

Raquel Victoria Domínguez Padilla* (Ecuador)

¿Igualdad para diversos? Problemas de la igualdad material frente a la diversidad**

RESUMEN

En el presente artículo cuestionamos la efectividad del uso de la igualdad (en su connotación material o sustancial) para la garantía y el ejercicio de los derechos de las “personas diversas”; analizamos los escenarios y las razones por las que la igualdad material y sus elementos esenciales resultan perjudiciales, incomprendidos o insuficientes para garantizar los derechos de los diversos. Los problemas planteados serán, en su mayoría, de naturaleza discriminatoria, pues en todos los casos el rasgo diferenciador es la razón de fondo por la que se entorpece o radicalmente se niega el pleno disfrute de los derechos en general y de los derechos reconocidos a los diversos en particular. Así, veremos que en la implementación de la igualdad sustancial pueden surgir problemas por rechazo a las políticas de acción afirmativa, por una errónea aplicación de estas o por insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

Palabras clave: igualdad material; diversos; discriminación.

Equality for diverse persons? Problems of material equality with regard to diversity

ABSTRACT

In this article we question the effectiveness of the use of equality (in its material or substantive connotation) for the guarantee and exercise of the rights of “diverse

* Abogada; magíster en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar. Ganadora del Premio Contenta de la Universidad de Guayaquil. Becada por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. draseig@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1113-3015>.

** Una primera versión de este artículo hace parte de la tesis elaborada por la autora para la obtención del título de magíster en el Programa de Maestría en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

persons: "We analyze the scenarios in which, and the reasons why, material equality and its essential elements are harmful, misunderstood, or insufficient to guarantee the rights of diverse persons. Most of the problems raised will be of a discriminatory nature, since in all cases the differentiating feature is the underlying reason why the full enjoyment of rights in general, and of the rights recognized to diverse persons in particular, is hindered or radically denied. Thus, we will see how problems may arise in the implementation of substantive equality due to the rejection of affirmative action policies, the erroneous application of such policies, or the insufficiency of specific rights recognized to diverse persons.

Keywords: material equality; diverse persons; discrimination.

Gleichheit für diverse Personen? Probleme bei der materiellen Gleichheit angesichts der Diversität

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag hinterfragen wir die Effektivität des Rückgriffs auf die Gleichheit (in ihrer inhaltlichen oder substantiellen Konnotation) um sicherzustellen, dass „diverse Personen“ ihre Rechte wahrnehmen können, und analysieren die Szenarien und Gründe, aufgrund derer die materielle Gleichheit und ihre wesentlichen Elemente bei der Gewährleistung der Rechte dieser Personen mit Nachteilen verbunden sind, nicht verstanden werden oder unzureichend sind. Die vorgefundenen Probleme sind in den meisten Fällen diskriminatorischer Art, da in sämtlichen Fällen das Unterscheidungsmerkmal der eigentliche Grund dafür ist, dass der uneingeschränkte Genuss von Rechten im Allgemeinen und der anerkannten Rechte von diversen Personen im Besonderen erschwert oder vollständig verweigert wird. Probleme bei der Umsetzung der substantiellen Gleichheit lassen sich daher auf folgende Ursachen zurückführen: Ablehnung einer Politik der positiven Maßnahmen, fehlerhafte Umsetzung einer solchen Politik, oder Unzulänglichkeiten hinsichtlich der anerkannten Rechte von diversen Personen.

Schlagwörter: Materielle Gleichheit; diverse Personen; Diskriminierung.

*Estoy buscando a una persona que entienda mi lenguaje
y lo hable. Una persona que, sin ser paria, cuestione no solo
los derechos y el valor de los marginados, sino también,
de las personas que dicen ser normales.*

XAVIER DOLAN, *Laurence Anyways*.

Introducción

La igualdad, entendida como el principio rector por excelencia de los ordenamientos jurídicos –especialmente de los concernientes a los derechos humanos–, junto con

otros, como el de la dignidad humana, constituye no solo un medio de exigibilidad de derechos, sino que también representa un límite para las acciones tanto del Estado como de los particulares. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la noción de igualdad era, en los albores de la humanidad, y aun en los del derecho, un principio totalmente inexistente, ya que, como muchos otros conceptos, este es una invención humana, una ficción que no tiene lugar en la naturaleza, ni siquiera por defecto.¹

Así, este concepto eminentemente político tuvo que atravesar todo un proceso de construcción y perfeccionamiento (filosófico, académico, sociocultural), pues, desde que se esbozaron las primeras teorías jurídicas y filosóficas concernientes a la igualdad, tanto sus definiciones como sus interpretaciones han sido modificadas, corregidas y aumentadas en múltiples ocasiones. Y es que precisar con claridad el alcance y la profundidad de la igualdad ha sido una tarea ardua ya que implica, en principio, olvidar lo evidente: la diversidad, las diferencias notorias y sutiles de cada ser humano, de cada circunstancia.

De esta manera, para que el concepto de igualdad subsista y no vulnere derechos a su paso se han tenido que considerar otras nociones fundamentales que influyen y mejoran su contenido directamente, tales como: la diferenciación, la discriminación, la razonabilidad, la justicia, entre otras. Entonces, producto del abundante análisis dialéctico-hermenéutico de la igualdad (en el que se evidenciaron las necesidades sociales y los problemas en la aplicación de este concepto), actualmente, se podría afirmar que se ha llegado a un consenso global respecto a la aceptación de que existen, al menos, dos tipos de igualdad: la igualdad formal o igualdad ante la ley y la igualdad material o sustancial.

La connotación material es el culmen del proceso de construcción del contenido de la igualdad, pues con ella se hace un intento por corregir los problemas y vacíos jurídicos que deja la igualdad formal, enfocándose especialmente en las personas que conforman las denominadas categorías sospechosas (también conocidas como “grupos vulnerables”, “grupos en riesgo”, o como se refiere en este trabajo: “personas diversas”, o simplemente “diversos”). Esto, porque es sobradamente conocido que la aplicación de la connotación formal de la igualdad puede crear escenarios de discriminación –con la consiguiente violación de derechos– cuando se aplica sin distinción en personas vulnerables.

Ahora bien, aunque la igualdad material representa el mayor avance en la garantía de los derechos de los diversos, su aplicación no está exenta de complicaciones. En este ensayo veremos que, para los diversos, el uso de la igualdad sustancial como

¹ Autores como 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: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000], 244-47).

sustento teórico para la garantía de derechos es un recurso que al día de hoy plantea muchas dudas y evidencia serias problemáticas sociales.

Encontramos que las primeras dificultades se originan en cuestionamientos sobre la implementación de políticas de acción afirmativa y quienes 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, especialmente de las políticas de acción afirmativa. Finalmente, cerraremos este ensayo analizando algunos problemas relacionados con la insuficiencia de los derechos específicos reconocidos a los diversos.

1. Cuestionamientos (rechazo) a las políticas de acción afirmativa

La principal función del Estado es 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”.² Pero, en el 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, a fin de crear políticas y mecanismos de acción orientados específicamente a la protección privilegiada de estos sectores, en el entendido de 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.³

Sin embargo, en la práctica, este proceso es muy complejo y pueden presentarse problemas al tratar de establecer límites en los grupos que conviven en la sociedad, además de argumentos en contra,⁴ sobre todo respecto de los derechos (o “privilegios”) que se pretenden implementar mediante políticas preferenciales.

² Carlos H. Filgueira, “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”, en *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, ed. por Andrés Pérez Baltodano (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1997), 124.

³ Filgueira, “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”, 124.

⁴ 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”. Adicionalmente, Roberto Gargarella explica que una de las principales críticas que

Entre los mayores argumentos en contra de las políticas de acción afirmativa está el que confronta la asignación de beneficios concedidos por *generalización* contra los otorgados por *meritocracia*. La razón de esto es que, para la generalización,⁵ 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 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 por 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 en estándares “rígidos”, sino que se apliquen después de haber realizado un análisis minucioso, que estudie cada caso, individuo por individuo,⁶ 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’⁷ relevantes”,⁸ se torna mucho más difícil justificar 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 al 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

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 (Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados* [Barcelona: Gedisa, 1999], 23).

⁵ 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.

⁶ Gargarella, *Derecho*, 27.

⁷ 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 la característica que 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.

⁸ Gargarella, *Derecho...*, 24.

después de un largo proceso, fundamentándose en “su número, en el peso de sus reclamos o en el nivel de sus necesidades”⁹

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 anterior se deriva que se originen rivalidades y prejuicios entre los distintos grupos que coexisten en la sociedad, dado que 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, y no como 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 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”.¹⁰ Y, además, que conforman un segmento de la sociedad altamente dependiente de las prebendas del Estado (en un sentido negativo).¹¹

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 inequidades históricamente soportadas por ciertos grupos de personas o solo tienen un efecto paliativo que no representa un valor relevante a largo plazo.

Así mismo, 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

⁹ Gargarella, *Derecho...*, 26.

¹⁰ Gargarella, *Derecho...*, 25.

¹¹ Gargarella, *Derecho...*, 25.

las mujeres en Chile, resaltando que aún entre estos dos grupos existen sujetos más desfavorecidos que otros por el derecho.¹²

Así, cuando se habla de las mujeres, sabemos que el derecho ha favorecido durante mucho tiempo la jerarquía de inferioridad que se les 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 ignoradas en el espacio legal (sin mencionar el alto grado de persecución social que han sufrido) y solo en las últimas décadas se ha empezado a debatir sobre la exigibilidad de sus derechos. El contraste llega a ser escandaloso si recordamos que, desde finales de los años ochenta hasta inicios del siglo XXI, mientras las mujeres empezaban a gozar de las primeras medidas de acción afirmativa,¹³ los homosexuales (especialmente hombres, por el solo hecho de ser homosexuales) eran reprimidos penalmente hasta 1999, cuando se derogó la norma que tipificaba la sodomía como delito en Chile.¹⁴ Así, hasta la fecha, los homosexuales conforman un grupo totalmente olvidado para la asignación de medidas de acción afirmativa.

¹² Macarena Sáenz Torres, “Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados”, en *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, ed. por Roberto Saba (Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2003), 312-13.

¹³ 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 los 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 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: Fundación Equitas, 2005], 67-68).

¹⁴ 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

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 su identidad? La cuestión más importante sería: ¿existe algún criterio racional que justifique la discriminación de grupos discriminados?

Al final, para gozar de plena validez tanto legal como constitucional, las políticas que se implementen en cada caso deberán defender un objetivo claro: “contribuir a que ningún grupo resulte *arbitrariamente* desaventajado” (énfasis agregado).¹⁵ El nivel de eficacia de las medidas adoptadas dependerá de muchos factores y variará según las circunstancias de cada sociedad,¹⁶ 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 *equitativo y no igualitario* para que pueda servir en una realidad concreta. Lo anterior 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.

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. Judith Salgado Álvarez, citando a María José Añón, señala los siguientes 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.

costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia” (Chile, *Código Penal*, 12 de noviembre de 1874, art. 313). Este tipo penal ha sido utilizado como medio para la represión social de prácticas homosexuales en público (travestis con mayor frecuencia).

¹⁵ Saba, *El derecho como objeto...*, 25.

¹⁶ Pero, entre los muchos factores y circunstancias, creemos que los socioculturales son sustanciales y que, además, se podrían mejorar 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.

- 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.¹⁷

De estos elementos, nos enfocaremos en los factores de *contextualización*, *temporalidad* y *justificación* porque, como veremos, su inobservancia puede acarrear problemas graves de discriminación de derechos.

Ahora, como se aprecia, todos los elementos que caracterizan a estas medidas 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 [directamente] de las circunstancias en las que se ha producido [la] desigualdad”.¹⁸ Por esto es que, como punto de partida, es fundamental identificar cuidadosamente cuáles son las circunstancias de contextualización, ya que estas condicionan en gran medida el direccionamiento y la correcta elaboración de las acciones afirmativas.

Al pensar en las posibles medidas por aplicar se debe considerar que la desigualdad puede presentarse en 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 consideradas inferiores. Como bien apunta José García Añón, “en unos casos estarán justificadas medidas más ‘fuertes’”;¹⁹ pero en *otros contextos*, recurrir a las mismas medidas sería injusto e incluso discriminatorio.

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 limitadas en su tiempo de vigencia, aun cuando el factor o rasgo que posee el grupo favorecido sea permanente. Esto es así porque lo que se analiza para considerar necesaria la aplicación de estas medidas, no es simplemente el carácter permanente

¹⁷ María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades* (México, D. F.: Distribuciones Fontamara, 2001), 50-51.

¹⁸ 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*, ed. por José García Añón (Madrid: Dykinson, 2004), 100.

¹⁹ García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 101.

de un distintivo, sino la *consideración de esa característica como una desventaja por la sociedad*.²⁰

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 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 tiempos 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”²¹ (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.

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 de ciertos derechos específicos a los diversos, 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.

²⁰ García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 101.

²¹ José García Añón recoge este criterio de las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: 81/1982, F.J. 1º; 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 (García Añón, “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas”, 102).

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

3.1. Problemas comunes a todos los diversos

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 no es la de la escuela pública?”²² 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, especialmente, a sus derechos específicos. Porque, aunque nos cueste aceptarlo, en muchos casos –o en la mayoría–, 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 tomen en cuenta, *en la práctica*, las específicas necesidades 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 funcional²³ física); de *entendimiento y comunicación* (diversidad funcional auditiva, visual, mental, psíquica e intelectual) y de *interacción social* (diversidad funcional psíquica).²⁴

²² Elizabeth Jelin, “Mujeres, género y derechos humanos”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 194.

²³ Acogemos la expresión “diversidad funcional”, en lugar de “discapacidad” o “minusvalía”, por ser más adecuada respecto a las condiciones de estas personas y porque atiende a su dignidad. El término fue acuñado por Javier Románach y Manuel Lobato, “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”, *Blog de Foro vida independiente*, acceso el 26 de julio de 2009, <http://forovidaindependiente.org/diversidad-funcional-nuevo-termino-para-la-lucha-por-la-dignidad-en-la-diversidad-del-ser-humano/>.

²⁴ Oscar Castellero Mimenza, “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”, *Psicología y mente*, acceso el 16 de agosto de 2018, <https://psicologiymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.

Y en el caso de la lengua materna diferente, tal escenario (tan familiar en nuestro medio andino) 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*”²⁵ porque fomentan la aculturación unilateral y por ende la desintegración de los grupos indígenas” (énfasis agregado).²⁶ Ante estas situaciones, nos 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 diferentes áreas, como salud, laboral, acceso a la justicia y otras. Además, se pueden presentar 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 embarazos de alto riesgo y madres con enfermedades crónicas o catastróficas, porque la posibilidad de mortalidad aumenta en ellas) y sus derechos laborales.

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 una escala mayor si se verifica en los derechos reconocidos en una constitución. Tenemos un claro ejemplo de esto en la

²⁵ El etnocidio, según explica Stavenhagen, “representa a su manera una forma de ‘*genocidio cultural*’ y en este sentido se considera una violación de los derechos humanos” (Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Hershberg [Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996], 157).

²⁶ Rodolfo Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 154.

Constitución de Ecuador de 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 presentes en la sociedad ecuatoriana actual.

Los *derechos de las personas y grupos de atención prioritaria* están dirigidos a personas adultas mayores, 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 a las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.²⁷ 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 indigenidad implica una “continuidad histórica entre la población indígena original y la que actualmente se identifica como descendiente directa de aquella”,²⁸ 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 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, “no es necesario ‘vestir como indio’ o hablar el quichua

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República* (Manabí: Registro Oficial 449, 2008), art. 35.

²⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 161.

[aspectos culturales] para ser estigmatizado como indio. Basta tener un apellido que suene “indio”, o rasgos “indígenas” para ser clasificado como indio”.²⁹

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 aras de atribuirles algún tipo de derecho especial, ya que se asimila al indígena como un sujeto lleno de características negativas: “vagos, incumplidos, indisciplinados, irracionales, poco sistemáticos, desorganizados, botarates, melancólicos, traicioneros”.³⁰ 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 folclórico de los indígenas como atractivo turístico.³¹

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–.³² 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 por qué no sería blanco-mestizo, llevar un apellido bueno, eran pequeños complejos que tenía’”.³³

Ahora, en razón de la valoración supremamente estética mencionada, y si en realidad los derechos colectivos de los indígenas dependen más de los fenotipos³⁴ que de la exclusividad genética y cultural, se generan otras complicaciones; así, 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.³⁵

²⁹ Carlos de la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador: experiencias de los indios de clase media* (Quito: Biblioteca Virtual de Clacso, 1996), cap. 4, 58.

³⁰ Eduardo Kingman Garcés, “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”, *Revista Proposiciones*, n.º 34 (2002), 5, <https://www.flacso.edu.ec/portal/modules/umPublicacion/pndata/files/docs/artidenymestizaje.pdf>.

³¹ Kingman Garcés, “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”, 4.

³² De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 83.

³³ De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 83.

³⁴ De la Torre Espinoza, *El racismo en Ecuador...*, 82.

³⁵ “Certificados de Autoidentificación”, acceso el 5 de marzo de 2020, <http://www.pueblosnacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.

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”³⁶ determinado y, además, “mantener vivo un vínculo especial con la tierra”.³⁷ Este es un 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 de manera permanente.

Por supuesto, esta territorialidad debe ser entendida en el contexto de “la unidad territorial y administrativa del Estado”,³⁸ 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 dispersos en el territorio nacional, ¿acaso se deja de poseer derechos por alejamiento territorial? Habrá quienes respondan con un sí rotundo; no obstante, 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 alcanzan el porcentaje mínimo (30%, aunque este puede modificarse como ya ha sucedido)³⁹ de “discapacidad”⁴⁰ 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, los médicos que realizan la evaluación aseguran no desconocer la existencia de la discapacidad *per se*, sino que, al verificarse un porcentaje inferior al mínimo requerido, se configura un escenario que escapa de sus manos; y por no encajar en las *estrictas exigencias normativas*, a la persona en cuestión se la califica con “discapacidad no carnetizable”, con la consecuente negación de cualquier derecho relacionado con su diversidad. Esta situación se deriva, en gran medida, de la inobservancia de la diversidad, y también del hiperformalismo dominante en Ecuador.

³⁶ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 160.

³⁷ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 152.

³⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

³⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Decreto Ejecutivo 194, Registro Oficial - Suplemento 109 de 27 de octubre de 2017, última modificación: 22 de abril de 2021, reformado, artículo 1.

⁴⁰ 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.

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 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”. Esto 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.

3.2. Problemas particulares. Diversidad étnica: colonialismo

Además de los problemas mencionados, es de cardinal importancia abordar otros 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”,⁴¹ sino el reconocimiento y respeto de sus *derechos históricos*. En razón de las invasiones, el sometimiento y la usurpación de las que fueron víctimas, ellos “reclaman la restitución de derechos perdidos (y, con frecuencia, de soberanías negadas)”⁴²

Dado 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 a ellos –como son los Estados– fue un proceso que se llevó a cabo a la fuerza.⁴³ En la práctica, esto significa que su realidad es vista y reglada desde fuera y que, por lo mismo, en no pocas ocasiones se haga referencia 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”.⁴⁴

⁴¹ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴² Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴³ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165.

⁴⁴ 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

Ahora, el colonialismo tiene varias facetas, empezando por el origen del término “indígena”. Desde un punto de vista filológico, encontramos, por ejemplo, que en América, o mejor dicho en *Abya Yala*, en la época precolonial no existían “indígenas”, “indios”, “nativos” o “aborígenes”. Esos calificativos se crearon para referirse al “otro” perteneciente a un “x” pueblo que habitaba en las tierras que encontraron los invasores (en general 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,⁴⁵ 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 los cuales no les parece adecuado y no se sienten representados cuando los llaman *indígenas*,⁴⁶ porque esa construcción lingüística no es una fotografía de la realidad –como debería serlo–, pues obedece a coordenadas de producción signica (socioculturales) 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, el juzgamiento de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas *desde fuera*, para ratificar su validez, puede considerarse como una forma de “colonialismo moderno”. Explicar con qué derecho y qué autoridad se ensalza una práctica y se repudia otra, incluso calificándola de violatoria de derechos humanos,

inmigrantes (por no considerarse estos como *pueblos o naciones originarias* en el sentido estricto de la palabra) (Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 165).

⁴⁵ “Los pueblos nativos de América del Norte”, *El Librepensador Magazine Cultural*, acceso el 28 de enero de 2010, <https://ellibrepensador.com/2010/01/28/los-pueblos-nativos-de-america-del-norte/>.

⁴⁶ 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 wayúu 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 wayúu de Colombia. “Integrantes Cocoin - Rama Judicial”, *Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional*, acceso el 04 de marzo de 2020, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-el-sistema-judicial-nacional/integrantes-a>).

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, “esta es una práctica colonialista, misionera [...] recusada con mucha razón por los grupos indígenas”.⁴⁷ Y los resultados de aceptación o rechazo dan cuenta del “relativismo cultural y moral” que pesa sobre el carácter *universal* de los derechos humanos.⁴⁸ A pesar de esto, es innegable que existen situaciones en las que los derechos humanos individuales son afectados por algunas prácticas culturales.

Conclusiones

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

No obstante, por más que nos empeñemos en aferrarnos y proteger a 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 material. Así, advertimos grandes dificultades cuando se trata de usar esta categoría en las personas diversas, 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 a 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, conviene aclarar que, como hemos observado, en cuanto a la fundamentación de la garantía y el ejercicio de los derechos de las personas pertenecientes a grupos vulnerables, la igualdad material es insuficiente ante los especiales requerimientos de los diversos. En general, cuando nos referimos a personas vulnerables y sus derechos, esta noción de igualdad se queda corta para sustentarlos; sirve hasta cierto punto y no negamos los logros alcanzados con ella, pero, una vez más, recalamos que el escenario es distinto y que corremos el riesgo de olvidar los detalles de lo diverso.

⁴⁷ Enrique Mayer, “Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos”, en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coord. por Elizabeth Jelin y Eric Hershberg (Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996), 173.

⁴⁸ Stavenhagen, “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, 163.

Entonces, ya que 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”.⁴⁹

Otra opción consistiría 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 ello 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*” (énfasis agregado).⁵⁰

Finalmente, desde una perspectiva social, podemos aportar algo adicional a la confrontación igualdad-diversidad que hemos analizado. 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*.

⁴⁹ 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” (Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008* [Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011], nota al pie 8, 25).

⁵⁰ María Judith Salgado, “La discriminación desde un enfoque de derechos humanos”, en *Diversidad, ¿sinónimo de discriminación?* (Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2001), 24-25.

Bibliografía

- AÑÓN, María José. *Igualdad, diferencias y desigualdades*. México, D. F.: Distribuciones Fontamara, 2001.
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.
- CASTILLERO MIMENZA, Oscar. “Los 6 tipos de discapacidad y sus características”. *Psicología y Mente*. Acceso el 16 de agosto de 2018. <https://psicologiymente.com/salud/tipos-de-discapacidad>.
- CLARO, Magdalena. *Acción afirmativa. Hacia democracias inclusivas*. Santiago: Fundación Equitas, 2005.
- CONSEJO NACIONAL PARA LA IGUALDAD DE PUEBLOS Y NACIONALIDADES. “Certificados de Autoidentificación”. Acceso el 5 de marzo de 2020. <http://www.pueblosynacionalidades.gob.ec/certificados-de-autoidentificacion/>.
- DE LA TORRE ESPINOZA, Carlos. *El racismo en Ecuador: experiencias de los indios de clase media*. Quito: Biblioteca Virtual de Clacso, 1996.
- FILGUEIRA, Carlos H. “Bienestar, ciudadanía y vulnerabilidad en América Latina”. En *Globalización, ciudadanía y política social en América Latina: tensiones y contradicciones*, editado por Andrés PÉREZ BALTOIANO. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1997.
- 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*, editado por José GARCÍA AÑÓN, 100-02. Madrid: Dykinson, 2004.
- GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- JELIN, Elizabeth. “Mujeres, género y derechos humanos”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996.
- KINGMAN GARCÉS, Eduardo. “Identidad, mestizaje, hibridación: sus usos ambiguos”. *Revista Propositiones*, n.º 34 (2002). <https://www.flacso.edu.ec/portal/modules/umPublicacion/pndata/files/docs/artidenymestizaje.pdf>.
- MAYER, Enrique. “Reflexiones sobre los derechos individuales y colectivos: los derechos étnicos”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Editorial Nueva Sociedad, 1996.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- ROMAÑACH, Javier y Manuel LOBATO. “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”. *Blog de Foro vida*

independiente. <http://forovidaindependiente.org/diversidad-funcional-nuevo-termino-para-la-lucha-por-la-dignidad-en-la-diversidad-del-ser-humano/>.

SABA, Roberto. *El derecho como objeto e instrumento de transformación*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2003.

SÁENZ TORRES, Macarena. “Una relación de amor y odio: el derecho y los discriminados”. En *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, editado por Roberto Saba, 312-13. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l, 2003.

SALGADO, María Judith. “La discriminación desde un enfoque de derechos humanos”. En *Diversidad, ¿sinónimo de discriminación?* Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, Inredh, 2001.

STAVENHAGEN, Rodolfo. “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”. En *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, coordinado por Elizabeth JELIN y Eric HERSHBERG. Caracas: Nueva Sociedad, 1996.

Legislación y jurisprudencia

CHILE. *Código Penal*, 12 de noviembre de 1874, última modificación: 13 de agosto de 2011, mediante Ley 20526.

ECUADOR. *Constitución de la República*. Manabí: Registro Oficial 449, 2008.

ECUADOR. *Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades*. Decreto Ejecutivo 194, Registro Oficial - Suplemento 109 de 27 de octubre de 2017, última modificación: 22 de abril de 2021, reformado.