en una visión positiva del Derecho que mira con esperanza la llegada del día en el que se logre una igualdad real para todos, pues de lo contrario se estaría asumiendo implícitamente la existencia de una desigualdad imperecedera. Pero también, obedece a una característica que

---

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

<sup>151</sup> María José Añón, “Igualdad, diferencias y desigualdades”, Distribuciones Fontamara, México, D.F., 2001, 50-1, en *Ibíd.*, 521-2.

protege la economía estatal, ya que los bienes y recursos que se asignan para combatir una forma de discriminación mediante acciones afirmativas no pueden ser eternos. Además, la determinación del tiempo de vigencia de estas medidas sirve como un factor que permite medir la eficacia de las mismas en un período definido.

Finalmente, tenemos como quinto elemento, la vinculación de *la razonabilidad, proporcionalidad y coherencia* de las medidas con el principio de igualdad material; esto debido a que las medidas que se adopten no pueden ser arbitrarias, deben ser razonables, proporcionales y coherentes para que no se originen nuevas situaciones de discriminación derivadas de la implementación de acciones positivas.

Estos elementos en conjunto, son los que caracterizan a las medidas de acción afirmativa y las diferencian de otras políticas o instrumentos (como podrían ser los derechos específicos de los grupos diversos) que también están encaminados a erradicar la discriminación pero que no deben confundirse con las primeras, por no cumplir con todos sus elementos constitutivos o por ser de naturaleza distinta. Ahora, las acciones positivas pueden ser de diversos tipos, a continuación tenemos la siguiente clasificación en razón de las funciones que cumplen: medidas de concienciación, medidas de facilitación y medidas de retribución.<sup>152</sup>

Las medidas de concienciación son aquellas que pretenden sensibilizar sobre el problema de discriminación, pueden ser medidas de formación o de carácter publicitario.

Las medidas de facilitación, de impulso o de promoción, son las medidas previas tendentes a conseguir la eliminación de la desventaja. Impulsan la igualdad para el futuro. A este tipo de medidas corresponden: a) las medidas de incentivación para el aumento de los medios o la disminución de la desventaja, como las subvenciones, becas y las medidas de reclutamiento; b) las medidas de discriminación inversa o positiva, tienen en cuenta la desigualdad entre los sujetos y realizan una discriminación que favorece a la persona que pertenece a un grupo vulnerable: como la reserva de cuotas o plazas en puestos de trabajo para mujeres, indígenas y afrodescendientes; y c) las medidas de trato preferencial, implican como su nombre lo indica, un trato preferencial para la persona que se encuentre

---

<sup>152</sup> José García Añón, "Igualdad y desproporcionalidad en las políticas de acción afirmativa", en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, 264.

en una situación contextual de desventaja pero tomando en cuenta que se parte de un escenario en el que existe igualdad de condiciones para todos.

Las medidas de retribución, recompensa o sanción positiva son aquellas que se otorgan después de realizar una determinada acción. Es el caso de las exenciones tributarias.<sup>153</sup>

A continuación, se analizará en retrospectiva, la evolución de las mencionadas acciones, y cómo llegaron a tener la preponderancia jurídica de que gozan actualmente como elemento trascendental para la realización de la igualdad material.

Ahora bien, mucho se puede decir sobre la génesis y peregrinar histórico de las acciones afirmativas, pero concretando al respecto, la sentencia SU388/05 expedida por la Corte Constitucional de Colombia, manifiesta lo siguiente:

Las acciones afirmativas nacen en el derecho norteamericano con la Ley Nacional de Relaciones Laborales de 1935, según la cual, si un empresario discriminaba a un sindicato o miembro de aquel, debía suspender su actuación y adoptar “acciones afirmativas” para ubicar a las víctimas en el lugar que estarían si no hubieran sido discriminadas. No obstante, el desarrollo posterior vendría dado para superar los históricos problemas de segregación racial en la sociedad norteamericana. Sus orígenes remotos también se encuentran en la Constitución de la República India (1950), que hizo referencia expresa a la posibilidad de reservar un porcentaje de puestos en la administración pública a miembros de la casta que había sufrido mayor discriminación histórica, como una forma de compensar su injusta exclusión. Y años más tarde fueron desarrolladas en Europa occidental especialmente con el proceso de integración europea, tanto en el nivel normativo como en las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, casi siempre con el objetivo de poner fin a la discriminación contra la mujer en el ámbito laboral.<sup>154</sup>

Por otro lado, lo que sucedió en América Latina fue muy diferente, todo partió de la Conferencia de Durban en 2001, en la que los estados a nivel mundial, reconocían la existencia de diferentes tipos de discriminación en sus sociedades, llevando esta problemática a mesas de diálogo, buscando soluciones y llegando a consensos, en los que los Estados aceptaban la necesidad urgente de implementar medidas afirmativas o positivas incluyendo políticas regionales, nacionales e internacionales para combatir la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de discriminación.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, 265.

<sup>154</sup> Colombia Corte Constitucional. “Sentencia” No. SU388/05.

<sup>155</sup> Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. Durban, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

En Ecuador, las acciones afirmativas surgen *prima facie* como medidas para solucionar la problemática de discriminación racial, que reflejó una encuesta realizada por el INEC en 2004 donde el 65% aceptó que en el país existe racismo y discriminación, un 10% se declaró abiertamente racista, y en cuanto a la adopción medidas de acción afirmativa 82% de los ecuatorianos indicaron su posición favorable. Como consecuencia, en 2006, la Secretaría Técnica del Frente Social recomendó políticas especiales para promover la inclusión de los afroecuatorianos e indígenas en el empleo y la educación superior. Además, en 2006 y 2007 se elaboraron propuestas de reparación que fueron sistematizadas en el Plan de Desarrollo Afroecuatoriano y en el Plan Nacional de Derechos Humanos, lastimosamente en el plano concreto no hubo mayores avances respecto a la erradicación de la discriminación ni siquiera normativamente hablando.<sup>156</sup>

Las primeras implementaciones normativas importantes se dieron con la Constitución de Ecuador del 2008, en la cual se estableció la adopción por parte del Estado de medidas de acción afirmativas (a manera general) para promover la igualdad real de las personas en situación de desigualdad.<sup>157</sup> También se dispuso –de manera más específica– la adopción de estas medidas con el fin de garantizar la participación política de los sectores discriminados;<sup>158</sup> además, se observó la necesidad de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, sumado a la incorporación del enfoque de género en planes y programas;<sup>159</sup> asimismo, se contempló la toma de medidas de acción afirmativa a favor de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria, que se encuentren en centros de privación de libertad.<sup>160</sup>

Pero, es con el Decreto Ejecutivo Número 60, suscrito el 28 de septiembre de 2009, que se empieza a prestar formalmente más atención a las acciones afirmativas. Pues, se aprueba el Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural particularmente como *política de Estado*. Sumado a eso, se establecen las cuotas en el mercado laboral público enfocadas a los pueblos y nacionalidades, y puntos extras por pertenencia étnica a los aspirantes a concursos públicos, esto último sería precisado en

---

<sup>156</sup> Fernando García et al., «Observatorio sobre discriminación racial y exclusión étnica», abril-junio de 2012, 12.

<sup>157</sup> Ecuador, *Constitución de la República*, art. 11. 2, inciso final.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, art. 65.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, art. 70.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, art. 203. 4.

2012, cuando el Ministerio de Relaciones Laborales se refiere a la aplicación de las acciones afirmativas del Plan antes mencionado de la siguiente manera:

En aplicación del artículo 4 del Decreto Ejecutivo No 60, publicado en el Registro Oficial No. 45 de 13 de Octubre de 2009, con el cual se establece el Plan Plurinacional para Eliminar la Discriminación Racial y la Exclusión Étnica y Cultural, las instituciones del Estado sujetas al ámbito de la Ley Orgánica del Servicio Público concederán una puntuación adicional de cinco puntos sobre la calificación obtenida en el puntaje final, siempre que previamente hayan obtenido por lo menos 70 puntos. Este beneficio tendrán aquellas ciudadanas y ciudadanos afroecuatorianos, indígenas y montubios que participen por optar por cualquier puesto, hasta que la institución alcance el porcentaje equivalente a la proporción de su población del total nacional en relación a la totalidad de la nómina institucional.<sup>161</sup>

## 2.2. Grupos discriminados, desaventajados o vulnerables

Los grupos históricamente discriminados, también conocidos como “grupos desaventajados”, “grupos vulnerables” (o en nuestro caso “grupos diversos”), ocupan un lugar fundamental en el entendimiento de la igualdad material, por lo que es importante esclarecer, ¿a quiénes nos referimos cuando hablamos de estos grupos?, y ¿qué los hace desaventajados o vulnerables?

Como sostiene Roberto Saba,<sup>162</sup> los grupos vulnerables han sido sometidos y excluidos sistemáticamente, restringiéndoles el acceso a espacios, actividades y por supuesto al ejercicio de sus derechos mediante prácticas estereotipadas, prejuicios y otro tipo de tratos discriminatorios (que con el tiempo se han naturalizado) sólo por el hecho de pertenecer a un grupo determinado. Desde el enfoque de la igualdad material, es importante tener en cuenta cuáles son las características sociales, culturales, políticas y de Derecho que permiten la perpetuación de las desigualdades estructurales, para poder adoptar medidas efectivas en la lucha contra la discriminación.

También tenemos el aporte de Owen Fiss, quien nos proporciona una oportuna explicación, cuando aborda el tema de los “*grupos sociales*”,<sup>163</sup> partiendo de la idea de que

<sup>161</sup> Ecuador Registro Oficial No. 702 del 14 de Mayo de 2012.

<sup>162</sup> Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 30-1.

<sup>163</sup> Owen Fiss, analiza el tema de los *grupos sociales* o *clases naturales* en su artículo “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección: El principio de apoyo a los grupos desaventajados. Incorporando el concepto

son grupos que tienen una identidad propia y una existencia separada del resto. Poseen dos características que los distinguen de un grupo de individuos reunidos al azar; en primer lugar, “el grupo constituye una *entidad*”, esto significa que el grupo como tal tiene una existencia independiente de quienes lo conforman; y, como segunda característica, tenemos “la condición de *interdependencia*”, que está dada por la identidad y el bienestar tanto de los miembros del grupo, como del grupo mismo. Ambos enfoques se encuentran interrelacionados, esto se explica cuando los miembros del grupo se *autoidentifican* bajo la “condición de miembros del grupo” y cuando el “*estatus*” de los miembros y del grupo son codependientes en la misma medida que su identidad.

Este autor señala algunas pautas que explican qué hace desaventajados a ciertos grupos,<sup>164</sup> partiendo del estudio de los afroamericanos como *grupo especialmente desaventajado*. Como el factor que se estudia es la *vulnerabilidad*, estas pautas bien podrían extenderse a otros grupos igualmente marginados (como los compuestos por indígenas, mujeres, personas con diversidad funcional, el grupo LGBTIQ+, entre otros).

La primera característica devela que estos grupos conforman una *clase inferior permanente*. Los grupos vulnerables se encuentran en una situación de *subordinación prolongada*, esto implica dos aspectos: la pésima posición socioeconómica en la que se encuentran y, que esa posición se ha mantenido durante siglos. Lo cual está dado por las estructuras sociales en las que se desarrollan y las relaciones de poder mediante las cuales ciertos grupos oprimen a otros, utilizando muchas veces prácticas discriminatorias ampliamente aceptadas por la población en general, debido a un proceso de “normalización”<sup>165</sup> de aquellas acciones que en contextos distintos serían evidentemente segregacionistas e inaceptables.

Otra característica común de estos grupos es que generalmente constituyen una *minoría numérica*, aunque pueden darse casos en los que aun siendo parte de una mayoría como el caso de los indígenas en Guatemala y Bolivia, o de las mujeres a nivel mundial, sigan siendo personas en situación de desventaja –en este caso se configuran *minorías*

---

de grupos desaventajados dentro del derecho”, en Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A., 1999), 137-40.

<sup>164</sup> Gargarella, 141-45.

<sup>165</sup> Normalización, es el término que se utiliza para referirse a aquellos procesos mediante los cuales determinadas prácticas discriminatorias se replican hasta el punto de considerarse “normales” o incluso son vistas como manifestaciones culturales que se deben proteger.

*sociológicas*, aquellas cuya situación de discriminación es independiente de su peso demográfico<sup>166</sup>. Y esto, por las situaciones de sometimiento de las que son víctimas, según las cuales son objeto de dominación en todos los ámbitos en los que se desenvuelven, no solo en la esfera privada, sino también en la pública.

Adicionalmente, los grupos desaventajados tienen el *poder político fuertemente restringido*. Ya que los espacios políticos son sobre todo espacios de poder, estos han sido acaparados por grupos dominantes, a quienes no les interesa la existencia de una *diversidad en la política*, porque el establecimiento de un pluralismo en este sentido implicaría un detrimento en sus espacios de hegemonía.

Fiss indica un último rasgo característico, que desde nuestro punto de vista destaca por su importancia social, el cual podría explicar algunas de las características antes mencionadas, y es que los grupos vulnerables “son objeto de ‘prejuicio’ por los demás, esto es, sujetos del miedo y del odio, lo cual provoca que les resulte difícil formar coaliciones y alianzas con otros grupos [...] y contribuye a que los demás les inflijan daños o los utilicen como chivo expiatorio”.<sup>167</sup>

Estos elementos (la subordinación, la segregación, la restricción de espacios de poder –especialmente político– y el prejuicio), en suma, generan situaciones de desigualdad estructural sumamente difíciles de combatir. Porque luchar contra el sistema implica la desestabilización (que solo se ha logrado en cierta medida, frecuentemente insuficiente, gracias a los avances que se han dado en la protección de derechos) de un régimen dominante –que en un contexto general permanece indemne–, en el que la costumbre se convierte muchas veces en norma. Una norma que no está precisamente pensada a favor de los grupos más vulnerables. Así, las desigualdades se generan y perennizan en sociedades cómplices de la discriminación y el atropello de las diferencias.

Ahora, una vez detalladas las características de los grupos desaventajados, y siguiendo esta línea de pensamiento, a continuación abordaremos el tema de la vulnerabilidad. Al respecto Roxana Barrantes y Peter Busse explican, desde su estudio sobre vulnerabilidad sexual de adolescentes en barrios periféricos del Perú, que la *vulnerabilidad social* es un producto de jerarquías etéreas, culturales y de género, llegando a la conclusión

<sup>166</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 164-65.

<sup>167</sup> Owen Fiss, en Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*, 141. El énfasis es mío.

de que “hay grupos poblacionales que están en mayor desventaja que otros, y que las causas de estas inequidades son *múltiples*”.<sup>168</sup>

Carlos H. Filgueira, proporciona algunas aproximaciones al concepto de vulnerabilidad, una primera definición la contempla como:

[L]a predisposición a la caída del nivel de bienestar, derivada de una configuración de atributos negativos para el logro de retornos materiales y simbólicos. Por extensión, se puede afirmar que es también la predisposición negativa para salir de condiciones adversas de bienestar. Así, por ejemplo, ciertos atributos como la condición ocupacional, determinadas ocupaciones, etnias, edades y sus combinaciones, señalarán diversos tipos y grados de vulnerabilidad.<sup>169</sup>

De esta definición y otros aportes conceptuales que revisaremos a continuación, se observa que al hablar de vulnerabilidad no sorprende que nos encontremos con el fenómeno de la *interseccionalidad*;<sup>170</sup> término con el que desde las corrientes feministas se hace alusión a la concurrencia de factores de riesgo que contribuyen a la discriminación y a tratos diferenciados negativos (o con consecuencias negativas).

Una segunda enunciación le da un carácter relacional a la vulnerabilidad, pues también se la entiende como “un riesgo en relación con o frente a algo”. En palabras de Filgueira, lo que sucede con la vulnerabilidad es una *relación* “entre las capacidades de movilizar recursos (expresadas como atributos individuales) y la estructura de oportunidades de la sociedad (expresadas en términos estructurales)”.<sup>171</sup>

También tenemos el criterio de Iris Young, para quien hablar de desventaja (o de discriminación), “se trata de las profundas injusticias sufridas a diario debido a suposiciones y reacciones, muchas veces inconscientes, de gente bien intencionada que

---

<sup>168</sup> Roxana Barrantes y Peter Busse, ed., *Salud, vulnerabilidades, desigualdades*. (Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2014), 21. El énfasis es mío.

<sup>169</sup> Andrés Pérez Baltodano, *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, 127.

<sup>170</sup> Kimberlé Williams Crenshaw acuñó el término *interseccionalidad* en 1989, para referirse al “fenómeno por el cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegio en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales”. Tomado de Carmen V. Valiña, «Interseccionalidad: Definición y orígenes | Escuela de feminismos alternativos periFéricas», *PeriFéricas* (blog), 04 de marzo de 2019, <https://perifericas.es/interseccionalidad/>.

<sup>171</sup> Baltodano, *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, 127.

asume los estereotipos culturales y las características estructurales de las jerarquías burocráticas y de los mecanismos de mercado”.<sup>172</sup>

En este sentido, las vulnerabilidades estarían dadas básicamente por la forma en la que operan los sistemas de poder en las sociedades. Esto, además, crea situaciones que sobrepasan la *intencionalidad* o el *grado de conciencia* de las personas cuando efectúan ciertos actos. En este punto debemos señalar que el factor de la intencionalidad se disipa y puede carecer de importancia en relación a las consecuencias gravosas de las discriminaciones, pues estas equiparan –si bien es cierto no siempre en la misma medida– a los grupos vulnerables más allá de la parte volitiva de los que discriminan. Pero, más allá de la voluntad o de la conciencia en un acto de discriminación, lo que sí es seguro, es que los sujetos en desventaja sufren afectaciones a sus capacidades o a sus oportunidades y derechos.

Por otro lado, es un hecho que la vulnerabilidad *no es un concepto estático* sino que es susceptible a cambios sutiles o radicales, dependiendo de la intervención o no de ciertas variables que permiten ubicar a los individuos en una escala de estratificación.<sup>173</sup> Así, la vulnerabilidad debería ser entendida como una característica *fluctuante*, pudiendo existir también diferentes niveles en la misma, al igual que distintos motivos para que ocurran cambios en ella.

De esta manera, algunos cambios que afectan a los niveles de vulnerabilidad se dan al interior de la estructura familiar (como el caso de las tasas de fertilidad y los matrimonios) y otros se dan a nivel *institucional* cuando ocurren regulaciones por parte del Estado. De esta manera es posible afirmar que no todas “las innovaciones que provocan los cambios en los niveles de vulnerabilidad de los sectores protegidos ocurren al margen del sistema estatal social”.<sup>174</sup>

Pero una vez que se dan estos cambios, mediante un proceso adaptativo, gradual y continuo, la sociedad a través del Estado se encargará de crear nuevas formas de regulación y políticas sociales que se van normalizando, siendo asimiladas por los ciudadanos de manera paulatina. Por supuesto, existen excepciones en las que los cambios en los niveles

---

<sup>172</sup> Macarena Sáenz Torres, "Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados", en Roberto Saba, *El derecho como objeto e instrumento de transformación* (Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l, 2003), 314.

<sup>173</sup> *Ibíd.*, 128.

<sup>174</sup> *Ibíd.*

de vulnerabilidad se dan de manera más bien abrupta, “en este caso, la intensidad o velocidad de los cambios cuestiona la misma matriz teórica e institucional dentro de la que opera el Estado para reproducir la seguridad de los miembros de la sociedad”.<sup>175</sup> Filgueira ejemplifica este escenario mediante la “globalización”, y explica que el peligro que encarna este proceso es el de crear *nuevas vulnerabilidades*.

Ahora, estas nuevas vulnerabilidades se originan por cambios en las estructuras de empleo y en la organización del mercado laboral, cambios que contribuyen a la creación de “*nuevos pobres*”, mismos que se suman a los sectores pobres tradicionales, dando lugar a una *pobreza social heterogénea* que la sociedad no está preparada para afrontar.

Así, vemos que uno de los criterios que se manejan para la determinación de sectores vulnerables y quizás el que mayor impacto tiene por su capacidad de alcance es el de la *pobreza*, misma que se relaciona con otros factores tales como: el sexo, el género, la orientación sexual, el estado de salud, la raza, la etnia, la religión, la cultura, la diversidad funcional, entre otros; que confluyen en determinados grupos de la sociedad, generando inequidades y situaciones de *vulnerabilidad extrema*.

La vulnerabilidad de los extremadamente pobres es más “evidente” dice Filgueira, en relación con las clases medias y aún más con las clases altas. Por otro lado, es un poco más problemático realizar un estudio sobre la vulnerabilidad de *grupos sociales específicos*,<sup>176</sup> ya que los componentes asociados a ella no son exclusivos de ciertos grupos, pudiendo confluír en muchos y disiparse en otros.

Para ejemplificar esto, recordaremos que la CEPAL, en su informe *Panorama social en América Latina 1994*, realizó importantes aportes para la identificación y análisis de aquellos grupos que tienden a ubicarse en la “línea de pobreza” durante situaciones de crisis y recesión. Lo que permitió categorizar a los sectores vulnerables “como aquellas familias que se encuentran entre el 0,9 y 1,25 en la línea de pobreza”,<sup>177</sup> además, se las vinculó con el factor de las “necesidades básicas insatisfechas”. La entidad mencionada coincidió con el criterio de la interseccionalidad para tratar el tema de la “vulnerabilidad

---

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> *Ibíd.*, 143.

<sup>177</sup> Andrés Pérez Baltodano, *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, 126.

social”. Pues, con los estudios realizados se concluyó que la *pobreza no es una condición unívoca* para la identificación de sectores vulnerables.

En este sentido, si bien la pobreza constituye una dimensión horizontal para esta tarea, se debe tomar en cuenta que existen otros “atributos o configuraciones de atributos que no se correlacionan de manera exclusiva con determinados niveles de pobreza, sino que atraviesan varios de estos niveles”;<sup>178</sup> con lo que se configura una dimensión “vertical” de análisis, conformada por *factores generadores de vulnerabilidad*, entre los cuales se observan factores étnicos, de género, y de tipos de ocupación.

Este tipo de estudio permite descubrir más sectores de la población en situación vulnerable que cuando se enfoca la investigación mediante el factor pobreza de manera aislada. Lo cual indica que *de hecho* se pueden encontrar en la sociedad personas que pertenezcan a grupos vulnerables y que, sin embargo, no se encuentren en los estratos socioeconómicos más bajos.

---

<sup>178</sup> *Ibíd.*



## Capítulo tercero

### Problemas de la igualdad formal y material frente a la diversidad

Teniendo en cuenta que, “[e]l derecho no logra resolver el significado de la igualdad para aquellos a quienes la sociedad define como diferentes”.<sup>179</sup> Y, ya que, en esta investigación cuestionamos abiertamente la *efectividad* del uso de la igualdad para la fundamentación de la garantía y ejercicio de los derechos de los diversos. Hemos reservado este último capítulo, para señalar las razones y escenarios en los que la igualdad –en cualquiera de sus formas– y sus elementos, resultan perjudiciales, incomprendidos o insuficientes para garantizar derechos a los diversos.

Los problemas planteados en este espacio serán mayormente de naturaleza discriminatoria, ya que entorpecen de alguna manera el pleno disfrute de los derechos de las personas perteneciente a los grupos vulnerables. Así, veremos como en la implementación de la igualdad formal pueden presentarse discriminaciones directas e indirectas. Y en el caso de la igualdad material, las controversias pueden surgir por rechazo a las políticas de acción afirmativa, por una errónea aplicaciones de estas, o por insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

#### 1. Problemas de la igualdad formal

Siendo que la igualdad formal se traduce en igualdad en las leyes, los problemas que afectan a los diversos debido a esta connotación de la igualdad, van a darse generalmente, en torno a lo que la ley dice (discriminación directa), o calla (discriminación indirecta). Pero además, debemos tener en cuenta también, que existen casos en los que las discriminaciones se producen como *resultado* de la aplicación de leyes que originalmente no tenían esa intención. Configurándose lo que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ha denominado *discriminación no*

---

<sup>179</sup> Elizabeth Jelin «Mujeres, género y derechos humanos», 193. Citando a Martha Minow en *Making All the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*, 9.

*intencional* (o discriminación por los resultados, misma que, desde nuestra perspectiva también puede considerarse como discriminación indirecta).<sup>180</sup>

### 1.1. Discriminación directa o de *jure*

Luigi Ferrajoli se refiere a este tipo de discriminación, en su estudio sobre los modelos de *configuración jurídica de la diferencia*,<sup>181</sup> cuando analiza el segundo modelo: la *diferenciación jurídica de las diferencias*. En este modelo, las diferencias aparecen con cierto protagonismo que es utilizado de forma negativa, pues, con base en ellas se produce la valoración de ciertas características y la desvalorización de otras. Lo que origina la coexistencia de *status* privilegiados y *status* discriminatorios.

En razón de este modelo, las personas que constituyen lo diverso no figuran como sujetos de derechos, debido a la condición de *supremacía* que ejercían quienes conformaban los *status* privilegiados sobre los grupos discriminados. En este escenario, no solo que se menospreciaba a los grupos considerados “inferiores”, sino que la clasificación desvalorativa llegaba a tal punto que incluso promovió el exterminio de muchas comunidades. Este fue el caso de las personas esclavizadas, las mujeres en los Estados liberales, los *intocables* en la India, los judíos perseguidos (especialmente durante el holocausto nazi), los homosexuales y demás personas pertenecientes al grupo LGBTIQ+, entre otros.

Ahora, aún en nuestros días podemos encontrar en las normas este tipo de discriminaciones, que finalmente, ponen de manifiesto que uno de los problemas más graves para los diversos sigue siendo la categorización inferiorizante que se hace de ellos y que se fundamenta básicamente en la incomprensión y los estereotipos de las diferencias.

Podemos citar algunos ejemplos de discriminación directa, empezando con un par de normas vigentes de la Constitución del Ecuador 2008. El artículo 67, expresa en su parte final: “El matrimonio es la *unión entre hombre y mujer*, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones

<sup>180</sup> Salgado, «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos», 21.

<sup>181</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil.*, 73-6. Estos son los escenarios en los que se problematiza la igualdad y el papel que tienen las diferencias en el reconocimiento de los derechos de las personas.

y capacidad legal”.<sup>182</sup> De esta manera se excluía<sup>183</sup> de facto la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan acceder a la institución del matrimonio.

Y tenemos al artículo 68, que señala: “La adopción corresponderá *sólo a parejas de distinto sexo*”.<sup>184</sup> Esto, después de establecer que las uniones libres o de hecho (las cuales sí podían ser conformadas por parejas del mismo sexo, según este mismo artículo) “bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generarán los *mismos derechos y obligaciones* que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”.<sup>185</sup> Lo que se traduce en, las uniones libres de parejas homosexuales tienen los “mismos derechos” que los matrimonios heterosexuales *excepto* los de adopción. Esta, es una prohibición que no admite la más mínima confrontación, la posibilidad de adopción para parejas del mismo sexo no existe y punto. No importa la probidad de las personas que desean adoptar o las circunstancias particulares del caso, no se contempla en la norma ningún tipo de excepción.

En cuanto a este tema, existe la postura de quienes sostienen que el *derecho a adoptar no existe*, se argumenta que en la adopción, prima el *interés superior del niño o adolescente* y que en razón de ello, lo que existe es el *derecho a ser adoptado*.<sup>186</sup> Y que cuando una pareja homosexual pretende adoptar, en realidad no están pensando en el niño o adolescente, sino en sus propios intereses. Que el niño, de alguna manera es visto como “un producto para satisfacer un anhelo emocional, ideológico o político”.<sup>187</sup> Sin embargo, el mismo argumento bien podría ser utilizado para negar la adopción a parejas heterosexuales, pero no se lo hace porque la razón de fondo sigue siendo prejuiciosa y discriminatoria. Al respecto, tenemos el caso del juez Mitchell Nance, de la Corte de Familia de Kentucky,

---

<sup>182</sup> Ecuador. *Constitución de la República.*, art. 67, parte final. El énfasis es mío.

<sup>183</sup> Decimos “se excluía”, porque aunque en la norma constitucional aún se mantiene esta exclusión, como sabemos, el matrimonio civil para parejas del mismo sexo es legal en Ecuador desde el 08 de julio del 2019, gracias a las “sentencias” *No. 11-18-CN/19* y *No. 10-18-CN/19* (esta última con efectos *erga omnes*), emitidas por la Corte Constitucional. Pero, consideramos importante señalar esta importante diferenciación porque con ella se justificó por mucho tiempo la negación de este derecho.

<sup>184</sup> Ecuador. *Constitución de la República.*, art. 68, inciso 2°. El énfasis es mío.

<sup>185</sup> *Ibíd.*, art. 68, inciso 1°. El énfasis es mío.

<sup>186</sup> Tomado de Redacción LR, «Juez de Kentucky sí quiso negar adopción a parejas LGTB, pero terminó sancionado», 4 de junio de 2019, <https://larepublica.pe/mundo/1481496-estados-unidos-juez-kentucky-quiso-negar-adopcion-parejas-lgtbi-termino-sancionado/>.

<sup>187</sup> *Ibíd.*

quien manifestó que: “permitir que un homosexual practicante adopte, *bajo ninguna circunstancia* sería promover el mayor bienestar del niño”.<sup>188</sup>

Como se desprende de estas normas, la *igualdad de derechos* sólo existe para parejas heterosexuales. En ambos casos, la discriminación se origina por la exclusividad de los sujetos que pueden acceder a estos derechos, es decir, existe una prohibición tácita específica que también podría considerarse como discriminación indirecta. Ya que en el supuesto de que la intención no fuera discriminar, estas normas lo hacen como resultado al ser aplicadas, verificándose en los hechos de restricción.

Ahora, tenemos otros ejemplos presentes en la normativa infraconstitucional ecuatoriana. Revisemos lo que establece el art. 1463 del Código Civil, mediante el cual la ley determina la incapacidad absoluta de tres tipos de personas: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) *persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas*. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución”.<sup>189</sup>

En este caso, aun cuando las personas sordas pertenecen al grupo de atención prioritaria de las personas con diversidad funcional, mediante la ley, se ha creado una exclusión que afecta no sólo su ámbito social, sino que, como se aprecia, se han establecido limitaciones de carácter jurídico en su actuar. Y de hecho, esta norma era mucho más discriminatoria antes de ser reformada únicamente respecto a la forma en la que se refieren a los sordos y sus maneras de comunicarse, ya que literalmente se establecía como absolutamente incapaces a: “[...] los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”.

Con estas expresiones, además, se ponía en evidencia el alto grado de ignorancia del legislador respecto de los diversos funcionales auditivos. Pues, para empezar, el término *sordomudo* es considerado como discriminatorio por la comunidad hipoacúsica, ello debido a que generalmente los sordos *no son mudos* (esto podría considerarse más bien un estereotipo). Es decir, poseen la capacidad del habla, pero muchas veces no se comunican

---

<sup>188</sup> *Ibíd.* Estos, habrían sido los argumentos del juez Mitchell Nance, de la Corte de Familia de Kentucky, Estados Unidos, para negar la adopción a parejas homosexuales en abril del 2017. Posteriormente, el entonces juez Mitchell Nance fue declarado culpable de mala conducta debido a sus declaraciones y renunció a su cargo.

<sup>189</sup> Ecuador, *Código Civil*, art. 1463 (Reformado por la Disposición Reformatoria 11 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012). El énfasis es mío.

verbalmente –o no lo hacen con eficiencia prosódica y/o sintáctica– debido precisamente a su condición de carencia o disminución auditiva. No hablan porque no se escuchan. El otro punto errado de la norma, es el de considerar que una persona sorda solo pueda comunicarse por escrito y haciendo de este requisito el condicionante para calificar a la persona como absolutamente incapaz, quedando claro el impresionante nivel de desconocimiento de entre otras su principal forma de lenguaje, la lengua de señas.

Pero, dejando esto de lado, tenemos que el artículo reformado sigue perjudicando a las personas sordas, ya que, para efectos prácticos, sus actos no tienen validez. Esto, por supuesto se traduce en una forma de invisibilización y de discriminación. Y tal vez, la peor consecuencia es que se pone a la persona sorda en situación de *dependencia total* (demás está decir que, respecto de los diversos funcionales uno de los logros más anhelados es el de alcanzar una vida independiente). Sin tomar en consideración, por ejemplo, la posibilidad de que la dificultad en la comunicación sea transitoria.<sup>190</sup>

Pero, si analizamos la norma en detalle, nos percatamos de que el supuesto de “la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas”, es por lo demás exagerado, aunque en un caso extremo podría darse. Este, podría ser el caso de una persona que ha sufrido un accidente y su estado sea tan grave que no pueda comunicarse ni siquiera verbalmente. O el caso de una persona sorda, que además sea analfabeta, pero, incluso en este escenario, las personas son capaces de crear su propio lenguaje y entenderse<sup>191</sup> –de manera exclusiva y no convencional, pero entenderse al fin–.

---

<sup>190</sup> Como le sucedió a Helen Keller, nacida el 27 de junio de 1880, en Tuscumbia, Alabama, Estados Unidos. A los diecinueve meses de edad, Keller sufrió una grave enfermedad que le provocó la pérdida total de la visión y la audición. En su libro autobiográfico *The story of my life*,\* relata: “Durante casi seis años, viví privada del menor concepto sobre la naturaleza o la mente, la muerte o Dios. Puede decirse que pensaba con mi cuerpo, y, sin excepción, los recuerdos de aquella época están relacionados con el tacto... No había una chispa de emoción o racionalidad en esos recuerdos clarísimos, aunque meramente corporales; podía compararme con un insensible pedazo de corcho. De pronto, sin que recuerde el lugar, el tiempo o el procedimiento exacto, sentí en el cerebro el impacto de otra mente [esto sería gracias al encuentro con Anne Sullivan, su institutriz] y desperté al lenguaje, el saber, el amor, a las habituales nociones acerca de la naturaleza, el bien y el mal”. Posteriormente, Keller aprendió a hablar, a ver y escuchar con las manos. Incluso fue capaz de escribir y mecanografiar. Estudió en la Universidad Radcliffe College, en Cambridge y en 1904, se graduó con honores. Fue escritora y una notable activista política. Tomado de «Helen Keller fue sorda y ciega durante toda su vida», *Mujeres Notables* (blog), 08 de agosto de 2019, <https://www.mujeresnotables.com/2018/07/14/biografia-de-helen-keller/>.

\*Helen Keller. *La historia de mi vida*. Traducido por Carmen de Burgos, vol. 10 de Biblioteca de la Memoria, Serie Menor. (Editorial Renacimiento, 2012).

<sup>191</sup> Podríamos mencionar el singular caso de Nicaragua, donde un grupo de 50 *niños sordos* y analfabetos, crearon su propio lenguaje de señas a partir de un idioma mestizo usado en el hogar, conocido como idioglosia o "idioma de mellizos" con influencias del alfabeto de signos americano. Existen “lingüistas,

Otra posibilidad, es que el objetivo teleológico del legislador al crear esta norma, haya sido el de prever la especial situación de las personas sordas con diversidad funcional intelectual considerable. Porque este sería el único escenario en el que una persona hipoacúsica no pueda darse a entender de las formas en las que se indica en la norma.<sup>192</sup> Sin embargo, generalmente, las personas en estas condiciones suelen contar con la ayuda de un cuidador (el cual al mismo tiempo puede ejercer funciones de tutor o curador) que puede facilitar la comunicación.

Como se advierte, en la mayoría de casos es posible establecer algún tipo de comunicación. Además de esto, se debería tomar en cuenta que la imposibilidad de darse a entender puede ser superable mediante mecanismos de comunicación diferentes al verbal, escrito o de señas. De lo que deriva que el supuesto de la norma es altamente excepcional. Y consideramos que la consecuencia de que los actos de estas personas no surtan “ni aún obligaciones naturales” es desproporcionada. Un tratamiento más acorde a la realidad sería establecer una *incapacidad no absoluta*, como la que se establece en el inciso tercero del mismo artículo.<sup>193</sup>

Además de los ejemplos señalados, podemos mencionar dos casos de normas que fueron declaradas inconstitucionales debido a su naturaleza discriminatoria. El primer caso es el del art. 217. 7. del derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, que señalaba como uno de los testigos no idóneos por falta de probidad a las “meretrices”.<sup>194</sup>

---

como Judy Kegl, que consideran que lo que ha ocurrido en Nicaragua es una prueba de que el cerebro está preparado para crear un idioma, si éste no existe”. Steven Pinker destaca que, “es la primera vez en que vemos realmente cómo nace un idioma de la nada”. Rebeca Ferrer, «Desarrollo en Nicaragua del idioma de señas y la cultura de las personas sordas», accedido 13 de febrero de 2020, <https://www.lattice.org/funk/es/rebferfn1505es.html>.

<sup>192</sup> Cabe recalcar que aún en estos casos, los cuidadores –generalmente las madres– llegan a comprender lo que la persona sorda con diversidad funcional intelectual quiere expresar o siente. No olvidemos que además del lenguaje convencional, esto es, verbal, escrito e incluso el lenguaje de señas, existe el lenguaje no verbal, lo que se conoce como *lenguaje corporal* –que comprende miradas, gestos, formas de respirar, tocar o de utilizar objetos, entre otros–. Si bien es cierto que este tipo de lenguaje no permite conocer lo que una persona desea transmitir con el detalle que sí permiten los otros tipos de lenguaje, también es cierto que con él efectivamente se puede lograr una comunicación. Y de hecho, en ciertos casos puede ser aún más eficaz que el lenguaje verbal o escrito, sobre todo cuando lo importante es transmitir o descifrar sentimientos, emociones, traumas. Por ejemplo, muchas veces es gracias al lenguaje corporal que se descubre que una persona ha sido víctima de una violación o maltrato.

<sup>193</sup> Ecuador. *Código Civil.*, art. 1463, inciso 3º.- “Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

<sup>194</sup> Ecuador. *Código de Procedimiento Civil.* art. 217. 7. (derogado).

Posteriormente, se declaró la inconstitucionalidad de aquella norma y se expresó que estaba fundada en estereotipos discriminatorios que desvalorizaban a la mujer.<sup>195</sup>

El segundo caso, involucra la violación de los derechos humanos de las personas homosexuales que constaba en la ley penal vigente hace poco más de veinte años, mediante la tipificación de la homosexualidad. Al sancionarse punitivamente a personas exclusivamente por su orientación sexual, se establecía una diferenciación que no podía justificarse racionalmente sino solo bajo argumentos discriminatorios de tipo homofóbico.<sup>196</sup> Esa diferenciación con dedicativa podía entenderse en clave de: “todos son iguales menos los homosexuales”. La homosexualidad como tipo penal en el Ecuador, se declaró inconstitucional (en muchos otros países se ha procedido de la misma forma)<sup>197</sup> el 25 de noviembre de 1997.<sup>198</sup>

Ahora, las discriminaciones directas no son únicamente locales. A nivel mundial, podemos encontrar muchos más casos en los que se han normado situaciones de exclusión. Un ejemplo de esto, es lo que acontece en las disposiciones de ciertos países que regulan la donación de sangre. En varios países existe una prohibición total de que los homosexuales donen sangre, como en Venezuela, donde la Sociedad Venezolana de Hematología indica, que “los hombres que hayan tenido sexo con hombres” *no deben* donar sangre.<sup>199</sup> En otros países la prohibición es parcial, como en Reino Unido y Estados Unidos, donde quien haya

---

<sup>195</sup> El Tribunal Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad por el fondo de esta norma mediante la resolución No. 002-2004-DI, por establecer un mecanismo de discriminación a la mujer y ser contraria al derecho de igualdad establecido en la constitución.

<sup>196</sup> Aunque existía el argumento de que se pretendía precautelar el bien jurídico “salud”, ante los primeros casos de VIH en el país y la asociación que se hizo con este grupo humano al catalogarlos junto con las personas trans como “población sujeta a control” y potenciales portadores del virus.\*

\*Tatiana Ordeñana Sierra y Alexander Barahona Néjer, "El derecho constitucional a la identidad de género de las poblaciones trans en el ordenamiento ecuatoriano", en Claudia Storini, ed., *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos.*, vol. 41, Estudios jurídicos (Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2017), 77-8.

<sup>197</sup> Por ejemplo, en España la despenalización de la homosexualidad se dio el 26 de diciembre de 1978 gracias a una modificación de la ley de peligrosidad social del franquismo. En Colombia, se despenalizaron las prácticas homosexuales entre mayores de 14 años en 1981 con la reforma del Código Penal de 1936. En Chile, se despenalizó la sodomía mediante la ley 19.617, el 12 de julio de 1999. En Perú, las prácticas homosexuales no tienen sanción civil o penal desde 1924; sin embargo, no fue así para los miembros de las fuerzas armadas y policía, para quienes sí existían sanciones de prisión o relevo de servicio hasta diciembre de 2005, cuando el Tribunal Constitucional declaró la ilegalidad de estos actos.

<sup>198</sup> Ecuador Tribunal Constitucional. “Resolución” No. 106-1-97, 25 de noviembre de 1997.

<sup>199</sup> Proyecto, LGTBI, «14 de junio: Día del Donante de Sangre, pero... ¿Donación sin discriminación? | Amnistía Internacional | Venezuela», accedido 07 de agosto de 2019, <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/06/6596/14-de-junio-dia-del-donante-de-sangre-pero-donacion-sin-discriminacion>.

tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo (pero con énfasis en los hombres) debe esperar tres meses y un año, respectivamente, para poder donar.<sup>200</sup> Esto, a pesar de que la Organización Panamericana de la Salud sostiene que "[l]a orientación sexual *no debe utilizarse como criterio* para la selección del donante, porque eso no representa un riesgo en sí mismo. Lo que representa un riesgo son las conductas sexuales inadecuadas, como tener múltiples parejas, pero estas pueden ser practicadas tanto por heterosexuales como homosexuales".<sup>201</sup>

## 1.2. Discriminación indirecta o de *facto*

Como señalamos en el apartado de “Diferenciación y discriminación”, acogiendo la definición de María José Añón, la discriminación indirecta se produce cuando las diferencias son negadas debido a la aplicación de *criterios neutros* con el fin de establecer un tratamiento igualitario.<sup>202</sup> Adicionalmente, también corresponden a este tipo, las discriminaciones que se dan en cualquier ámbito de la vida, entre las personas en la sociedad.<sup>203</sup>

A esta clase de discriminación correspondería la denominada *homologación jurídica de las diferencias* de Luigi Ferrajoli. Con ella se refiere a una desvalorización de las diferencias, que deriva en una *negación* de las mismas. En este caso, todas las diferencias “resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una *abstracta afirmación de igualdad*”.<sup>204</sup> Así, reina el criterio de la anulación para dar paso a una “homologación, neutralización e integración general”<sup>205</sup> de todo lo que constituye lo diverso. En este modelo que se entiende como *serializado* o de *asimilación*, las personas diversas deben asumir una identidad que no es la suya para adaptarse al medio. Ya que la identidad predominante fue asumida “como término <<normal>> y <<normativo>> de la relación de igualdad, idóneo para

---

<sup>200</sup> Tomado de «Las reglas (y los mitos) sobre donar sangre», El Universo, 11 de junio de 2019, <https://www.eluniverso.com/larevista/2019/06/11/nota/7372557/reglas-mitos-sobre-donar-sangre>.

<sup>201</sup> *Ibíd.* El énfasis es mío.

<sup>202</sup> María José Añón, "Igualdad, diferencia, discriminación", 291.

<sup>203</sup> Salgado, «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos», 21.

<sup>204</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 75. El énfasis es mío.

<sup>205</sup> *Ibíd.*

incluir a los demás [desconociéndolos, ocultándolos o enmascarándolos] sólo en cuanto homologados a él”.<sup>206</sup>

Esta es la idea que subyace en los cuerpos normativos que determinaban como único sujeto de derechos al hombre (a cierto tipo de hombre), desconociendo la existencia de mujeres, indígenas, afrodescendientes, integrantes del grupo GLBTIQ+ y demás personas diversas. En esta línea de razonamiento, los diversos únicamente pueden acceder a esos derechos, en último caso, cuando se acoplen y sean lo más semejantes a los grupos dominantes, no antes.

Pero, esos *criterios neutros* que refería Añón (con los cuales se desconocen las diferencias), no solo se verifican en las normas, pues, son los que predominan en las relaciones cotidianas entre las personas, según los cuales se configura un tipo de discriminación que trasciende las barreras del mero formalismo y se traduce en una discriminación *de hecho*, una discriminación *en vida*, con un impacto inimaginable para quien no lo sufre.

Así, por ejemplo, existe discriminación indirecta cuando no se piensa en mecanismos diferentes a los comunes en el proceso de enseñanza, por lo que personas con diversidad funcional visual o auditiva ven disminuidas sus posibilidades de superación académica. O cuando personas indígenas y afrodescendientes no pueden aprender según criterios ancestrales como su idioma y tradición. También, cuando para el desenvolvimiento de un trabajo no se tomen en cuenta las importantes diferencias entre mujeres y hombres, respecto a sus estilos de vida, sobre todo cuando las mujeres atraviesan el proceso de maternidad.<sup>207</sup>

De la misma manera ocurre cuando en el ámbito laboral se ignoran las condiciones discapacitantes que acompañan a ciertas enfermedades (o el factor de la diversidad funcional en concreto), mismas que afectan significativamente las oportunidades de

---

<sup>206</sup> *Ibíd.*

<sup>207</sup> Y en este sentido, la consecuente desigualdad de género llega a ser tan fuerte que repercute también en la presencia o ausencia de las mujeres en muchas áreas de la producción e incluso del entretenimiento. En el cine por ejemplo, en 2018 “las mujeres representaron el 20% de todos los directores, guionistas, productores, directores ejecutivos, editores y fotógrafos de los 250 filmes más exitosos [en Estados Unidos]”.\*

\* Los datos reflejan los resultados del reporte anual del Celluloid Ceiling, publicado el jueves 03 de enero de 2019 por el Centro para las Mujeres en la Televisión y el Cine de la Universidad Estatal de San Diego, EE.UU. Tomado de Diario «El Universo», «El panorama de mujeres en el cine sigue siendo desalentador.», 6 de enero de 2019, sec. Vida y Estilo, 3.

incorporación a un empleo y el desempeño profesional de las personas.<sup>208</sup> Asimismo sucede cuando no se ha pensado en la manera de facilitar la movilidad de todas las personas, siendo así que las personas con movilidad reducida enfrentan graves problemas para acceder a determinados lugares. Lo mismo acontece en el ámbito informativo, respecto de las personas no videntes y con limitaciones auditivas o del lenguaje, aspecto que las deja en una situación de desconocimiento y muchas veces de total incomunicación.

Estas circunstancias pueden ser tan sutiles e “intrascendentes”, que la mayoría de veces pasan desapercibidas por el común de las personas, pero están cargadas de simbolismo para quienes las padecen. Un ejemplo de esto es lo sucedido con las afrodescendientes en el ballet. Ellas han tenido que realizar un peculiar “ritual” con sus zapatillas de punta, pues han tenido que pintarlas para que combinen con el color de su piel.<sup>209</sup> Y esto, porque el color tradicional de las zapatillas es rosa (debido al tono de piel de las bailarinas –en su mayoría blancas– y en gran medida a la “tradición” de esta disciplina), el objetivo principal en este aspecto estaría dado por un factor de *uniformidad*<sup>210</sup> y los fabricantes atienden estos requerimientos. Esta sería la razón principal de la escasez o inexistencia de zapatillas de otros colores.<sup>211</sup>

Sin embargo, el pequeño detalle del color de las zapatillas tiene un mensaje de fondo, evidencia la ausencia de afrodescendientes en estos espacios, una ausencia con sabor a discriminación. Virginia Johnson, directora artística de la compañía “Dance Theatre” de

---

<sup>208</sup> Recordemos además, que datos mundiales revelan que existe un menor índice en las tasas de empleo de mujeres y hombres con diversidad funcional, con un 20% y 53% respectivamente, frente al 30% y 65% de las mujeres y los hombres sin diversidad funcional. Sumado a esto, las personas con diversidad funcional registran cifras preocupantes de pobreza, escolarización, deficiencias sanitarias, entre otros. Tomado de Diario «El Universo», «larevista» (sec. "Salud" *Apertura a pesar de las limitaciones*), 2 de diciembre de 2018, 44-5.

<sup>209</sup> Este lento y costoso proceso, se traducía en un gasto de aproximadamente \$770 anuales (un valor nada insignificante para el bolsillo de una bailarina de ballet promedio). Para llevar a cabo esta práctica, las bailarinas utilizaban diversos productos, desde maquillaje hasta pintura acrílica, muchas veces con resultados desagradables. Pues, como explica Cira Robinson, bailarina de alto nivel en Ballet Black (compañía británica), cuando lo hizo por primera vez, utilizando pintura en aerosol, las zapatillas “quedaron crujientes y... ¡asquerosas!”. Tomado de Diario «El Universo», «larevista» (artículo de la sección "Sociedad", *Zapatillas de ballet marrones* de "The New York Times"), 20 de enero de 2019, 12-3.

<sup>210</sup> Por razones estéticas las bailarinas deben *mimetizarse*, especialmente si forman parte del cuerpo de baile y solo pueden destacar excepcionalmente cuando asumen una interpretación como solistas. *Ibíd.*

<sup>211</sup> Aunque, últimamente las empresas *Gaynor Minden* y *Freed of London* empezaron a producir zapatillas de colores marrón y bronce, más acordes con los tonos de piel de las bailarinas. Esta, a pesar de ser una buena iniciativa es insuficiente dada la amplia variedad de tonalidades y estilos de las danzantes, por lo que el “ritual” del pintado de zapatillas sigue siendo la mejor opción para la mayoría de bailarinas afrodescendientes. *Ibíd.*

Harlem, Nueva York, explicó que “no se trata de las zapatillas, sino de quién es parte del ballet y quién no”.<sup>212</sup> Asimismo, Ingrid Silva<sup>213</sup> comentó: “hay muchas cosas que el mundo de la danza tiene que aprender [...] empezando con que las compañías contraten más bailarines negros”.<sup>214</sup>

Ahora, un ejemplo clásico que grafica de excelente manera como la abstracción de las diferencias es una práctica problemática para los diversos, es el que nos ofrece Roberto Saba,<sup>215</sup> recordando el caso de la elección de los miembros de una orquesta municipal en Estados Unidos, ocurrida en la década de los setenta: era conocido que en la conformación de las orquestas municipales se realizaban prácticas discriminatorias, por este motivo y para que esto no sucediera en este caso, las audiciones para la selección de los músicos se realizaban usando paneles oscuros que impedían que los miembros del jurado vean a los candidatos y los seleccionen en razón de su raza, sexo o cualquier otro aspecto que no estuviera relacionado con su capacidad para tocar instrumentos musicales. Además, en ciertas ocasiones, se usaban alfombras para evitar identificar el sexo de quienes audicionaban por el diferente tipo de sonido que produce el calzado de hombres y mujeres.

Pero, ¿cuál fue el resultado de este método de selección ciego? ¿Acaso la ignorancia frente a la diversidad permitió que la orquesta estuviera compuesta de una manera más inclusiva que la tradicional? Lo que sucedió fue que al retirar la mampara, se evidenció que todos los músicos seleccionados eran efectivamente, los de siempre, varones blancos; tal como ocurría cuando se realizaban prácticas discriminatorias. Este ejemplo nos muestra cómo el desconocimiento de las diferencias –excusada en la búsqueda de la igualdad– puede conducir a los mismos resultados que la aplicación expresa de tratos discriminatorios.

Y si queremos un caso judicializado que tenga como base problemas de igualdad formal, podemos citar el caso del ciudadano Bruno Paolo Calderón, en el que la Corte Constitucional del Ecuador declaró<sup>216</sup> la vulneración de sus derechos constitucionales a la

---

<sup>212</sup> *Ibíd.*, 13.

<sup>213</sup> Bailarina de ballet brasileña que publica videos en YouTube en los que demuestra la forma correcta de pintar las zapatillas. *Ibíd.*

<sup>214</sup> *Ibíd.*

<sup>215</sup> Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, 51-3 Saba advierte que este ejemplo ya fue abordado por Robert Post en «Prejudicial appearances», 18-9.

<sup>216</sup> Mediante “Sentencia” No. 133-17-SEP-CC. 10 de mayo de 2017.

tutela judicial efectiva, al debido proceso en la garantía de motivación y al libre desarrollo de la personalidad e identidad personal. Ya que el Registro Civil no le había permitido cambiar el dato “sexo” en su inscripción de nacimiento. Esto, debido a una anomia en la Ley de Registro Civil Identificación y Cedulación,<sup>217</sup> que derivaba en la imposibilidad de realizar la rectificación de este dato en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales. Pues, la ley no había previsto que las personas quisieran realizar cambios en esta característica que no tuvieran origen en errores de inscripción, sino que respondieran a una realidad de autoidentificación y construcción de la personalidad.

Como se advierte, este tipo de discriminaciones surgen por errores de generalización (lo que se refleja en la verificación de importantes anomias). Por lo que estos problemas podrían ser fácilmente resueltos si se atendieran los detalles de las diferencias o si se establecieran supuestos de hecho que permitan una interpretación más abierta, de tal manera que los diversos no resulten excluidos al aplicarse las normas en sus casos especiales.

## **2. Problemas de la igualdad material**

Aunque la igualdad material representa un avance en la garantía de los derechos de los diversos, su aplicación no está exenta de complicaciones. Encontramos que las primeras dificultades se originan en cuestionamientos sobre la implementación de políticas de acción afirmativa y quiénes se benefician de ellas. Además, de la misma manera que en la igualdad formal, en este tipo de igualdad pueden presentarse problemas debido a una errónea aplicación de las acciones afirmativas. Finalmente, cerraremos este apartado analizando algunos problemas relacionados con la insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

---

<sup>217</sup> La derogada Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, y la posterior Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

## 2.1. Cuestionamientos (rechazo) a las políticas de acción afirmativa

La principal función del Estado es la de garantizar la seguridad de sus ciudadanos, como bien señala Carlos H. Filgueira, este objetivo se logra “por medio de la transferencia de recursos, bienes y servicios, así como mediante el uso de políticas reguladoras tanto específicas (sectoriales) como generales”.<sup>218</sup>

Pero, al momento de satisfacer necesidades es importante tener en cuenta que si bien todos los miembros de una sociedad tienen derecho a que el Estado se preocupe por cubrir sus derechos constitucionales, también es cierto que existen sectores de la ciudadanía que por sus circunstancias específicas son identificados como “*vulnerables*”, o sectores “*en riesgo*”, los cuales ameritan mayor atención para la satisfacción de sus derechos.

En este escenario, se vuelve trascendental identificar a estos grupos de la sociedad para así crear políticas y mecanismos de acción orientados específicamente a la protección privilegiada de estos sectores. Entendiendo que, como señala Filgueira, el proceso de identificación de grupos vulnerables es un componente del proceso general de construcción política y social de la realidad, que busca llegar a un consenso social respecto de la vulnerabilidad y la conformación de los grupos en riesgo.<sup>219</sup>

Sin embargo, en la práctica este proceso puede ser muy complejo. Pudiendo presentarse problemas al tratar de establecer límites en los grupos que conviven en la sociedad, además de argumentos en contra,<sup>220</sup> sobre todo respecto de los derechos (o “privilegios”) que se pretende implementar mediante políticas preferenciales.

Entre los mayores argumentos en contra de las políticas de acción afirmativa, está el que confronta la asignación de beneficios en razón de *generalización* contra los otorgados

---

<sup>218</sup> Carlos H. Filgueira, Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina, en Andrés Pérez Baltodano, *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones* (Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 124.

<sup>219</sup> *Ibíd.*

<sup>220</sup> Por parte de sectores de la población que no miran con buenos ojos que el Estado adopte medidas de apoyo en favor de ciertos grupos exclusivos de personas, sin mayor mérito que el de haber nacido con cierta característica o de haberla adquirido muchas veces accidentalmente. Roberto Gargarella, en *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A., 1999). 23, explica que una de las principales críticas que se presentan en contra de las políticas de acción afirmativa a favor de grupos vulnerables se fundamenta en que dichas medidas violentarían el principio según el cual *nadie debe ser tratado peor a partir de circunstancias que no están bajo su propio control*, como son: la etnia, la raza, el género, ciertas condiciones de salud, entre otras.

por *meritocracia*. La razón de esto es que para la generalización,<sup>221</sup> en principio bastaría con la sola verificación de una condición para ser acreedor de un derecho. Mientras que, con la meritocracia, los beneficios que otorga el Estado se dan únicamente en razón de los méritos que cada ciudadano tiene producto de su trabajo. Lo que sostienen quienes están en desacuerdo es que el presentar características distintas a las del promedio puede deberse simplemente a coincidencias desafortunadas en las que la voluntad de los individuos no jugó ningún papel. Y en este sentido, no darían cuenta de un esfuerzo de parte de las personas beneficiadas, por lo que no se justificaría una intervención estatal.

En este caso, una posible solución consistiría en establecer políticas preferenciales *flexibles*, que no funcionen con base a estándares “rígidos” sino que se apliquen después de haber realizado un análisis minucioso, que estudie cada caso individuo por individuo,<sup>222</sup> y así se valore tanto el componente grupal como el de la diversidad de los méritos personales dentro de cada grupo.

Este primer contraargumento presenta un importante problema y es que al percatarnos de que “cada uno de nosotros pertenece, al mismo tiempo, a una diversidad de ‘comunidades’<sup>223</sup> relevantes”,<sup>224</sup> se torna mucho más difícil justificar el por qué se beneficia a determinados grupos sobre otros. Establecer el criterio según el cual ha de favorecerse a un sector de la sociedad podría crear las primeras discrepancias pues todos los miembros (o a menos la mayoría) de cada grupo tratarían de justificar su derecho a gozar de las políticas preferenciales que otorga el Estado a grupos específicos.

Sin embargo, esta preferencia entre grupos puede explicarse cuando reconocemos que muchos de ellos han alcanzado su afirmación como grupo vulnerable después de un

---

<sup>221</sup> La generalización se produce cuando hablamos de *grupos* de mujeres, indígenas, afrodescendientes, discapacitados y otros, ella debe realizarse inevitablemente para establecer qué grupos se encuentran en mayor desventaja.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, 27.

<sup>223</sup> Así por ejemplo, una misma persona puede pertenecer al mismo tiempo a los grupos: mujer, raza negra, pobre, analfabeta y presentar alguna diversidad funcional; en este escenario se presenta un primer problema, al confluir varias características “de riesgo” en una sola persona, pues nos vemos en la tarea de resaltar una circunstancia particular que la desfavorece más que las otras, pero ¿qué determina que característica se ha de resaltar? El Estado deberá explicar por qué un grupo *x* es favorecido y no un grupo *y*, o en razón de qué los integrantes de un grupo tienen muchas más medidas de satisfacción en relación con los miembros de otros grupos o que la ciudadanía en general.

<sup>224</sup> Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A., 1999), 24.

largo proceso, fundamentándose en “su número, en el peso de sus reclamos o en el nivel de sus necesidades”.<sup>225</sup>

Por otro lado, uno de los problemas prácticos que debe afrontar la sociedad cuando beneficia a ciertos sectores de la población es el que surge cuando se configura una conducta de *asimilación*. Esto sucede cuando la gente siente la necesidad de pertenecer al grupo ayudado más que defender su propia identidad (se pierde la identificación de la pertenencia a su grupo originario). De lo cual se deriva otro problema, el que se originen rivalidades y prejuicios entre los distintos grupos que coexisten en la sociedad, pueden surgir valoraciones negativas respecto de los reclamos de otros grupos e indiferencia respecto al estado de satisfacción de las necesidades de los demás grupos.

Estos problemas sirven como fundamento para quienes se oponen a la implementación de políticas preferenciales, pues desde esta perspectiva parecería que funcionan más bien como generadoras de conflictos entre grupos que medidas orientadas a alcanzar la justicia social a través de la equidad en la distribución de recursos estatales. Pero, esta “oposición” no siempre está compuesta exclusivamente por personas que observan las realidades de los grupos diversos desde “afuera”, sino que dentro de las reacciones de la ciudadanía debemos tener en cuenta la opinión de las mismas personas “favorecidas” por las políticas preferenciales.

Ellas han señalado que sería incorrecto negar que en ciertas ocasiones las medidas adoptadas tienen un efecto no deseado que afecta a la dignidad de los miembros de grupos vulnerables, pues, la implementación de las medidas muchas veces es considerada (sobre todo para el resto de la sociedad) como la evidencia de que ellos no están en capacidad de solucionar por sí solos su “situación de desventaja relativa”.<sup>226</sup> Y además, que conforman un segmento de la sociedad altamente dependiente de las prebendas del Estado (en un sentido negativo).<sup>227</sup>

Ahora, un último contraargumento que tiene mucha fuerza es el que considera importante analizar la *eficacia* de las políticas preferenciales. Al respecto, cabe preguntarnos si ¿estas medidas realmente alcanzan su objetivo de acabar con las

---

<sup>225</sup> *Ibíd.*, 26.

<sup>226</sup> *Ibíd.*, 25.

<sup>227</sup> *Ibíd.*

inequidades históricamente soportadas por ciertos grupos de personas o sólo tienen un efecto paliativo que no tiene un valor significativo a largo plazo?

Además, hay que tener presente que aunque existe una multiplicidad de grupos en desventaja las políticas de acción afirmativa suelen centrarse en determinados grupos más que en otros, por ejemplo, Macarena Sáenz Torres explica este hecho mediante la comparación de dos grupos vulnerables, el de los homosexuales y el de las mujeres en Chile, resaltando que aún entre estos dos grupos existen sujetos más desfavorecidos que otros por el Derecho.<sup>228</sup>

Así, cuando se habla de las mujeres, sabemos que el Derecho ha favorecido durante mucho tiempo la condición de jerarquización inferiorizada que se le ha asignado a estas frente a los hombres y los roles de género en la sociedad se han normalizado incluso en el ámbito jurídico. Sin embargo, la mujer no es un ser indiferente para el Derecho, aunque subordinada, menospreciada y categorizada, la mujer ha ocupado (a golpe de mucho esfuerzo) un espacio en las leyes.

No ocurrió de la misma manera con las personas homosexuales, quienes han sido ampliamente ignorados en el espacio legal (sin mencionar el alto grado de persecución social que han sufrido) y sólo en las últimas décadas se ha empezado a debatir sobre la exigibilidad de sus derechos. El contraste llega a ser escandaloso si recordamos que durante el período que comprende desde finales de 1980 hasta inicios del siglo XXI; mientras las mujeres empezaban a gozar de las primeras medidas de acción afirmativa<sup>229</sup>, los

---

<sup>228</sup> Macarena Sáenz Torres, "Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados", en Roberto Saba, *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, 312-3.

<sup>229</sup> Como hitos tenemos que: 1.-"En 1988, el consejo general del naciente Partido por la Democracia (PPD) aprueba introducir una cuota interna de un 20% para todos los cargos colectivos del partido. Posteriormente, el Partido Socialista (PS) y la Democracia Cristiana (DC) también introducirán normas similares; 2.-En 1989 se aprueba la Ratificación de la Comisión contra la Discriminación Femenina de las Naciones Unidas de 1979. Esta sugiere explícitamente el desarrollo de medidas de acción afirmativa para disminuir la brecha de género; 3.-Durante los años noventa la Cámara de Diputados aprueba el ingreso de Chile al Comité de la Convención de la ONU (CEMU), orientado a fiscalizar el cumplimiento de medidas para la igualdad de género y permite llevar a cortes internacionales casos de discriminación. Sin embargo, el Senado no aprobó esta moción; 4.-En 1990, durante el gobierno de Patricio Aylwin, se crea el Sernam, organismo especialmente dedicado al desarrollo de políticas que disminuyan la discriminación femenina [...]. Las políticas de acción afirmativa se consideran como parte de sus lineamientos de trabajo. En efecto, en documento del año 2000 se propone 'desarrollar mecanismos de acción positiva que incrementen la participación efectiva de las mujeres en lo cargos de elección popular'; 5.-En 1997, un grupo de diputadas de la concertación propone una modificación de la ley de Partidos Políticos, la Ley Orgánica Municipal y la ley de Votaciones y Escrutinios, para que se introduzca un sistema de cuotas en las candidaturas a cargo de elección popular. El proyecto se archivó sin discusión. 6.-A comienzos del año 2001, siendo ministra de Sernam Adriana Delpiano, se logra introducir un indicador de género en el formulario de evaluación del

homosexuales (especialmente hombres, por el sólo hecho de ser homosexuales) eran reprimidos penalmente hasta<sup>230</sup> 1999 cuando se derogó la norma que tipificaba la sodomía como delito en Chile. Los homosexuales conforman un grupo totalmente olvidado para la asignación de medidas de acción afirmativa hasta la presente fecha.

Con hechos como estos, nos preguntamos: ¿hasta qué punto se podría hablar de transparencia en el trato a grupos vulnerables?, ¿acaso existen grupos más vulnerables que otros? Y de ser así, ¿cómo se sustentan estas diferencias (y principalmente los distintos niveles de ayuda que reciben) entre grupos sin afectar la identidad de los mismos? La cuestión más importante sería, ¿existe algún criterio racional que justifique la discriminación de grupos discriminados?

Al final las políticas que se implementen en cada caso deberán, para gozar de plena validez tanto legal como constitucional, defender un objetivo claro: “contribuir a que ningún grupo resulte *arbitrariamente* desaventajado”.<sup>231</sup> El nivel de eficacia de las medidas adoptadas dependerá de muchos factores y variará según las circunstancias de cada sociedad.<sup>232</sup> Por lo que no existe una receta perfecta, que se pueda aplicar universalmente para combatir la discriminación y las situaciones de vulnerabilidad. En este mismo sentido, señalamos que, en efecto, en cada sociedad se pueden verificar grupos diversos más vulnerables que otros –la vulnerabilidad en sí misma es una condición altamente variable– y el tipo de ayuda que reciban deberá ser equitativa y *no igualitaria* para que pueda servir en una realidad concreta. Lo cual no es sinónimo (o no siempre) de discriminación, sino de reconocimiento y valoración de situaciones *ad hoc* que ameritan mayor atención –en un lugar y tiempo determinados– y que, por lo tanto, deben tratarse con prioridad.

---

Presupuesto. Esto implica que todas las metas propuestas por los diferentes ministerios sectoriales y políticos deben incluir en su formulación esta preocupación. [...]” Tomado de Magdalena Claro, *Acción afirmativa. Hacia Democracias Inclusivas*. (Santiago, Chile: Fundación Equitas, 2005), 67-68.

<sup>230</sup> Sin embargo, en el Código Penal chileno, se encontró otro camino para este fin. Pues, existe una norma que sanciona a “los que de cualquier modo ofendieren el honor y las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”.\* Este tipo penal ha sido utilizado como medio para la represión social de prácticas homosexuales en público (travestis con mayor frecuencia).

\* Chile. *Código Penal.*, art. 313.

<sup>231</sup> *Ibíd.*, 25. El énfasis es mío.

<sup>232</sup> Pero de entre los muchos factores y circunstancias, creemos que los socio-culturales son substanciales y que, además, podrían mejorarse con una educación adecuada. Esto, por supuesto, implica un trabajo de largo aliento, pues no puede llevarse a cabo sin un cambio de mentalidad, de lenguaje, de costumbres. Cambios que, como sabemos no se dan de la noche a la mañana y como se ha registrado en la historia, en no pocas ocasiones el otorgamiento de medidas a favor de grupos vulnerables se ha dado a costa de sangre y sufrimiento.

## 2.2. Problemas por errónea aplicación de las medidas de acción afirmativa: discriminación directa

Respecto de la igualdad material, uno de los aspectos que se debe vigilar con mayor cuidado es el de la verificación de los elementos constitutivos –y que al mismo tiempo cumplen la función de límites– de las medidas de acción afirmativa. En este apartado nos enfocaremos en los factores de contextualización, temporalidad y justificación, porque como veremos, su inobservancia puede acarrear problemas graves de discriminación de derechos.

Si recordamos los elementos que caracterizan a estas medidas,<sup>233</sup> apreciamos que todos ellos giran en torno a un hecho cierto: la comprobación de una situación de desigualdad, desventaja o discriminación *específica* (es decir, de unos hechos *determinados* y de un grupo social bien *identificado*). Hacemos énfasis en que la situación es específica porque en razón de ello, las medidas también deben tener este carácter, es decir, “dependen de las circunstancias en las que se ha producido [la] desigualdad”.<sup>234</sup>

Ya que, al pensar en las posibles medidas a aplicar, se debe considerar que la desigualdad puede presentarse de distintas formas, por lo que, las medidas deben corresponder a la realidad social, económica, laboral o política (o su conjunto) en la(s) que ciertas diferencias son inferiorizadas. Como bien apunta José García Añón, “[e]n unos casos estarán justificadas medidas más ‘fuertes’”,<sup>235</sup> pero en *otros contextos*, recurrir a las mismas medidas sería injusto e incluso discriminatorio.

Ahora, otro elemento determinante y que se relaciona estrechamente con el carácter circunstancial antes mencionado, es el de la *temporalidad* –o transitoriedad– de las medidas. En este punto es necesario aclarar que las medidas de acción afirmativa son

---

<sup>233</sup> Los que revisamos en el apartado “Tratamientos jurídicos diferenciados”: a) La existencia de una desigualdad real, desventaja, inferioridad o discriminación que obstaculiza la realización de igualdad de oportunidades de un grupo específico frente al resto; b) La relación entre la desigualdad y la pertenencia a un determinado grupo social; c) La contextualización de las medidas cuyo contenido y tipo dependen de las circunstancias y el caso; d) El carácter temporal de las medidas hasta alcanzar la igualdad real; y, d) La razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material.

<sup>234</sup> José García Añón, «Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.», en *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. (Madrid, España: DYKINSON, S. L., 2004), 100.

<sup>235</sup> García Añón, 101.

limitadas en su tiempo de vigencia, aun cuando el factor o rasgo que posee el grupo favorecido sea permanente. Y esto, porque lo que se analiza para considerar necesaria la aplicación de estas medidas, no es simplemente el carácter permanente de un distintivo, sino la *consideración de esa característica como una desventaja por la sociedad*.<sup>236</sup>

De lo anterior se deriva que, si se prolonga el uso de una medida de este tipo, en circunstancias en las que *ya no existe* una situación de desigualdad o desventaja, en ese escenario se configuraría una *discriminación de tipo directo*, que afectaría a las personas excluidas por las medidas. En este caso, las medidas de acción afirmativa resultarían discriminatorias para los demás por beneficiar a ciertos grupos cuando *ya no lo necesitan*.

Finalmente, debemos señalar que de los factores contextual y temporal, también va a depender en gran medida el elemento que supone un sustento para la justificación de las acciones afirmativas, esto es, “la razonabilidad, proporcionalidad y coherencia de las medidas con el principio de igualdad material”. Pues, a fin de evitar la arbitrariedad, para que en la aplicación de estas medidas no se generen nuevas discriminaciones, se deberá tomar en consideración si efectivamente la condición de un sujeto, es razón suficiente para justificar la implementación de un trato desigual en unas circunstancias y tiempo determinados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “el sexo femenino, no es razón suficiente para legitimar las medidas que protejan a las mujeres ni se puede considerar como criterio de diferenciación”<sup>237</sup> (aunque esto puede ser muy diferente en realidades como las latinoamericanas).

Con esto queremos decir, que la argumentación que abogue por la instauración de determinadas medidas no debe limitarse (o no en todos los casos) a la sola referencia de una característica diferenciada de los diversos. Sino que, la lógica nos obliga a pensar, por ejemplo en la concurrencia de otros requisitos, como los méritos y capacidad indispensables para acceder a la puntuación extra por pertenencia étnica, en el caso de las cuotas reservadas en el mercado laboral público.

---

<sup>236</sup> *Ibíd.*

<sup>237</sup> José García Añón recoge este criterio de las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español 81/1982, F.J. 1º; y 128/87, de 16 de julio, F.J. 6º; 241/88; 19/89; 148/90; 145/91; 3/93, F.J. 3º; 317/94, F.J. 2º. *Ibíd.*, 102.

### 2.3. Problemas por insuficiencia de los derechos específicos

Tomando en cuenta que la igualdad material busca la igualdad en los hechos, y siendo conscientes de que esto no se logra únicamente con la implementación de políticas preferenciales, celebramos el reconocimiento que se ha hecho a los diversos de ciertos derechos específicos, como una herramienta que ayude a combatir las situaciones de desventaja. Sin embargo, en este apartado nos enfocamos en algunos inconvenientes que estos derechos pueden presentar.

Al respecto, podríamos hablar de problemas comunes que afectan a todos –o al menos a la mayoría– de los diversos y de problemas particulares que sólo pueden verificarse y entenderse desde realidades específicas. Ambos problemas tienen su origen en el Derecho y su “poder regulatorio omnipotente”, pues, es conocido como el sistema jurídico pretende regular todos los casos que puedan presentarse en la vida cotidiana; y, también es conocido que esa pretensión no es real por cuanto el sistema jurídico no regula todo.

#### 2.3.1. Problemas comunes a todos los diversos

##### 2.3.1.1. El gran problema, persiste la inobservancia de la diversidad

Elizabeth Jelin, se pregunta: “¿qué significa igualdad de derechos en la educación de un chico discapacitado, o cuya lengua materna (*sic*) no es la de la escuela pública?”<sup>238</sup> Esto, en el contexto de la igualdad formal y sus insuficiencias, pero, nosotros sostenemos que este también es un problema que involucra a la igualdad material y especialmente a sus *derechos específicos*. Porque, aunque nos cueste mucho aceptarlo, en muchos casos –o en la mayoría de casos–, lo único que se logra con estos “derechos especiales” es evitar que los diversos sean excluidos de la titularidad de los derechos comunes a todos. Y con este logro aparente, se olvida que para los diversos, reconocérseles un derecho (común) no significa necesariamente que se tome en cuenta *en la práctica*, las específicas necesidades

---

<sup>238</sup> Jelin, «Mujeres, género y derechos humanos», 194.

que tienen en razón de su particular filosofía de vida, cultura, sexo, raza, capacidades, orientaciones o condiciones.

Esto significa, retomando el caso del “chico discapacitado”, que él deberá resolver por *su cuenta* el problema de la dificultad o imposibilidad –que de manera aislada o conjunta, puede presentarse– de: *acceso* a determinada institución (diversidad funcional física); *entendimiento y comunicación* (diversidad funcional auditiva, visual, mental, psíquica e intelectual); *interacción social* (diversidad funcional psíquica)<sup>239</sup>. Y en el caso de la “lengua materna” diferente, tal escenario (tan familiar en nuestro medio) implica, la adecuación del sujeto diverso a la típica “educación” impuesta desde la lógica del Estado-nación, que poco o nada entiende de culturas ancestrales, costumbres o tradición. Esta educación, ajena a la realidad de los indígenas, obedece a modelos occidentales monoculturales, donde la castellanización es obligatoria y, como bien señala Rodolfo Stavenhagen, pueden considerarse “*etnocidas*”<sup>240</sup> porque fomentan la aculturación unilateral y por ende la desintegración de los grupos indígenas”.<sup>241</sup> Ante estas situaciones, nosotros preguntamos, ¿dentro de qué marco lógico aquello es justo para los diversos funcionales, para los indígenas... para los diversos en general?

El detalle de todo esto, es que aun teniendo el “acceso” a un derecho tan importante como el de la educación, no se puede decir que estas personas gocen plenamente de aquel, sino que más bien, padecen situaciones de discriminación porque no se contemplaron sus diferencias en la formulación de derechos específicos y mucho menos se consideró que la ejecución de un derecho no es lo mismo que su mera titularidad.

Circunstancias semejantes se verifican, respecto de los derechos específicos de estos y otros diversos, y las complicaciones que existen para ejercerse en la práctica, en asuntos: laboral, salud, acceso a la justicia, y otros. Pudiendo además, darse situaciones en las que distintos tipos de derechos adquieren mayor importancia por confluir en temas delicados, como el de las mujeres en estado de gestación y maternidad (especialmente en los casos de

---

<sup>239</sup> «Los 6 tipos de discapacidad y sus características», 16 de agosto de 2018, <https://psicologiaymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.

<sup>240</sup> El etnocidio, según explica Stavenhagen, “representa a su manera una forma de ‘*genocidio cultural*’ y en este sentido se considera una violación a lo derecho humano. Rodolfo Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina.*, Primera edición (Caracas, Venezuela: Nueva Sociedad, 1996), 157. El énfasis es mío.

<sup>241</sup> *Ibíd.*, 154.

embarazos de alto riesgo y madres con enfermedades crónicas o catastróficas, porque la posibilidad de mortalidad aumenta en ellas) y sus derechos laborales.

### **2.3.1.2. No todos son sujetos plenos de derechos (continúa la segregación)**

Probablemente, uno de los mayores riesgos derivados de la especificidad extrema de ciertos cuerpos normativos sea el de dejar sin cobertura de derechos específicos a determinados segmentos necesitados de la sociedad. En este apartado abordaremos este tema recurriendo a los casos de tres diversos: los del grupo LGBTIQ+ (rechazados como grupo), los indígenas y los diversos funcionales (separados individualmente por incumplimiento de requisitos).

El problema de la segregación adquiere mayor escala si se verifica en los derechos reconocidos en una constitución. Tenemos un claro ejemplo de esto en la Constitución de Ecuador 2008, en la que se consagraron ciertos derechos específicos a favor de algunos grupos de personas consideradas en situación vulnerable, pero en ellos no se reconocen a todos los grupos en desventaja.

Nos referimos a los *derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*, estos derechos están dirigidos a: las personas adultas mayores, las niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con diversidad funcional, personas privadas de libertad, quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo y las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.<sup>242</sup> Como se observa, en esta norma –y de hecho en toda la Constitución– no se toma en cuenta, *prima facie*, a las personas pertenecientes al grupo LGBTIQ+ (a menos que se considere que están en situación de riesgo). A pesar de que este ha sido un grupo que históricamente ha sufrido discriminación y que se encuentra en permanente estado de vulnerabilidad.

También podríamos mencionar el caso de los indígenas y sus derechos colectivos, donde juegan un papel trascendental los factores *verificables* de la “indigenidad” y la “territorialidad”. Respecto del primer factor, surgen problemas importantes, porque si la

---

<sup>242</sup> Ecuador. *Constitución de la República*, art. 35.

indigenidad implica una “continuidad histórica entre la población indígena original y la que actualmente se identifica como descendiente directa de aquella”,<sup>243</sup> y además, esa “continuidad histórica” se refiere tanto a su parte genética como a su parte cultural, ¿hasta qué punto puede hablarse de continuidad si consideramos, por ejemplo, los procesos de mestizaje y aculturación que se han producido globalmente?

Habría que pensar en qué es lo que sucede en circunstancias en las que la indigenidad no se cumple totalmente. Si un indígena, tiene el genotipo, pero (por las razones que fueran) no la cultura de su pueblo, o viceversa, ¿esto lo descarta como sujeto de derechos específicos?, ¿un indígena deja de serlo —o lo es menos— si deja de usar sus trajes típicos? Estos escenarios, nos permiten evidenciar que, una vez más, los derechos de los diversos constituyen derechos *asignados* a “otros”, mismos que paradójicamente (junto con las condiciones que se exigen para su verificación), para que puedan ejercerse, deben ser reconocidos, concedidos y aprobados por sociedades que *no son parte de esa otredad*, que por lo mismo no la entienden y que, en razón de ello, la mantienen en situación de marginalidad.

Esto es cierto, si reconocemos que en las sociedades de latinoamericanas, se juzga la indigenidad desde —o únicamente— el lado *estético*, así, los rasgos identitarios externos importan más porque son más visibles. Por ejemplo, en Ecuador, para el blanco-mestizo promedio es indígena aquella persona, que “parece indio” (con toda la carga despectiva y subordinante con la que se usa este término), pues como concluye Carlos De la Torre, “[n]o es necesario “vestir como indio” o hablar el quichua [aspectos culturales] para ser estigmatizado como indio. Basta tener un apellido que suene “indio”, o rasgos “indígenas” para ser clasificado como indio”.<sup>244</sup>

Además, como advierte De la Torre, la “identificación” de los indígenas se trata más bien de una *estigmatización*, pues, ese reconocimiento, no se lo hace precisamente en pos de atribuirles algún tipo de derecho especial. Pues, se asimila al indígena como un sujeto lleno de características negativas: “vagos, incumplidos, indisciplinados, irracionales, poco

<sup>243</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 161.

<sup>244</sup> Carlos De la Torre Espinoza, «El racismo en Ecuador: Experiencias de los indios de clase media.», académica, Biblioteca virtual de CLACSO, 1996, 83, <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Ecuador/caap/20120928023907/torre.pdf>.

sistemáticos, desorganizados, botarates, melancólicos, traicioneros”.<sup>245</sup> Al etiquetar a alguien como indígena o “indio”, la sociedad blanco-mestiza no pretende entablar una relación de interculturalidad verdadera. El interés, cuando existe (y salvando honrosas excepciones), casi nunca va más allá del uso folklórico de los indígenas como atractivo turístico.<sup>246</sup>

Así, nuestras sociedades discriminatorias hacen que la indigenidad sea una característica que, en vez de funcionar como herramienta para reconocer derechos, en la práctica sea motivo de vergüenza, crisis de identidad e incluso autodesprecio para los indígenas –por ser indígenas–.<sup>247</sup> Recordemos un par de comentarios de indígenas para ilustrar este punto: “‘Estaba ya en la adolescencia, me sentaba frente a un espejo y empezaba a compararme con los mestizos. Era totalmente distinto, pensaba cómo me integro a ellos, me sentía mal por el físico.’ ‘Muchas veces yo soñaba porque no sería blanco-mestizo, llevar un apellido bueno, eran pequeños complejos que tenía.’”<sup>248</sup>

Ahora, en razón de valoración supremamente estética antes mencionada y si en realidad los derechos colectivos de los indígenas dependen más de los fenotipos<sup>249</sup> que de la exclusividad genética y cultural, se generan otras complicaciones, nos podríamos preguntar: ¿a quién le corresponde determinar hasta qué grado de consanguinidad llega el alcance de estos derechos?; ¿qué sucede en los casos en que producto del mestizaje un hijo no conserva los mismos rasgos característicos fisonómicos de su padre o madre indígena?; y, ¿cuál es el papel que juega la cultura en todo esto? La situación puede complicarse mucho, si el tema se reduce a la condición de presentar evidencia de pertenencia étnica.<sup>250</sup>

Ahora, en cuanto al factor de la territorialidad, se reconoce que pertenecer a un grupo indígena “conlleva la idea de [ser el] ocupante originario de un territorio”<sup>251</sup> determinado y además, “mantener vivo un vínculo especial con la tierra”.<sup>252</sup> Este, es un

---

<sup>245</sup> Eduardo Kingman Garcés, «Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos», académica, FLACSO Ecuador, octubre de 2002, 5, [www.flacso.org.ec/docs/artidenymestizaje.pdf](http://www.flacso.org.ec/docs/artidenymestizaje.pdf).

<sup>246</sup> *Ibíd.*, 4.

<sup>247</sup> De la Torre Espinoza, «El racismo en Ecuador: Experiencias de los indios de clase media.», 83.

<sup>248</sup> *Ibíd.*

<sup>249</sup> *Ibíd.*, 82.

<sup>250</sup> «Certificados de Autoidentificación – Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades», accedido 5 de marzo de 2020, <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.

<sup>251</sup> Stavenhagen, 160.

<sup>252</sup> *Ibíd.*, 152.

elemento fuerte a favor de los indígenas, sin embargo, no podemos dejar de lado el hecho de que, los indígenas también se han dispersado por el mundo. Ya sea por invasiones, migración forzada o simplemente por conocer otros lugares del planeta de manera voluntaria, algunas veces se han producido “diásporas indígenas”, que han dado paso al abandono de sus tierras ancestrales.

Por supuesto, esta territorialidad, debe ser entendida en el contexto de “la unidad territorial y administrativa del Estado”,<sup>253</sup> ya que en razón de ello, se reconocen y respetan ciertas zonas geográficas (dentro en un Estado determinado) debido a su histórica posesión indígena. No obstante, las delimitaciones territoriales no siempre funcionan de manera adecuada para proteger derechos específicos de los indígenas. Pues, escapan a estas soluciones las realidades de algunos pueblos que ejerciendo la posesión de un territorio traspasan las fronteras del Estado. O, lo que sucede en el caso de los individuos o pequeños grupos que se encuentran dispersados en el todo el territorio nacional, acaso, ¿se deja de poseer derechos por alejamiento territorial? Habrá quienes respondan con un sí rotundo, sin embargo, para nosotros el asunto no es tan simple y, en suma, devela que los derechos de los indígenas son insuficientes en algunos escenarios.

Finalmente, otro caso de exclusión de derechos de los diversos, es el de las personas con diversidad funcional, quienes solo pueden gozar de sus derechos específicos si es que alcanzan el porcentaje mínimo (30%, aunque puede modificarse)<sup>254</sup> de “discapacidad”<sup>255</sup> y otros requerimientos para que se les otorgue un carnet que certifique su condición (aunque esto también puede considerarse como un problema meramente administrativo). De lo contrario se les dice que poseen una “discapacidad no carnetizable”, con la consecuente negación de cualquier derecho relacionado a su diversidad. Esta situación se deriva, en gran medida de la inobservancia de la diversidad, y también del hiperformalismo dominante en Ecuador.

Esto es importante, porque existen escenarios en los que los requisitos que se solicitan implican una negación enfática de ciertas diversidades, por ejemplo, en los casos

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*, 165.

<sup>254</sup> «¿Cuáles son los porcentaje de discapacidad en Ecuador? - Blog Impoex», accedido 1 de marzo de 2020, <http://www.impoex.ec/blog/cuales-son-los-porcentaje-de-discapacidad-en-ecuador>.

<sup>255</sup> No consideramos adecuado el uso de este término por su connotación negativa, sin embargo, lo hemos utilizado en este apartado para enfatizar en la discriminación lingüística de uso común que se hace tanto en espacios públicos como privados en Ecuador.

de diversidad funcional auditiva y visual, no importa si la persona presenta una sordera profunda en un oído; o, si su ceguera es total en un ojo, porque la condición *sine qua non* en estos casos es que la “discapacidad” sea *bilateral*. Como dato adicional, tenemos la falta de información respecto de los procedimientos para obtener el porcentaje de “discapacidad”, aquello es un total misterio, ya que, los médicos evaluadores (y nadie en realidad) jamás ponen en conocimiento del diverso funcional estos detalles. Y habría que analizar si con esto, además, se configura la violación del derecho a ser informado sobre su estado de salud y cualquier procedimiento médico que se realice.

### **2.3.2. Problemas particulares. Diversidad étnica: colonialismo**

Además de los problemas antes mencionados, es de cardinal importancia abordar otros problemas que afectan de manera particular a determinados diversos. Para no extendernos en demasía en este punto, pensamos que es oportuno analizar únicamente el fenómeno del colonialismo, por ser uno de los procesos que más ha afectado a nuestros pueblos.

*El reconocimiento de los derechos étnicos no ha resuelto el problema del colonialismo.* En el caso de los pueblos indígenas, dada la divergencia originaria de estos colectivos, observamos que muchas veces, lo que ellos reclaman no es tanto la titularidad de “derechos otorgados o concedidos”,<sup>256</sup> sino, el reconocimiento y respeto de sus *derechos históricos*. Pues, en razón de las invasiones, sometimiento y usurpación de las que fueron víctimas, ellos “reclaman la restitución de derechos perdidos (y, con frecuencia, de soberanías negadas)”<sup>257</sup>.

Ya que, respecto a los pueblos indígenas persiste hasta nuestros días, un tratamiento colonialista, incluso en los discursos más progresistas que abordan el tema de sus derechos específicos. No se toma en cuenta que estos pueblos fueron *naciones soberanas* en todo el sentido de la palabra, y que su incorporación a unidades políticas ajenas como los Estados fue un proceso que se llevó a cabo a la fuerza.<sup>258</sup> En la práctica, esto significa que su

---

<sup>256</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 165.

<sup>257</sup> Stavenhagen, 165.

<sup>258</sup> *Ibíd.*

realidad es vista y reglada desde fuera, y que, por lo mismo en no pocas ocasiones se refieran a los indígenas como “minorías”, algo que ha sido cuestionado por las organizaciones de los pueblos indígenas, al sostener que (por las razones históricas antes mencionadas) “su situación no es comparable a la de las minorías”.<sup>259</sup>

Ahora, el colonialismo tiene varias facetas, empezando por el origen del término “indígena”. Desde un punto de vista filólogo, encontramos por ejemplo, que en América o mejor dicho en Abya Yala, en la época precolonial, no existían “indígenas”, “indios”, “nativos” o “aborígenes”. Porque esos calificativos se crearon para referirse al “otro” perteneciente a un “x” pueblo que habitaba en las tierras que encontraron los invasores (generalmente de origen europeo, principalmente: ingleses, españoles, portugueses y franceses), y sobre quienes, estos últimos ejercieron dominación. Pero, antes de que nuestros pueblos fueran “conquistados” por poblaciones extranjeras, a los “indígenas”, se los llamaba –o se llamaban– según el nombre de su pueblo y así, desde el norte hasta el sur, se conocía a los Iroquois, Cherokees, Sioux, Cheyenes, Apaches, Aztecas, Mayas, Zapotecas, Olmecas, Mixtecas, Toltecas,<sup>260</sup> Shyris, Incas, entre muchos otros con su propia denominación.

Entonces, la sola palabra “indígena”, como nuevo significante para referirse al perteneciente a un lugar sometido, tiene una muy fuerte carga simbólica. En la actualidad existen pueblos a quienes no les parece adecuado y no se sienten representados cuando los llaman *indígenas*.<sup>261</sup> Porque esa construcción lingüística, no es una fotografía de la realidad –como debería serlo–, pues, obedece a coordenadas de producción sígnica (socioculturales)

---

<sup>259</sup> En este contexto, las minorías a las que no corresponden las realidades de los pueblos indígenas, son las lingüísticas, las religiosas e incluso las conformadas por grupos étnicos inmigrantes (por no considerarse estos como *pueblos o naciones originarias* en el sentido estricto de la palabra). *Ibíd.*

<sup>260</sup> Jordi Sierra Marquez, «Los pueblos nativos de América del Norte.», *EL LIBREPENSADOR* (blog), 28 de enero de 2010, <https://ellibrepensador.com/2010/01/28/los-pueblos-nativos-de-america-del-norte/>.

<sup>261</sup> Así lo expresó Andrónico Urbay Ipuana, dirigente del pueblo Wayuu: “Indio o indígena es equivalente a sujeto colonial o dominado. A las naciones culturales o pueblos nativos, hay que llamarlos con su etnónimo o autónimo, es decir, ser wayuu no lo hace indio, indígena ni paisano, lo hace pertenecer al pueblo wayuu. Al wayuu hay que decirle wayuu, al aruhaco, aruhaco, al embera, embera, y no indio, indígena o paisano como se viene diciendo, son términos coloniales y estigmatizantes, que ya deberían estar en desuso porque pertenecen al rezago de la monocultura y al monolingüismo. Estamos en un tiempo de descolonización y deconstrucción del lenguaje y tenemos que empezar a usar términos políticamente correctos, tenemos que empezar a practicar un pensamiento evolutivo culturalmente. La OEA, dijo en el 2016, que éramos *naciones originarias* y no indígenas, ni indios, ni paisanos”. Tomado de la página de Facebook de Andrónico Urbay Ipuana, Palabrero Wayuu de Colombia. «Integrantes COCOIN - Rama Judicial», accedido 4 de marzo de 2020, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/integrantes-cocoin>.

distintas o extrañas, que expresan ideologías ajenas a las de los pueblos originarios. Como han señalado algunos filósofos y lingüistas: “Somos absolutos prisioneros del lenguaje”.

Por otro lado, puede considerarse como una forma de “colonialismo moderno”, el juzgamiento de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, *desde fuera*, para ratificar su validez. Explicar con qué derecho y qué autoridad se ensalza una práctica y se repudia otra, incluso calificándola de violatoria de derechos humanos, nos remonta una vez más a los sistemas jerarquizados impuestos desde las sociedades occidentales. Porque ¿quién juzga, si no es un superior?, y ¿con qué derecho y autoridad lo hace, que no sea otro que el que le otorga una relación de poder y dominación? Como bien apunta Enrique Mayer, “[e]sta es una práctica colonialista, misionera [...] recusada con mucha razón por los grupos indígenas”.<sup>262</sup> Y los resultados de aceptación o rechazo dan cuenta del “relativismo cultural y moral” que pesa sobre el carácter *universal* de los derechos humanos.<sup>263</sup> A pesar de esto, es innegable que existen situaciones en las que los derechos humanos individuales son afectados por algunas prácticas culturales.

---

<sup>262</sup> Mayer, «Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos», 173.

<sup>263</sup> Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.», 163.

## Conclusiones

Estudiar la igualdad desde los diversos es importante si tomamos conciencia de una verdad que solemos olvidar fácilmente, el hecho de que absolutamente todos podemos encontrarnos en alguna situación de vulnerabilidad. Existen muchos factores, pero solo para ejemplificar tomaremos el de la diversidad funcional, incluso si nacemos y crecemos con una salud admirable, esto no es garantía de que siempre será así, basta con sufrir un accidente o simplemente adquirir una condición idiopática, todo puede suceder y nuestras vidas pueden cambiar radicalmente de la noche a la mañana.

Además de esto, debemos tener en cuenta que los factores generadores de vulnerabilidad no se presentan aisladamente, sino que suelen confluír, originando el fenómeno conocido como *interseccionalidad*, *factores de riesgo múltiple* o lo que podríamos llamar vulnerabilidad extrema. Estos factores, a su vez, contribuyen a la producción de escenarios típicos de discriminación. Existe evidencia para afirmar que la interseccionalidad y la vulnerabilidad social son fenómenos asociados. Todo aquello hace que la vulnerabilidad sea una característica fluctuante y, que en las sociedades, cuya constante siempre es el cambio, no sorprenda el que surjan *nuevas vulnerabilidades*, mismas que adicionalmente, no suelen ser fáciles de afrontar y resolver a corto plazo.

Y a pesar de que la vulnerabilidad de los diversos es difícilmente resuelta mediante la idea de igualdad (en cualquiera de sus formas), la *igualdad ante la ley* ha sido y sigue siendo el principio o derecho que se invoca por excelencia para exigir la garantía y cumplimiento de los derechos de las personas, incluyendo a quienes forman parte de grupos vulnerables.

Pero, ¿por qué se ha tomado el concepto de igualdad (a manera general) para garantizar derechos?, la razón es simple, porque con él se permite universalizar a las personas y referirse a ellas como pertenecientes a un solo conjunto, después de todo, “todos somos iguales” en algún sentido (incluso los diferentes), o mejor dicho, en el único sentido que importa, somos *seres humanos*. Y somos iguales a luz de la *dignidad*, ya que esta calidad es incuestionable, irrenunciable, inmodificable, insoslayable. La dignidad es inherente a los seres humanos, lo ha sido siempre y seguirá siendo así mientras humanos

sigan existiendo. Pero, esa dignidad humana debería ser comprendida como un concepto macro, según el cual no se puede ignorar el factor de las diferencias. Deberíamos recordar siempre que gran parte de esa dignidad radica en cada una de nuestras distinciones, en nuestra diversidad.

En nuestra perspectiva, esta visión que iguala a todos, es cómoda porque evita el trabajo de pensar en los casos aislados, aquellos que se separan del resto, los que no se pueden resolver con la misma fórmula, casos que por cierto no son tan pocos como se podría pensar.

Ahora, el estudio amplio del concepto de igualdad, de su origen y usos, pero especialmente de su evolución, nos permitió aclarar varios temas concernientes a él. Así, pudimos entender de mejor manera por qué la igualdad es un concepto complejo. Nos quedó claro que la igualdad no es un término absoluto, sino que “es un concepto relativo, que no significa necesariamente *identidad* (porque la identidad no admite las parcialidades que sí admite la igualdad, la identidad implica por definición *totalidad*). Concluimos de nuestra investigación que la igualdad tiene más de *semejanza* que de identidad, por lo que no debe confundirse: lo igual con lo idéntico. Y que, para poder afirmar que dos o más objetos, situaciones e incluso personas son iguales, debemos tener en cuenta que en realidad, no son los objetos, situaciones o personas las que son iguales, sino que es la confrontación de todos ellos bajo un mismo término de comparación *-tertium comparationis-* lo que permite aseverar que existe igualdad.

Pero, ¿cómo se expresa o configura jurídicamente la igualdad?, ¿es un valor, un principio o un derecho? Como hemos visto, en un mismo cuerpo normativo –las constituciones, por ejemplo– puede ser todos ellos, sin que este hecho cause la invalidación de alguna norma. Desde el punto de vista jurídico, esto es deseable, necesario y es posible gracias a que la igualdad es un término relativo y, en cuanto tal, el legislador le dará el uso que mejor corresponda según las circunstancias que se quieran garantizar, prevenir o corregir.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la protección que ofrece la igualdad es progresiva. Pues, no podemos hablar de igualdad material sin haber comprendido primero cómo funciona la igualdad formal. Y tal vez, una de nuestras conclusiones más importantes, es aquella que se enfoca en las importantes diferencias (a veces sutiles) que advertimos

entre las clásicas connotaciones de la igualdad y que se ven plasmadas de manera más contundente en el trato que se establece para los diversos, grupos protegidos o vulnerables –de tal manera que la igualdad sea capaz de ampararlos–.

En la igualdad formal, por ejemplo, se recurre a la *prohibición de discriminación*, que funciona como una garantía de cumplimiento de esta connotación de la igualdad y que de hecho, está pensada para protegernos a *todos* y no exclusivamente a los grupos vulnerables. Porque todas las personas podríamos ser encasilladas en alguno o algunos de los criterios por los que se prohíbe discriminar y padecer algún tipo de discriminación, si no es por la raza (racismo), es por la religión, la condición socio-económica (clasismo), la orientación sexual (homofobia) o la nacionalidad (xenofobia), pero además, existen criterios que nadie podría negar –al menos no en principio, porque suelen ser evidentes– como la edad (edadismo) y el sexo (sexismo).

Ahora, si la igualdad formal es la regla, la igualdad material es la excepción. Y es la excepción porque ella solo se puede concretar rompiendo con la lógica de la igualdad de forma. ¿Qué implica esto para los grupos vulnerables?, primordialmente implica mayor esperanza de garantía y ejercicio de derechos porque esta connotación está enfocada directamente en las situaciones de desventaja de las personas que conforman estos colectivos. Sin embargo, aun cuando estos grupos gozan de mayor protagonismo en este escenario, siguen presentándose situaciones de injusticia.

Estas connotaciones, derivadas de una evolución conceptual, revelan con sus particularismos, que hemos sido pertinaces en el uso de la igualdad, pero, la realidad siempre sobrepasa cualquier ilusión y, la *ilusión de la igualdad* no es una excepción. Sin embargo, esto no fue motivo para abandonar este concepto y se siguió usando y abusando de él. Entonces, cuando fue obvio que la igualdad no era eficaz para los diversos, se crearon nuevas y variadas interpretaciones. En el transcurso del tiempo se ha reinterpretado a la igualdad hasta el cansancio, para darle cada vez, un mejor sentido, de manera que nadie quede fuera de su amparo porque parece ser aquella característica que mejor nos protege y que mejor debemos proteger.

No obstante, por más que querramos aferrarnos y proteger nuestra vitoreada igualdad sobre todas las cosas, no podemos negar que su empleo es muy problemático para los diversos. Y como en esta investigación nos interesamos por los casos distintos,

estudiamos los problemas relacionados con la aplicación –o mala aplicación– de la igualdad en sus formas clásicas. Así, tanto en la igualdad material, cuanto más en su versión formal, advertimos grandes dificultades cuando se trata de usar estas categorías en los grupos vulnerables. Pues, ya sea de manera intencionada o no, estas complicaciones se traducen, casi siempre en escenarios de discriminación. Y una vez más, verificamos que los diversos son tratados como *los otros*, desterrados en un sitio muy lejano y de difícil acceso, en los rincones más contrapuestos de lo que se entiende (o se quiere entender) por igualdad.

Dicho esto, y respondiendo a nuestra pregunta de investigación, ¿qué tan adecuada es la noción de igualdad en la fundamentación de la garantía y ejercicio de los derechos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables?, conviene pormenorizar que: la igualdad formal es escasamente adecuada, debido a que su aplicación es muy propensa a crear espacios de discriminación; y, la igualdad material es mejor, pero es insuficiente ante los especiales requerimientos de los diversos. En general, cuando nos referimos a personas vulnerables y sus derechos, la noción de igualdad se queda corta para sustentarlos, sirve hasta cierto punto y no negamos los logros alcanzados con ella, pero, una vez más recalcamos que el escenario es distinto y que corremos el riesgo de olvidar los detalles de lo diverso.

Entonces, ya que en esta tesis nos enfocamos en la diversidad, y toda vez, que reconocemos que las posibles soluciones que ofrece el Derecho para muchos problemas de las sociedades –entre ellos los concernientes a la discriminación– son múltiples, muchas veces no convencionales y, que además, funcionan mejor cuando se aplican en conjunto. Dejamos planteada la idea de considerar otros recursos además de la igualdad, por ejemplo: sería muy provechoso un acercamiento a los conocimientos ancestrales de nuestros pueblos originarios y afianzar el uso del denominado “constitucionalismo andino”, que en términos de Ramiro Ávila, se trata de un *constitucionalismo transformador*, el cual permite derrumbar las viejas filosofías homogeneizantes y coloniales que provocan crisis de insuficiencia en el Derecho y en los Estados del “mundo andino”.<sup>264</sup>

---

<sup>264</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Primera edición (Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011). El “mundo andino” al que nos referimos, aceptando la contribución de Ávila es: “una comprensión política-social, que podría comprender todos los países del área andina que reflejan luchas y resistencia social al estado nación y a su derecho”. 25 en Nota al pie N°8

Otra posibilidad estaría en contemplar la posibilidad de dejarnos guiar por las sendas de la equidad, porque este principio permite valorar los detalles de cada caso y de cada persona, y facilita que esa valoración sea tomada en cuenta en el plano jurídico. Judith Salgado, ya ha pensado en aquello y se ha referido a la equidad como “esa noción que armoniza la *unidad en la diferencia* y la *igualdad de los/as diversos/as*”.<sup>265</sup>

Finalmente, desde una perspectiva social podemos aportar algo adicional a la confrontación igualdad-diversidad que hemos creado. Y es que, como todo en la vida, la respuesta dependerá de los intereses y de los enfoques de las personas, en especial de aquellas que tienen la posibilidad de ejercer poder. Pero, si a nosotros –los que formamos parte de algún grupo vulnerable– nos preguntan, nuestra respuesta será que sí, que lo diverso, lo no común, la otredad, las diferencias importan.

Y no hablamos de una importancia relativa, en la sociedad actual, todos deberíamos tener una visión tan amplia que nos permitiera entender que en ciertos escenarios *la diferencia*, es la regla imperante. Donde aquellos casos que se separan del resto, solo pueden entenderse desde sus particulares realidades y si recordamos que lo heterogéneo también es parte del mundo, podríamos empezar a darle el valor que le corresponde. Eso, si lo que queremos es derrumbar los desequilibrios que seguimos arrastrando en las sociedades. Porque *una sociedad excluyente de las diferencias es en realidad una sociedad injusta*.

---

<sup>265</sup> Salgado, «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos», 24-25. El énfasis es mío.



## Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, Suplemento No. 180. Quito, 2014.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Primera edición. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- Baltodano, Andrés Pérez. *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*. Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, s. f.
- Burgos, Helen Keller. Traducido por Carmen de. *La historia de mi vida*. Vol. Volumen 10 de Biblioteca de la Memoria. Serie Menor. Editorial Renacimiento, 2012.
- Busse, Roxana Barrantes y Peter, ed. *Salud, vulnerabilidades, desigualdades*. Lima, Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 2014.
- «Certificados de Autoidentificación – Consejo Nacional para la Igualdad de Pueblos y Nacionalidades». Accedido 5 de marzo de 2020. <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.
- Claro, Magdalena. *Acción afirmativa. Hacia Democracias Inclusivas*. Santiago, Chile: Fundación Equitas, 2005.
- Courtis, Christian. «Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos.» En *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid, España: DYKINSON, S. L., 2004.
- Courtis, Victor Abramovich, María José Añón y Christian. *Derechos sociales. Instrucciones de uso*. Primera edición. Distribuciones Fontamara, 2003.
- «¿Cuáles son los porcentaje de discapacidad en Ecuador? - Blog Impoex». Accedido 1 de marzo de 2020. <http://www.impoex.ec/blog/cuales-son-los-porcentaje-de-discapacidad-en-ecuador>.

- De la Torre Espinoza, Carlos. «El racismo en Ecuador: Experiencias de los indios de clase media.» Académica. Biblioteca virtual de CLACSO, 1996. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Ecuador/caap/20120928023907/torre.pdf>.
- «El Universo». «El panorama de mujeres en el cine sigue siendo desalentador.» 6 de enero de 2019, sec. Vida y Estilo.
- . «larevista, Efervescencia navideña.», 2 de diciembre de 2018.
- . «larevista, Zapatillas de ballet marrones», 20 de enero de 2019.
- Fernández, Encarnación. *Igualdad y Derechos Humanos*. Madrid, España: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), 2003.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tercera edición. Madrid, España: Editorial Trotta, 2002.
- Ferrer, Rebeca. «Desarrollo en Nicaragua del idioma de señas y la cultura de las personas sordas». Accedido 13 de febrero de 2020. <https://www.lattice.org/funk/es/rebferfn1505es.html>.
- García Añón, José. «Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español. Algunos apuntes en relación a la propuesta de Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.» En *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid, España: DYKINSON, S. L., 2004.
- García, Fernando, Jhon Antón Sánchez, Cecilia Marcillo, Francia Jenny Morero, Nohora Caballero, y Alexander Ortiz Prado. «Observatorio sobre discriminación racial y exclusión étnica», junio de 2012, 12.
- Gargarella, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona, España: Editorial Gedisa, S.A., 1999.
- Guerrero Arias, Patricio. *Corazonar Una antropología comprometida con la vida. «Nuevas miradas desde Abya-Yala para la descolonización del poder, del saber y del ser»*. Asunción-Paraguay: FONDEC (Fondo Nacional de la Cultura y las Artes), 2007.
- Mujeres Notables. «Helen Keller fue sorda y ciega durante toda su vida», 14 de julio de 2018. <https://www.mujeresnotables.com/2018/07/14/biografia-de-helen-keller/>.

- Herrera, David Martín. «Deficiente configuración normativa de los Delitos de Odio “Hate Crimes” en América Latina y Europa». En *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Primera. Pamplona, España: Aranzadi SA, 2012.
- «Integrantes COCOIN - Rama Judicial». Accedido 4 de marzo de 2020. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdicion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/integrantes-cocoin>.
- Jelin, Elizabeth. «Mujeres, género y derechos humanos». En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Primera edición. Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1996.
- Kingman Garcés, Eduardo. «Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos». Académica. FLACSO Ecuador, octubre de 2002. [www.flacso.org.ec/docs/artidenymestizaje.pdf](http://www.flacso.org.ec/docs/artidenymestizaje.pdf).
- El Universo. «Las reglas (y los mitos) sobre donar sangre», 11 de junio de 2019. <https://www.eluniverso.com/larevista/2019/06/11/nota/7372557/reglas-mitos-sobre-donar-sangre>.
- Llorente, Francisco Rubio. *La forma del poder*. Tercera edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, s. f.
- «Los 6 tipos de discapacidad y sus características», 16 de agosto de 2018. <https://psicologiymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.
- LR, Redacción. «Juez de Kentucky sí quiso negar adopción a parejas LGTB, pero terminó sancionado», 4 de junio de 2019. <https://larepublica.pe/mundo/1481496-estados-unidos-juez-kentucky-quiso-negar-adopcion-parejas-lgtbi-termino-sancionado/>.
- Marquez, Jordi Sierra. «Los pueblos nativos de América del Norte.» *EL LIBREPENSADOR* (blog), 28 de enero de 2010. <https://ellibrepensador.com/2010/01/28/los-pueblos-nativos-de-america-del-norte/>.
- Mayer, Enrique. «Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos». En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina.*, Primera edición. Caracas, Venezuela: Editorial Nueva Sociedad, 1996.

- Ontiveros, Eva. «“Grité, grité, pero nadie pudo oírme”: qué es la mutilación genital femenina y en qué países se practica». *BBC News Mundo*, 6 de febrero de 2019, sec. Otras noticias. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-47133238>.
- Peniche, Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido. *Derechos Humanos*. Segunda. México: Editorial Porrúa, S.A. de C.V. 8, 2001.
- Plazas Vega, Mauricio A. *Kant: El Newton de la moral y del derecho. El pensamiento de Kant en la jurisprudencia constitucional de Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 2004.
- Polanco, Lorena Fries Monleón y Nicole Lacrarnpette. *Derechos humanos y mujeres: Teoría y práctica*. Editado por Nicole Lacrarnpette Polanco. Santiago: Universidad de Chile, 2013.
- Proyecto, LGTBI. «14 de junio: Día del Donante de Sangre, pero... ¿Donación sin discriminación? | Amnistía Internacional | Venezuela», 14 de junio de 2018. <https://www.amnistia.org/ve/blog/2018/06/6596/14-de-junio-dia-del-donante-de-sangre-pero-donacion-sin-discriminacion>.
- Royo, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- Saba, Roberto. *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto s.r.l, 2003.
- . *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires, Argentina: Grupo editorial Siglo Veintiuno, 2016.
- Salgado, María Judith. «La discriminación desde un enfoque de derechos humanos». En *Diversidad ¿Sinónimo de discriminación?*, Comunicaciones INREDH. Serie de Investigación 4. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH, 2001.
- Sánchez-Parga, José. *El oficio de antropólogo. Crítica de la razón (Inter) cultural*. Estudios y análisis. Quito-Ecuador: Centro Andino de Acción Popular -CAAP-, 2005.
- Sanchís, Luis Prieto. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Primera edición. Lima-Perú: Palestra Editores, 2002.
- Santamaría, Ramiro Ávila, ed. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. 1era. edición. Justicia y derechos

- humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos, 2008.
- Stavenhagen, Rodolfo. «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales.» En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina.*, Primera edición. Caracas, Venezuela: Nueva Sociedad, 1996.
- Storini, Claudia, ed. *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*. Vol. 41. Estudios jurídicos. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional, 2017.
- Touraine, Alain. *Igualdad y diversidad: Las nuevas tareas de la democracia*, s. f.
- Valiña, Carmen V. «Interseccionalidad: Definición y orígenes | Escuela de feminismos alternativos periféricas». *Periféricas* (blog), 5 de septiembre de 2018. <https://perifericas.es/interseccionalidad/>.
- Valladares, Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola. *El género en el derecho. Ensayos críticos*. 1era edición: diciembre de 2009. Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Unifem, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, s. f.
- Velasco, Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. 1era edición. Justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Segunda edición. Madrid, España: Editorial Trotta, 1997.

## **Normativa**

- Bolivia. *Constitución Política del Estado*. Ciudad de El Alto de La Paz, publicada en la Gaceta Oficial el 7 de febrero de 2009.
- Colombia. *Constitución Política*. Bogotá, D. E. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 19 de enero de 1984.

[https://www.cejil.org/sites/default/files/i.\\_opiniones\\_consultivas\\_de\\_la\\_corte\\_interamericana\\_de\\_derechos\\_humanos.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/i._opiniones_consultivas_de_la_corte_interamericana_de_derechos_humanos.pdf).

Chile. *Código Penal*. Publicado el 12 de noviembre de 1874. Última modificación: 13 de agosto de 2011, mediante Ley 20526.

Ecuador. *Constitución de la República*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Código Civil*. Registro Oficial, Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, última modificación: 22 de mayo de 2016.

———. *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial, Suplemento 58 de 12 de julio de 2005 (Derogado).

———. *Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación*. Decreto Supremo 278, Registro Oficial 70 de 21 de abril de 1976, última modificación: 04 de marzo de 2011 (Derogada).

———. *Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles*. Registro Oficial, Suplemento 684 de 04 de feb del 2016.

OEA. Comisión IDH. Relatoría sobre los derechos de la mujer. *Informe sobre Acceso a la Justicia de Mujeres Víctimas de Violencia*, 20 de enero de 2007. <https://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm>.

OEA. Comisión IDH. *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.116., Doc. 5 rev. 1 corr, 22 octubre 2002.

OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (b-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

ONU. *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969.

ONU. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. Resolución 2106 A (XX), 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.

ONU. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

ONU. *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Durban (Sudáfrica), 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. [https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban\\_sp.pdf](https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf).

ONU. *Observación general 18 sobre no discriminación*, 10 de noviembre de 1989. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404>.

## **Jurisprudencia**

Colombia. Corte Constitucional. “Sentencia” No. T-406 de 1992.

———. “Sentencia” No. C-022/96.

———. “Sentencia” No. C-673/01.

———. “Sentencia” No. SU388/05.

Ecuador. Tribunal Constitucional. “Resolución” No. 106-I-97, suplemento del Registro Oficial 203 de 27 de noviembre de 1997.

———. “Resolución” No. 002-2004-DI, 19 de octubre de 2004.

———. Corte Constitucional, “Sentencia” No. 048-13-SCN-CC, Caso No. 0179-12-CN y Acumulados, 04 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional No. 004, 23 de septiembre de 2013.

———. “Sentencia” No. 133-17-SEP-CC. Caso No. 0288-12-EP. 10 de mayo de 2017.

———. “Sentencia” No. 11-18-CN/19. 08 de julio de 2019. Gaceta judicial. Edición constitucional No. 6, de 15 de agosto de 2019.

———. “Sentencia” No. 10-18-CN/19. 08 de julio de 2019. Gaceta judicial. Edición constitucional No. 96.