COLECCIÓN MIRADAS 2

Igualdad y diferencia de género

Textos de
Luigi Ferrajoli
Miguel Carbonell

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN

Igualdad y diferencia de género

Textos de
Luigi Ferrajoli
Miguel Carbonell

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

© 2006 Primera edición
© 2007 Primera reimpresión
© 2008 Segunda reimpresión
Igualdad y diferencia de género
Colección Miradas 2

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
Dante núm. 14, col. Anzures,
Del. Miguel Hidalgo
11590, México D.F.

ISBN: 970-9833-06-5

Editor
Arturo Cosme Valadez

Se permite su reproducción total o parcial previo
permiso por escrito de la institución.

Impreso en México
Printed in Mexico

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

Índice

5 **Palabras liminares**
GILBERTO RINCÓN GALLARDO

7 **Igualdad y diferencia**
LUIGI FERRAJOLI

7 Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia.
11 "Igualdad" como norma, "diferencia" como hecho.
16 Igualdad en *droits*, identidad, diferencias, desigualdades y discriminaciones.
19 Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres.
22 Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia.
29 Diferencia, igualdad y derecho sexuado.
31 Bibliografía.

35 **La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli**
MIGUEL CARBONELL

35 Introducción
38 La tutela de la diferencia de género y de la igualdad en el ordenamiento constitucional mexicano.
44 La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral.
47 La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos.
52 Algunos datos sobre la desigualdad de género en materia laboral.
57 Garantías sexuadas y autodeterminación en materia de maternidad.
67 La igualdad en sentido sustancial.
70 Las acciones positivas.
82 Bibliografía.

87 **Sobre los autores**

Palabras liminares

En los albores de nuestra cultura los griegos conjeturaron un universo originario, el Caos, del cual progresivamente se fue diferenciando el Cosmos. Los atributos de aquél eran el desorden, lo deforme, la oscuridad, la confusión; los de éste, el orden, la forma, la claridad y lo inteligible. Algo más: el primero era injusto y arbitrario; el segundo justo y legal (se rige por leyes). Este entrañable mito es susceptible de diversas lecturas; una de ellas es como metáfora del conocimiento. Después de todo, saber significa, entre otras cosas, ordenar, encontrar la forma que permanece detrás de lo cambiante; distinguir lo múltiple para hacerlo claro, definido, distinto; hacer de lo abigarrado y confuso algo inteligible.

En un mundo caracterizado por su complejidad e interdependencia, la investigación especializada sigue cumpliendo esta añeja función: se hunde en estructuras aparentemente caóticas y, después de un proceso extenso y fatigado, ilumina algunos aspectos de ese todo para aproximárnoslos y darles sentido. Sólo a partir de ello es posible dirigir cambios significativos, plantearse metas prácticas, aspirar a la eficiencia en nuestro afán de mejorar el entorno.

La colección "Miradas", del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), tiene como finalidad ofrecer al estudioso del tema herramientas teóricas, poderosas y actuales, con las que cumplir su cometido. No es poca cosa. Se trata de identificar elementos relevantes para alterar la armazón profunda de nuestra vida cultural.

Felizmente, esta segunda entrega de la serie contribuye con solvencia a tal propósito. El texto inicial –*Igualdad y diferencia*, de Luigi Ferrajoli– aborda con gran penetración el tema y propone cuatro modelos de configuración jurídica para explicarlo. Léanlo. Les ayudará a comprender la vasta trabazón que va desde estos conceptos abstractos hasta la concreta defensa de nuestros derechos fundamentales y, en particular, de los tantas veces vulnerados de las mujeres. Realmente conviene meditar en torno a esta obra, cuya riqueza creativa no es menos destacable que la sobriedad de su argumentación.

Para ello, nada mejor que el comentario de Miguel Carbonell –*La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli*– que constituye la segunda parte de este volumen. Ahí encontrarán un guía experto y minucioso, capaz de revelar matices y profundizar conceptos, ubicándolos en nuestra realidad nacional y refiriéndolos a nuestras leyes.

Espero que el libro que el lector tiene en sus manos sea objeto de disfrute y dé pie para una comprensión cada vez más amplia y más diáfana de un tópico –igualdad y diferencia de género– que está en la base de nuestra deuda histórica con las mujeres.

GILBERTO RINCÓN GALLARDO

Igualdad y diferencia*

Luigi Ferrajoli

Cuatro modelos de configuración jurídica de la diferencia

Tengo la impresión de que la mayor parte de las críticas dirigidas durante estos años a la idea de igualdad por el pensamiento feminista de la diferencia parten de una contraposición entre *igualdad* y *diferencia* que se apoya en la ambigüedad del primero de estos términos; y de que, además, lo que contestan no es el *valor* de la igualdad, sino el *concepto* de "igualdad jurídica" tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. Es tan cierto, que estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del principio de igualdad y del universalismo de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual.[1] Por consiguiente, puede ser útil

* Publicado originalmente en Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 73-96. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Agradecemos a la Editorial Trotta su generosa autorización para reproducir el texto.

[1] Por ejemplo, M. G. Campari y L. Cigarini (1989: 6-7) proyectan un "derecho femenino que producirá, como es típico del derecho, reglas y mediaciones universales, es decir, que valgan para los hombres y las mujeres", si bien a partir de la "constatación de que los sexos son dos"; de manera que "su universalidad es una forma histórica y lógicamente nueva". I. Dominijanni (1989: 75) propone un cambio de paradigma en la concepción de la igualdad que ponga en discusión la categoría de la "igualdad moderna", basada en la "amnesia de la diferencia sexual", sobre el presupuesto, no obstante, de que la oposición es "no diferencia sexual contra igualdad, sino diferencia sexual contra la noción de igualdad que acompaña al paradigma de la política moderna". Del mismo modo, M. L. Boccia sostiene una noción de "igualdad como forma de una relación en la que la diferencia no se estructura dentro de un orden jerárquico sino, por el contrario, se pone como fundamento de la reciprocidad". Dicho de forma más precisa, la idea de una "igualdad compleja [...] entre identidades no reducibles a una medida común", cuya relación con la diferencia "no es resoluble en la distinción lógica entre particular y general" y a la que se "reconducen algunas ideas guía de la práctica feminista", como "la parcialidad del sujeto que es correlativa al principio mismo de la diferencia sexual", "el vínculo de la interdependencia", "la indisponibilidad" del cuerpo y "la no prevalencia de ningún bien sobre los demás", ni siquiera el "representado por el poder político" (1989: 84).

tratar de hacer un (enésimo) análisis de los conceptos de igualdad y de diferencia para aclarar las relaciones –de negación o de implicación– que se siguen de los diversos significados que pueden asociárseles.

Con ese fin distinguiré cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia. Advierto que hablaré a menudo indistintamente de "diferencia" (sexual) y de "diferencias". En efecto, asumiré la diferencia de sexo, a causa de su carácter originario e insuperable, como una diferencia paradigmática, en el sentido de que ella ofrece el arquetipo idóneo para iluminar las restantes diferencias de identidad (de lengua, etnia, religión, opiniones políticas y similares) en oposición a las desigualdades que, en cambio, no tienen nada que ver con las identidades de las personas sino únicamente con sus discriminaciones y/o con su disparidad de condiciones sociales.

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.

Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coincide con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, mientras que en sus formas intermedias tiene realización en las sociedades paleoliberales, singularizadas por el carácter mínimo del derecho y de los poderes del Estado y por el juego libre y desrregulado de los poderes privados. En tales sociedades el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. Y, en particular, el de la diferencia de sexo se resuelve en la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación al papel doméstico *natural* de mujer y de madre.

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Esto es, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera– se asumen como estatus discriminato-

rios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones. Este es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. También es el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos *universales* aparecen pensados y proclamados en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, al extremo de haber podido convivir hasta la actualidad con la discriminación de las mujeres en materia de derechos políticos y de muchos derechos civiles y, en Estados Unidos, con el mantenimiento de la esclavitud hasta bien avanzada la mitad del siglo XIX. Es claro que las diferencias –a comenzar por la sexual– se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades, es decir, como privilegios y discriminaciones, poco importa si cubiertas con el manto de un falso universalismo.

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*: Las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Más que transformadas en estatus privilegiados o discriminatorios resultan desplazadas, o, peor aún, reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad –ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como *normal* y, al mismo tiempo, *normativa*. Es el modelo de la serialización, propio de los diversos socialismos reales y burocráticos. Es también, con las debidas diferencias, el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término normal y normativo de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él.[2] Así, la dife-

[2] Para un análisis más profundo de este modelo consúltese M. Minow (1990: 22 y 51-60). Véase también L. Gianformaggio (1993a: 220-222) quien habla de un ter-

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

Existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de las diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la pro-

---

cer sentido "ni descriptivo ni prescriptivo", sino "valorativo", en el cual "igualdad" y "diferencia" son usados respecto de la relación varón/mujer. En este tercer sentido, "igual" y "diverso" no designan propiedades relativas, transitivas y recíprocas entre términos intercambiables conforme a una "unidad de medida común" a ambos, sino "propiedades absolutas", que se refieren "siempre a una operación de medida ya realizada" y expresan "la relación de comparación entre la entidad medida y la unidad de medida". "De manera que decir que *A* es igual a *B* significa decir que *A* es conforme al modelo constituido por *B*. Y si *B* constituye el modelo no puede decirse que –él– es diverso y tampoco igual [...]. Reléase la frase de MacKinon: '¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen si, para tenerlo, los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?' ", escribe Gianformaggio. Véase de la misma autora, "Identity, Equality, Similarity and the Law" (1993b) y "Law, Justice and the State" (1993: 121-134).

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

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

"Igualdad" como norma, "diferencia" como hecho

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

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

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

El mérito del pensamiento feminista ha sido haber denunciado también el alcance discriminatorio de este último modelo, siempre operativo en la cultura corriente, y haber demostrado su carácter de tributario en relación con el primero. A mi juicio, esta denuncia se encuentra expresada con la máxima claridad en los escritos de Adriana Cavarero. En efecto, la crítica de la igualdad moderna desarrollada por esta autora va dirigida, precisamente, al hecho de que se predica, en el tercer modelo, sobre la base de una "ficción" y, por tanto, de un "como si" (1989: 79 y ss) (que las mujeres no existieran, que el género humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran [iguales que los] hombres): es decir, de una hipótesis empírica

que niega o ignora las diferencias o que, en todo caso, hace indebida abstracción de ellas.[3] De este modo, es claro que la *igualdad*, al configurarse como un hecho, resulta una mistificación.

Esta concepción es, sin duda, la dominante en el pensamiento político clásico. En toda esta tradición, de Aristóteles a Hobbes, de Locke a gran parte del pensamiento ilustrado, la tesis de la igualdad (o, correlativamente, de la desigualdad) ha sido siempre razonada de hecho con argumentos de tipo cognoscitivo: los hombres, decía Hobbes, son iguales porque todos mueren y, además, porque se encuentran todos en la misma situación de hacerse daño unos a otros;[4] o porque, escribía Locke, tienen las mismas inclinaciones y facultades.[5] Es claro que semejantes tesis eran argumentos muy débiles en apoyo (del valor) de la igualdad y sirvieron del mismo modo –a veces en el mismo autor, como es el caso de Locke–[6] para sostener la tesis opuesta de la desigualdad. Incluso es probable que, precisamente, la larga persistencia de la concepción de la igualdad como *hecho* esté en el origen de la configuración de la igualdad como *asi-*

[3] De la misma autora véanse también: "Per una teoria della differenza sessuale" (1987: 43 y ss); "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità" (1988a: 43 y ss), e "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale" (1990: 221-241).

[4] Esta idea de Thomas Hobbes puede consultarse en *De cive* (1999: vol. I, apartado 3, p. 17); *Leviatán* (1999: cap. 13, pp. 105 y ss), y *Elementos de derecho natural y político* (1979: primera parte, cap. XIV, párrafos 2-3, pp. 201-202), donde el principio de igualdad se deriva de la igual capacidad de los hombres de hacerse daño y matarse unos a otros.

[5] John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 2, apartados 4-5, pp. 36-37), funda "la igualdad natural entre los hombres" en el hecho de que son "criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto de las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades".

[6] Véanse de John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (cap. 6, apartado 60), donde la desigualdad se afirma: "Si por causa de las deficiencias que puedan tener lugar al margen del curso ordinario de la naturaleza hay alguien que no alcanza un grado de razón en el que pueda suponérsele capaz de conocer la ley y de vivir conforme a sus reglas [...de modo que éste] nunca podrá ser un hombre libre, nunca podrá dejársele a disposición de su voluntad. Pues un hombre así no tiene conocimiento de los límites de ésta, ni tiene entendimiento, que es la guía apropiada para los actos voluntarios", y *Della guida dell'intelligenza nella recerca della verità* (1993: cap. II, p. 60), en donde se asevera: "Es de todos conocido que el ingenio humano varía de uno a otro y que algunos son por naturaleza tan superiores a los demás que no hay potencia de arte o fuerza de habilidad que pueda hacer a unos capaces de realizar lo que los otros ejecutan sin esfuerzo y fatiga; la desigualdad natural permanece incluso entre los hombres educados del mismo modo".

milación de las diferencias, propia del tercer modelo antes ilustrado, y de sus ambiguas coincidencias con el segundo. Pero el principio de igualdad, tal como resulta proclamado en la *Declaración de derechos* de 1789 y después en todas las cartas constitucionales admite también –a despecho de la representación simbólica de tipo masculino que está en sus antecedentes– una interpretación completamente diversa: no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser. La gran innovación introducida por la *Declaración* de 1789 –incomprendida, incluso, por algunos grandes pensadores del tiempo, como Bentham,[7] que la entendió como una poco hábil traducción en forma de ley de una (falsa) tesis de filosofía política– fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente, según nuestro cuarto modelo, precisamente porque se reconoce (descriptivamente) que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad.

Ahora bien, me parece que las críticas dirigidas por Cavarero al concepto de igualdad tienen que ver más bien con su uso asertivo, conforme al esquema clásico, que con el normativo: la igualdad, en sus propias palabras, como producto de "un esfuerzo de abstracción de la teoría dirigido a la eliminación de cualquier diferencia" (Cavarero, 1988b). Prueba de ello es el hecho de que tales críticas consisten esencialmente en argumentos asertivos: "ningún neutro en

[7] Véase Jeremy Bentham (1840: 507), donde la *Declaración* es atacada como un "gran error", incluso como "un concentrado de errores", en el cual "se reconocen los miembros dispersos de Mably, Rousseau, Raynal, Condorcet, Diderot, Price, Priestley y otros muchos" que allí comparecen, pero no como "teorías" de autores individualmente considerados sino como un conjunto de "falsos principios sancionados por una asamblea" bajo la forma de "enunciados legales". En particular, escribe Bentham, la proclamación de los "derechos naturales e imprescriptibles del hombre" en el artículo 2 es una proposición "absolutamente falsa", fruto de "una confusión de ideas tan grande que no es posible asociarle algún sentido", dado que "no existen derechos anteriores a la institución del Estado" (1840: 511-512). Sin comprender que la *Declaración* no era, en efecto, una teoría sino, precisamente, una norma que transformaba en derechos "positivos" los derechos "naturales" hasta entonces sólo teorizados, inaugurando así el paradigma constitucional del Estado de derecho como sistema de límites y vínculos normativos impuestos también al legislador.

carne y hueso ha sido visto jamás en circulación" (1988b: 71); "en este mundo nacen y viven varones y mujeres, y no varones neutros y universales" (1990: 233). El equívoco es aún el premoderno de la igualdad como aserción, verificada o refutada por otra aserción, que estaba justamente en la base de los mismos argumentos con que Joseph de Maistre contestaba, en *Considérations sur la France* de 1797, los derechos del hombre: "La Constitución de 1795 está hecha para el *Hombre*. Pero en el mundo no hay *hombres*. He visto, en mi vida, franceses, italianos, rusos. Y sé también, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa. Pero declaro no haber encontrado en mi vida al *Hombre*; si existe, yo no lo conozco" (1841: 50).

Es claro que si hacemos semejante uso asertivo de la idea de "igualdad", el principio de igualdad resulta *contradicho* –como sucede en nuestro tercer modelo, que ignora y asimila las diferencias– por la constatación de hecho de que las personas son diferentes y que, en particular, no son neutras, sino sexuadas como varones o como mujeres.

Sin embargo, la contradicción desaparece si se reconoce que la igualdad, en el uso que de ella se hace en las normas constitucionales es, cabalmente, una norma. Y que, por consiguiente, existe asimetría entre igualdad y diferencias. "Igualdad" es término normativo: quiere decir que los *diferentes* deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. "Diferencia(s)" es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son éstas las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer igualdad a diferencias. Y si una diferencia como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es contradicha, sino simplemente que es *violada*.

Es lo acontecido con las *Declaraciones* del siglo XVIII, que entraron en contraste no sólo con la realidad de las relaciones sociales sino también con el derecho entonces vigente. Es bien cierto que esta antinomia fue originada, y al mismo tiempo largamente ocultada, por el hecho de que el modelo normativo de la igualdad había sido pensado con referencia exclusiva al sujeto macho, blanco, propietario y ciudadano. Es también cierto que semejante operación se basaba en una implícita e inconfesada teoría descriptiva de la igualdad y de la desigualdad que, del mismo modo que en nuestro segundo modelo, entendía como iguales, y antes aun como personas, sola-

mente a los varones blancos, propietarios, instruidos y ciudadanos, y sólo por sucesivas asimilaciones, de idéntica forma que nuestro tercer modelo, a todos los seres humanos diferentes de ellos.

Es así como, efectivamente, el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho, a través de las múltiples discriminaciones a mujeres, proletarios, analfabetas y, hoy todavía, de todos los no ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los iguales. Ello quiere decir, simplemente, que aquel modelo ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. De otra parte, sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido, en tanto criterio de valoración que permite reconocer y contestar, junto a la divergencia que siempre puede existir entre normas y hechos, la inefectividad de la primera respecto del tratamiento de hecho de las segundas.

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

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

Estos argumentos no son otra cosa que derechos: "*les hommes* –dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789– *naissent et demeurent libres et égaux* en *droits*". La *igualdad jurídica* es precisamente esta igualdad *en droits*. Es la relación que unifica a una clase de sujetos en la titularidad de aquellos derechos que –en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida– son llamados "universales" o "fundamentales". También la *desigualdad jurídica*, lo digo inmediatamente, es una desigualdad en *droits*, sólo que ésta hace referencia a la titularidad de aquellos derechos subjetivos, como los derechos patrimoniales de propiedad y de crédito, que son *excludendi alios*, que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad, de los derechos políticos a los sociales, hasta ese metaderecho que es el derecho a la igualdad, es decir, al tratamiento igual ante la ley. Decir que un determinado derecho es fundamental quiere decir que *todos* son

igualmente titulares del mismo. De ahí se derivan dos consecuencias: una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones.

Las dimensiones de la igualdad dependen, por un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; por el otro, de la cantidad de los derechos que les son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa. El primero es el significado de la segunda y ésta crece con el incremento de aquél: en el plano intensional con el aumento de la cantidad de los derechos fundamentales y, por consiguiente, de las expectativas negativas (de ejercicio sin obstáculos de las libertades) y positivas (de satisfacción de necesidades vitales) garantizadas a todos del mismo modo mediante su sustracción a la disponibilidad del mercado y a la discrecionalidad del Estado; en el plano extensional con el desarrollo del proceso de universalización de la clase de sus titulares, hasta la coincidencia de ésta con la totalidad de los seres humanos. Así, en el esquema hobbesiano la única igualdad jurídica está en el derecho a la vida, que es el único derecho fundamental garantizado por el contrato social, mientras que, por lo demás, todas las diferencias, empezando por la sexual, quedan abandonadas a las dinámicas "naturales" y, así, destinadas a convertirse en desigualdades. En el paradigma lockiano y luego en el de las primeras constituciones liberales, la igualdad se amplía a la garantía de los derechos de libertad y de autonomía privada, pero queda por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. En fin, en el curso de los últimos dos siglos el modelo se expande, de un lado con la multiplicación de los derechos fundamentales, ya no sólo civiles y políticos sino también sociales; del otro con la progresiva desaparición de las diferenciaciones jurídicas de estatus –por nacimiento, censo, instrucción y, sólo al final, por sexo–, excepción hecha del último privilegio de estatus, la ciudadanía, que a causa de los confines "estatistas" del derecho moderno continúa excluyendo, como un gran *apartheid* mundial, a todos los no-ciudadanos del goce de la mayor parte de los derechos fundamentales. De cualquier modo, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

La igualdad jurídica se detiene aquí. Al margen de la igualdad de derecho en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las

personas son de hecho diversas unas de otras por diferencias "de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales", según la fórmula del artículo 3.1 de la Constitución italiana. También son diversas, de derecho y de hecho, en la titularidad de los derechos no fundamentales. Del mismo modo que la igualdad jurídica se define a través de los derechos fundamentales y viceversa, la desigualdad jurídica depende en su definición de la esfera de los derechos patrimoniales de los que cada uno es titular con exclusión de los demás, así como de los múltiples papeles de poder personificados o sufridos por cada uno. Y son, en fin, diversas de hecho, pero no de derecho, por las desigualdades producidas –estas últimas *antijurídicas*–, en violación del principio de igualdad, por las discriminaciones de sus diferencias.

A partir de estos presupuestos se comprende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y, al mismo tiempo, individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Las desigualdades –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras concurren, en su conjunto, a formar las diversas y concretas *identidades* de cada persona; las segundas, a formar las diversas *esferas jurídicas*. Unas son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de libertad; las otras son, si no removidas, al menos reducidas o compensadas por aquellos niveles mínimos de *igualdad sustancial* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales *sociales*. En ambos casos la igualdad está conectada a los derechos fundamentales: a los de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las diferencias; a los sociales en cuanto derechos a la reducción de las desigualdades.

De otra parte la igualdad, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva en diversos grados, como todas las normas, tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, a causa de las múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser violada mediante lesiones fácticas de los derechos fundamentales. Precisamente, las discriminaciones son las *desigualdades antijurídicas*, puesto que consisten, a causa de la violación del principio de igual-

dad establecido por el artículo 3.1 de la Constitución italiana, en el desigual tratamiento de las diferencias tuteladas y valorizadas por él. En consecuencia, son las discriminaciones las que deben ser analizadas y reconocidas como productos ilegítimos de esos "obstáculos" de orden social y cultural que, como dice el artículo 3.2 del mismo ordenamiento, "limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos". La elaboración teórica y la realización práctica de *garantías* idóneas a "removerlas" es el problema más difícil, pero también el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho.[8]

Diferencias sexuales y derechos fundamentales de las mujeres

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

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

Después de lo dicho hasta ahora, me parece claro que también la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales. De ello se sigue que nuestro paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la

[8] Para un análisis más detallado de la relación entre igualdad, diferencias, desigualdades y derechos fundamentales y patrimoniales remito a mi *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1998: 905-920) y a "Note critiche ed autocritiche intorno alla discusiones su *Diritto e ragione*" (1993: 505-512), en respuesta a las intervenciones de Michelangelo Bovero, M. Jori y C. Luzzati en el mismo volumen.

identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en estatus, incluso con el loable intento de conseguir una más incisiva tutela y valorización de las mismas, y confía en cambio su afirmación únicamente a los derechos de libertad, es decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación. En suma, con esta base ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un estatus personal diverso y específico. El paradigma normativo aquí delineado significa que las diferencias –entre varones y mujeres, al igual que entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes– no se afirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre estatus, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad y, por otro lado, con el desarrollo de sus técnicas de garantía.

Dicho esto, hemos de preguntarnos si justamente la definición aquí propuesta de igualdad en *droits* no conlleva una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones, ligada a la existencia de derechos fundamentales específicamente femeninos. ¿Existen derechos fundamentales de las mujeres y *sólo* de las mujeres? En el debate feminista han emergido principalmente tres: la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en tema de aborto. No obstante, me parece que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo no son derechos sólo de las mujeres. Ahora bien, estas libertades exigen, además de las garantías previstas para todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres. Pero esto tiene que ver con la segunda de nuestras dos cuestiones, la ligada a la dimensión de la efectividad de los derechos y no la relativa a su dimensión normativa, que es la aquí analizada. Hay, en cambio, un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es la autodeterminación en materia de maternidad (y, consecuentemente, de aborto), del que hay que decir enseguida que no sólo no se encuentra reconocido todavía en ninguna legislación pues, por lo general, su ejercicio no está ni siquiera enteramente despenalizado, sino que a lo sumo se encuentra sujeto a formas de legalización más o menos controladas. Se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de incluir la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre; porque expresa lo que John Stuart Mill llamaba la "soberanía"

de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo;[9] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en última instancia, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir y criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal.[10] En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho-poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decirlo *constituyente*, de tipo *pre* o *meta*-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto.

Ahora bien, si es cierto que por todas estas razones semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son (o mejor, visto que este derecho no ha sido todavía reconocido, no deberían ser) jurídicamente iguales. Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, sexuado. Y, sin embargo, con paradoja aparente, este derecho de género no contradice sino que, al contrario, está implicado por nuestro paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser reivindicado. En efecto, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometién-

[9] "Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano" (Stuart Mill, 1970: 66).

[10] Para un análisis de todas estas razones remito a mi trabajo: "Aborto, morale e diritto penal" (1976: 397-418). Véase también *Derecho y razón...* (1998: 459-479).

dola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un derecho a la *paternidad voluntaria* análogo y simétrico al derecho a la *maternidad voluntaria*, por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no un hijo al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría, al mismo tiempo, la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas.

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

Discriminación sexual y garantías sexuadas de la diferencia

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

En cuanto norma, en efecto, la igualdad no describe sino que prescribe, y como todas las normas está destinada a un grado más o menos elevado de inefectividad. El problema jurídico, teórico y práctico, planteado por la diferencia sexual es entonces el de la elaboración y la puesta a punto de garantías, que bien se podrían llamar *garantías sexuadas*, idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, según el esquema indicado en el artículo 3.2 de la Constitución italiana, no de las normas, sino de los hechos; no partir de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.

La naturaleza y el grado de tales discriminaciones dependen de la diversa estructura de los diferentes derechos fundamentales y de las

correspondientes garantías. A tal fin, es necesario distinguir dos clases estructuralmente diversas de derechos fundamentales: los derechos de libertad o de autonomía, sean éstos "libertades de" (o *facultas agendi*) o "libertades frente a" (o inmunidades), a las que corresponden prohibiciones de lesión o de impedimento impuestas a otros sujetos, públicos y/o privados; y los derechos-expectativas o "derechos a", a los que corresponden obligaciones positivas de prestación o de satisfacción por parte de otros sujetos. Es evidente que las garantías de los derechos de libertad y de autonomía son las que menos se prestan a discriminaciones. En efecto, estos derechos –de la libertad de conciencia a la libertad de manifestación del pensamiento, de la libertad de asociación y de reunión a la libertad personal frente a arrestos arbitrarios, de los derechos políticos de sufragio activo a todos los derechos civiles– están igualmente garantizados, para las mujeres y para los varones, por otras tantas prohibiciones que sancionan sus violaciones como inválidas, cuando sean debidas a organismos públicos, o como ilícitas, cuando sean cometidas por particulares.[11]

Hay, sin embargo, una específica libertad *frente* a o derecho–inmunidad de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio reconocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones, puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confiriéndole el carácter de un específico *habeas corpus* de la mujer cuya tutela requeriría de garantías sexuadas concretas. Aquí me limito a señalar dos, una de carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para tutelar y valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal, la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como

[11] El primer caso es el de las violaciones (también) de derecho, las cuales consisten en normas jurídicas; el segundo es el de las discriminaciones (sólo) de hecho, que consisten en prácticas sociales. Sin embargo, también las discriminaciones de derecho se configuran como hechos respecto del principio normativo de igualdad, que es generalmente un principio de rango constitucional: en efecto, todo fenómeno normativo es configurable como norma en relación con los hechos que regula y como hecho en relación con las normas de grado superior por las que es regulado. Como consecuencia del proceso de emancipación femenina, y en particular de las reformas en materia de derecho de familia y de ciudadanía de los años 70 y 80, las discriminaciones de derecho casi han desaparecido y la igualdad de derecho está ampliamente realizada.

delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado,[12] que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la de la prueba del hecho señalado como violento o molesto que, obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario.[13] En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer, además de la tutela de su autodeterminación, deberían asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal: en tal dirección se movía la enmienda Gramaglia-Bassanini a la propuesta de ley sobre la violencia sexual que –superando la vieja contraposición entre procedibilidad de oficio y querella de parte– proponía introducir, junto a aquélla, un derecho de oposición a favor de la mujer que le permitiría impedir el proceso en los 15 días precedentes a la incriminación.[14]

[12] Esta es la opción acogida por la propuesta de ley 546, de agosto 5 de 1992, titulada "Normas para la tutela de la dignidad y libertad de la persona que trabaja frente a las molestias sexuales en los lugares de trabajo", cuyo artículo 3 define como molestias sexuales: "Todos los comportamientos no deseados con connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofenda la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo, comprendidas las actitudes puramente verbales o escritas". Sin embargo, me parece que semejante noción, tomada del artículo 16 de la ley, sobre el castigo para delito de las molestias sexuales, es excesivamente vaga y exigiría, para estar conforme al principio de "taxatividad" y de estricta legalidad penal, una mayor, aunque no fácil, determinación semántica. Otra cuestión es la de la oportunidad de atribuir a la ley penal –y no a la regulación administrativa y, por otra parte, a la tutela civil– la disciplina y las sanciones de las simples molestias sexuales. Sobre el sentido de la valorización de lo "penal" en la movilización de las mujeres contra la violencia sexual y en la construcción colectiva de la identidad femenina, véanse de T. Pitch, "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale" (1983: 192-214) y *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale* (1989: 84 y ss, y 193 y ss).

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

[14] La enmienda se encuentra ilustrada, en sus motivaciones y detalles técnicos, en el *Appello* publicado en *Il Manifesto* de 8 de febrero de 1989, p. 1, y con más amplitud, en respuesta a las objeciones producidas, en mi "Soluzione, non mediazione" (1989: 1 y 12).

Sin embargo, donde la discriminación de las mujeres llega al más alto grado es en la satisfacción de los derechos-expectativa o *derechos a*, como el derecho al trabajo, los derechos políticos de sufragio pasivo, los de acceso y carrera en la función pública y, más en general, todos los de distribución de recursos. Es sobre todo aquí donde se revela el alcance discriminatorio de la igualdad como homologación la cual, precisamente porque está pensada como *hecho* modelado sobre la normalidad masculina, vale sólo para las mujeres que se asimilan a los varones actuando como ellos, imitando sus estilos y opciones de vida, aceptando sus tiempos y reglas. Es aquí donde la diferencia resulta desvalorizada de hecho y discriminada con menoscabo de las mujeres por los muchos obstáculos de tipo social y cultural que las penalizan en beneficio de los varones, banalizando en la práctica el principio de igualdad. Es, pues, tomando en consideración estos obstáculos y el modo en que operan al discriminar las diferencias como deben elaborarse las garantías sexuadas.

Éstas pueden ser de dos tipos, según que la igualdad perseguida con ellas imponga que la diferencia *no tenga* relevancia como fuente de discriminación o de privilegios o, por el contrario, que *tenga* relevancia para no ser discriminada. En las garantías del primer tipo, dirigidas a evitar que aparezca la diferencia, está comprendida la prohibición en materia laboral de las *contrataciones mediante convocatoria nominativa*. Se trata de una vieja garantía conquistada a través de las luchas sindicales de los años 70, hoy de hecho ineficaz, y que debería completarse con la exclusión de la *oferta de trabajo sexuada*, es decir, la dirigida a discriminar a las mujeres en el reclutamiento del personal dependiente, pero también, quizá, de la destinada a favorecerlas en actividades laborales de carácter subalterno ("se necesita secretaria" o "empleada del hogar").

Entran, en cambio, entre las garantías del segundo tipo, previstas con el fin de evidenciar la diferencia, las ofrecidas por las llamadas "acciones positivas". Este tipo de acciones suele suscitar sospechas y son sustancialmente rechazadas también por una parte del pensamiento feminista, dado que sugieren finalidades de tutela que sancionarían de hecho la desigualdad. Sin embargo, me parece que una crítica de esta clase contradice las premisas mismas de una política del derecho dirigida a la defensa de la diferencia frente a las discriminaciones de que ésta ha sido objeto y, paradójicamente, genera el riesgo de acreditar el modelo homologador y descriptivo en lugar del normativo de la igualdad. En efecto, si se considera que la igualdad de

tipo homologador opera de hecho como una regla que selecciona positivamente a quien se adapta al modelo normativo dominante y negativamente a quien no lo hace, entonces se justifica otra regla que seleccione positivamente la diferencia discriminada y que, según una feliz expresión de Letizia Gianformaggio, opera como "una suerte de regla [transitoria] de actuación" (1993a: 228)[15] del principio normativo de igualdad, y precisamente de su corolario, la igualdad sustancial perseguida por el artículo 3.2 de la Constitución italiana, al menos si se admite –algo que se da por descontado– que una política de la diferencia deba ser también una política del derecho.

En cambio, si se cuestiona semejante regla de actuación de la igualdad, incluso con el argumento de que la acción positiva confirmaría la desigualdad precisamente al tutelar la diferencia discriminada, se asume implícitamente que la igualdad realizada de ese modo operaría con menoscabo de las diferencias individuales de mérito (sea cual fuere el significado que se dé a este término) y, por tanto, se supone que la discriminación no existe, al ser los criterios de mérito tomados en consideración perfectamente objetivos, neutrales e imparciales, por contraste con la lamentada discriminación.[16]

[15] Véase, en las páginas 223 y ss. del mismo texto, el análisis crítico a que se somete a la equívoca (pero retóricamente eficaz) expresión "discriminación al revés" (*reverse discrimination*), acuñada en Estados Unidos por los críticos de las acciones positivas y usada entre nosotros también por quienes se muestran favorables a ellas. Sobre el mismo tema puede consultarse también, de la propia Gianformaggio, "Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?" (1992: 187-203).

[16] L. Gianformaggio (1993a: 237) sostiene: "Me parece que un presupuesto de esta crítica es la idea de que los *tests* con los que de hecho valoran tanto las *diferencias-mérito* como las *diferencias-especificidades* individuales (tanto si se trata de las pruebas electorales como de las relativas a la admisión o la promoción en una carrera laboral) son absolutamente objetivos, neutrales, verdaderamente capaces de atribuir oportunidades a quien, presumiblemente, las disfrutará del modo subjetivamente más gratificante y socialmente más ventajoso. La hipótesis, que ni siquiera se toma en consideración –y sobre la que, en cambio, trabaja la teoría de la diferencia– es que estos criterios están, por el contrario, en el mejor de los casos, dirigidos a, y en situación de, evaluar fundamentalmente el grado de homologación del individuo sometido a ellos y, en el peor de los casos (que como siempre sucede es el más frecuente), brutalmente orientados a, y en condiciones de, realizar el interés privado, inmediato, miope, particularista, del que establece los criterios y de quien valora los resultados". Las acciones positivas fueron introducidas en el ordenamiento italiano con la Ley 125/1991, de 10 de abril, que en su artículo 1, remitiéndose abiertamente al artículo 3.2 de la Constitución, las justifica con "el fin de [...] realizar la igualdad sustancial entre varones y mujeres" y "de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad de oportunidades".

Por otra parte, de manera diversa a las otras diferencias, la sexual, al dividir en dos el género humano, permite evitar cualquier diferenciación jurídica entre varones y mujeres, cuando se prevea la realización de acciones positivas. En efecto, como sucedió, aunque con alguna vacilación, en la *Ley sobre Elecciones Municipales*,[17] puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos o, mejor aún, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares. Es cierto que en materia de representación este tipo de garantía impide la formación de listas sólo de mujeres y deforma, en el caso de extenderse a todos los elegidos, su distribución en proporción a los votos emitidos, pero la primera objeción puede ser superada mediante la previsión –como alternativa a la formación de listas que respeten la presencia de ambos géneros en la cuota establecida– de la posibilidad de listas exclusivamente de género (de mujeres o de varones, en su totalidad) que, así, se caracterizarían no por una opción *casual* sino por una política declaradamente sexuada y como tal sometida, para bien y para mal, a la valoración del electorado. En cuanto a la segunda, se resiente de la aceptación acrítica de objetivos de los mecanismos de selección y valoración que, como se ha dicho, obstaculizan de hecho la actuación del principio de igualdad; sin contar con que el principio proporcional ha sido ya lesionado, de forma muy clara, con su explícito abandono por la vía del referéndum y por la actual orientación hacia la adopción de sistemas mayoritarios.

Hay, en fin, un tercer orden de garantías sexuadas ligadas a la diferencia y asimismo impuestas por nuestro principio normativo de igualdad. La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad feme-

[17] Véase el artículo 7.1 de la Ley 81/1993, de 25 de marzo, sobre la elección directa del alcalde, que establece: "En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios". El inciso "por norma" es claramente fruto de un compromiso y ejemplar por la ambigüedad lingüística ocasionada en la producción legislativa de las incertidumbres y de las mediaciones parlamentarias: el texto de la ley había sido aprobado sin el inciso por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara; ésta había rechazado el párrafo en su totalidad en el Pleno, argumentando el contraste con el artículo 3.1 de la Constitución y, evidentemente, ignorando la existencia del segundo párrafo del mismo artículo; después, el Senado lo reintrodujo en su totalidad, añadiendo el inciso de compromiso, aceptado, al fin, por la Cámara.

nina. Se ha hablado de algunos derechos previstos específicamente para las mujeres en las leyes laborales. A éstos pueden añadirse, siempre en materia de trabajo, también las garantías específicamente femeninas de todos los demás derechos. Por ejemplo, en una fábrica milanesa las mujeres rechazaron casi por unanimidad el resultado de un referéndum sobre trabajo nocturno, aceptado por la totalidad (mayoritaria) de los varones, a causa de su diferente modo de vivir la relación entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. Y, en otra, rechazaron también un análisis de orina impuesto por razones de prevención sanitaria a todos los trabajadores, con el argumento de que esta prueba podía revelar un posible embarazo. Es claro que ambos rechazos se produjeron en nombre de la diferencia pero, al mismo tiempo, también de la igualdad. De la igualdad en el respeto de la diferencia y, por tanto, en la titularidad y garantía de los derechos, comenzando por el derecho de autodeterminación: ninguna mayoría puede decidir en materia de derechos por cuenta de los demás, y tanto más cuando la minoría tiene intereses ligados a su diferencia. En esta perspectiva todo el campo del derecho del trabajo, y más aún el del derecho administrativo, deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarlos a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por la concepción del derecho público que, adoptando la idea normativa de la "igualdad de las capacidades fundamentales", avanzada por Amartya Sen, atribuye a los servicios públicos y más en general a la administración pública, no tanto y no sólo la tarea tradicional de ofrecer bienes y prestaciones, sino la de promover la autorrealización de las específicas y diversas capacidades de todas las personas, poniéndolas en las mejores condiciones de ejercitarlas y desarrollarlas, tarea ésta que es seguramente la más respetuosa de las autonomías individual y colectiva. En efecto, es evidente que igual respeto y valorización de las capacidades quiere decir, antes que otra cosa, igual respeto y valorización de las diferencias, a comenzar –en un mundo institucional pensado y organizado sobre todo por (y para) los varones– por la diferencia sexual.[18] Semejante orientación –en sintonía con las recientes teorías relacionales, horizontales, discursivas y autorreflexivas del derecho,

[18] Sobre este punto véanse: de Amartya Sen, "Equality of What?" (1986) e *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà* (1993); de O. de Leonardis, "Diritti, diffrerence e capacità" (1991: 197-218); de E. Pitch, "Differenza in commune" (1991: 219-235); de Umberto Allegretti, *Valori costituzionali e pubblica amministrazione: un nuevo inizio?* (1995).

ilustradas por Giuseppe Bronzini (1993)– apunta, más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios, lugares y ámbitos de vida orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinatarias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están dirigidas las instituciones públicas.[19]

Diferencia, igualdad y derecho sexuado

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

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

[19] O. de Leonardis (1990: 9-23) habla del "uso activo" de las instituciones, capaz de condicionarlas y de transformarlas. Las entiende como un conjunto de "espacios", "prácticas" y "artefactos sociales" que "produce o inventa su realidad" en una relación no de antinomia sino de interacción "entre el punto de vista del actor y el del sistema". De forma análoga, Umberto Allegretti (1995) habla de "una administración" como "*escenario o teatro*" o "lugar escénico", para designar, más que a la tradicional "actividad de la administración", a los "lugares" o "cuadros logísticos" predispuestos por ésta, en los que "sujetos diversos de la administración desarrollan su actividad". Y reclama como modelo las administraciones de entes teatrales o cinematográficos, las organizadoras de exposiciones artísticas, los campos de deportes y, además, escuelas, hospitales, residencias de ancianos, etcétera, donde la persona no comparece como objeto de administración sino, por el contrario, como sujeto activo y que se autodetermina.

tido, como dice el artículo 3.2 de la Constitución italiana, de "remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, [e] impiden el pleno desarrollo de la persona humana", hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. En los dos casos, entre igualdad y diferencia(s) no sólo no existe contradicción sino que se da implicación recíproca, pues el término que se opone a diferencia no es igualdad, sino *desigualdad*.

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino, pero esto no le quita nada a su valor normativo. De otro modo sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídicas, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad. En cambio, el asunto de si el derecho fundamental de las mujeres a la autodeterminación de la maternidad y los distintos tipos de garantías sexuadas, uno y otros requeridos por el modelo normativo de igualdad aquí diseñado, merecen en su conjunto el nombre de "derecho sexuado", es una pura cuestión de palabras. Lo que importa es lo que está detrás de las palabras. Y sean bienvenidas las nuevas palabras si sirven para evidenciar problemas tradicionalmente aplazados u ocultados, y para conferir radicalidad y conciencia a la reivindicación de los derechos de la persona y a la realización del valor de la igualdad.

Bibliografía

Allegretti, Umberto

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

Bentham, Jeremy

1840 *Sophismes anarchiques,* en *Oeuvres de Jerémie Bentham*, vol. I, trad. francesa de E. Dumont, del original *Anarchical Fallacies* (1816), Société Belgue de Librairie, Bruselas.

Boccia, M. L.

1989 "L'uguaglianza impermeabile. Il corpo femminile ridisegna l'orizzonte dei diritti uguali", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

Bronzini, G.

1993 "Nuove avventure dell'astrazione giuridica", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.

Campari M. G. y L. Cigarini

1989 "Fonte di un nuovo diritto", *Sottosopra*, enero.

Cavarero, Adriana

1990 "Il modello democratico nell'orizzonte della differenza sessuale", *Democrazia e Diritto*, núm. 2.

1989 "La congiura delle diferenti. Contro l´esclusione o l'assimilazione ad opera del maschile-universale", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

1988a "L'emancipazione diffidente. Considerazioni teoriche sulle pari opportunità", *Reti*, núm. 2.

1988b "L'ordine dell'uno non è l'ordine del due", en M. L. Boccia e I. Peretti (eds.), *Il genere della rappresentanza*, en "Materiali e atti 10", suplemento de *Democracia e Diritto*, núm. 1.

1987 "Per una teoria della differenza sessuale", en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán.

De Maistre, Joseph

1841 *Considérations sur la France*, en *Oeuvres du comte J. De Maistre*, Aux Ateliers Catholiques du Petir-Montrouge, París.

Dominijanni, I.
1989 "Donna si nasce, differenti si diventa. L'uguaglianza e il percorso feminista", *Il bimestrale* (suplemento del núm. 25 de *Il Manifesto*, Roma, 3 de enero).

Ferrajoli, Luigi
1998 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid.
1993 "Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su *Diritto e ragione*", en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Turín.
1989 "Soluzione, non mediazione", *Il Manifesto*, Roma, 14 de febrero.
1976 "Aborto, morale e diritto penal", en *Prassi e teoria*, núm. 3.

Gianformaggio, Letizia
1992 "Politica della differenza e principio di uguaglianza: sono veramente compatibili?", *Lavoro e diritto*, núm. 2.
1993a "Uguaglianza e differenza. Sono veramente incompatibili?", en G. Bonacchi y A. Groppi (eds.), *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, Laterza, Roma-Bari.
1993b "Identity, Equality, Similarity and the Law", ponencia, XVI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, 23 de mayo al 2 de junio, Reikiavik, Islandia.
1993c "Law, Justice and the State", *Rechstheorie*, núm. 15.

Hobbes, Thomas
1999 *De cive*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
1999 *Leviatán*, en Thomas Hobbes, *El ciudadano*, trad. de J. Rodríguez Feo, Trotta, Madrid.
1979 *Elementos de derecho natural y político*, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Leonardis, O. de
1990 *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*, Feltrinelli, Milán.
1991 "Diritti, difference e capacità", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.

LOCKE, JOHN
1990 *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza, Madrid.
1933 *Della guida dell'intelligenza nella recerca della verità*, trad. de E. Cipriani, Carabba, Lanciano.

MINOW, M.
1990 *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion, an American Law*, Cornell University Press, Ithaca-Londres.

PITCH, T.
1991 "Differenza in commune", *Democrazia e Diritto*, núms. 5-6.
1989 *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Feltrinelli, Milán.
1983 "Tra diritti sociali e cittadinanza. Il movimento delle donne e la legge sulla violenza sessuale", *Problemi del Socialismo*, núms. 27-28.

SEN, AMARTYA
1993 *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, trad. de L. Piatti, Marsilio, Venecia.
1986 "Equality of What?", en su libro *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Boloña.

STUART MILL, JOHN
1970 *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, Alianza, Madrid.

La igualdad entre el hombre y la mujer. Apuntes en torno al ensayo de Luigi Ferrajoli

Miguel Carbonell

Introducción

Aunque Luigi Ferrajoli se refiere en su ensayo *Igualdad y diferencia* a los retos que suscita la tutela de la diversidad entre hombres y mujeres y al combate a las desigualdades que se producen por razón de género, lo cierto es que la mayoría de sus postulados pueden servir para trazar los lineamientos de una teoría general de la no discriminación.

Su discurso nos permite identificar cuatro conceptos que con alguna frecuencia solemos confundir o, por lo menos, que damos por conocidos cuando sus contornos precisos se nos escapan la mayoría de las veces: me refiero a "igualdad", "diferencia", "desigualdad" e "identidad". Todos ellos son necesarios para comprender cabalmente la posición que el derecho –y sobre todo el derecho constitucional– puede asumir frente a las diferencias de género.

Aunque es algo que Ferrajoli enuncia al final de su trabajo, conviene tener presente que el concepto de "diferencia" no se opone al de igualdad, sino justamente lo contrario: la oposición suele producirse entre diferencia y desigualdad. La igualdad, entendida bajo el prisma de categorías que construye Ferrajoli en su ensayo, nos permite no solamente mantener a salvo las diferencias –naturales o culturales– que pueden existir entre hombres y mujeres, sino que incluso puede servir como motor de exigencia para la construcción de *garantías positivas*, que además de permitir las diferencias sirven para tutelarlas e incluso para extender sus alcances y manifestaciones. Es importante destacar este hecho desde el principio ya que en México se ha difundido en los últimos años una visión simplista según la cual defender la igualdad sería tanto como pretender terminar con las diferencias; por el contrario, son las desigualdades las que no permiten la expresión y convivencia pacíficas de las diferencias, como se desprende de la lectura del ensayo de Ferrajoli.

La propuesta del autor comienza distinguiendo, para aclarar el punto anterior, entre el concepto de "diferencias" y el de "desigualdades". Las primeras, nos dice, son los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás, a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades, ya sean económicas o sociales, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción.[1]

Las diferencias conforman las distintas *identidades*, mientras que las desigualdades configuran las diversas *esferas jurídicas* (Ferrajoli, 1999: 2).[2] La distinción es pertinente en la medida en que suelen ir de la mano el no reconocimiento cultural con fuertes discriminaciones y situaciones sociales de infraprivilegio (Habermas, 1999: 92), lo cual puede conducir a que se confundan unas y otras y no se aborden los problemas (y sus correspondientes soluciones) por separado.

En ambos casos el aseguramiento de los derechos que permitan las diferencias (en tanto que constituyen identidades y son por tanto la concretización de la autonomía moral de las personas) y que combatan las desigualdades (al menos aquellas que sean ilegítimas) puede derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos.

Para Ferrajoli hay cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias (Ferrajoli, 1999: 74-76).

A) El primero es el de la "indiferencia jurídica de las diferencias"; para este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora. Se trata del paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje. En realidad ni siquiera se podría hablar, en sentido estricto, de una relación entre el derecho y las diferencias, pues en este caso las diferencias no existirían como objeto de regulación jurídica.
B) El segundo modelo es el de la "diferenciación jurídica de las diferencias", de acuerdo con el cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras. Aquellas que son valorizadas

[1] La diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales ha sido estudiada por Ferrajoli en varios de sus trabajos. Por ejemplo, en los tres que se incluyen en la obra colectiva *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (eds.),Trotta, Madrid, 2001, pp. 29-35, 115-131 y 291-314.

[2] Se trata de la obra incluida en el presente volumen.

(como las identidades por razón de sexo, nacimiento, lengua, fe religiosa, renta, etcétera) resultan asumidas como estatus privilegiados y como fuentes de derechos y poderes. Las diferencias que no son valorizadas (por ejemplo la de mujer, judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera) se convierten en estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción, y a veces incluso de persecución. En este caso estaríamos frente al supuesto de los ordenamientos paleoliberales del siglo XIX que, por ejemplo, reservaban el derecho al voto a los varones, blancos y terratenientes, a la vez que reconocían el derecho a la esclavitud o negaban la personalidad jurídica de las mujeres.

C) El tercer modelo es el de la "homologación jurídica de las diferencias", según el cual las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Se trata del modelo de serialización llevado a cabo por los diversos socialismos reales y burocráticos. En este caso se lleva a cabo una homologación, neutralización e integración de todos que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad –en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como *normal* y al mismo tiempo como *normativa*.

D) El cuarto modelo es el de la "igual valoración jurídica de las diferencias"; se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias sino que, al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos fundamentales –los de libertad, pero también los sociales– deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea en forma individual o colectiva. Obviamente, Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad de que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.

Quizá se pudiera agregar un quinto modelo, que permitiera dar cuenta del caso de aquellos ordenamientos que reconocen a la vez el principio general de igualdad y asignan derechos específicos a determinadas minorías; es decir, se trataría de los casos en que las consti-

tuciones reconocen a todos por igual un cierto número de derechos (lo que podríamos calificar como un "piso mínimo" de derechos), pero a determinados sujetos, por razones de su vulnerabilidad histórica o presente se les reconocen unos derechos añadidos (digamos, una cuota *extra* de derechos).

En los siguientes apartados se ofrecerán algunas reflexiones que permitirán al lector contar con elementos para aplicar el discurso de Luigi Ferrajoli al ordenamiento constitucional mexicano. La idea es aportar la evidencia normativa necesaria para hacer realidad en la práctica las tesis del autor.

La tutela de la diferencia de género y de la igualdad en el ordenamiento constitucional mexicano

Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, fue logrado en países como Suiza hasta 1971). Los antecedentes doctrinales de estos movimientos se pueden remontar al menos a las ideas de Condorcet, quien en un trabajo de 1787 manifestaba que la más obvia y evidente violación del principio de igualdad se daba al otorgar a la mitad del género humano un trato discriminatorio.

El mismo autor defendió la tesis que de no había razón alguna para negar a las mujeres los derechos de ciudadanía; no se podían sostener, en su opinión, ni razones físicas (como el embarazo o las "pasajeras indisposiciones" que solamente afectan a las mujeres), ni mucho menos razones intelectuales, puesto que si bien es cierto que (en la época en la que escribe) las mujeres eran más ignorantes que los hombres, el único criterio de la ignorancia impediría también que muchos varones tuvieran derecho a votar y ser votados.[3]

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas legislaciones en comparación con el hombre logró que en algunas cartas constitucionales modernas se introdujera expre-

[3] Las ideas de Condorcet están muy bien resumidas en el artículo de Javier de Lucas: "Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos" (2001: 301 y ss).

samente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexos. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un mandato sencillo pero contundente en el que en la actualidad es el párrafo primero del artículo 4: "El varón y la mujer son iguales ante la ley". La legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

La igualdad entre géneros se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos, como la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de mayo 12 de 1981) o la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer" (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de diciembre 12 de 1996).

En el artículo 123 de la Constitución mexicana, apartado A, fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos: "Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo" (una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI, inciso C).

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2 constitucional, cuyo apartado A dispone que:

> Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...] II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Los criterios jurisprudenciales de los tribunales mexicanos en que se haya aplicado o conceptualizado el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no son muy abundantes. Uno que vale la pena

recordar es el criterio de la Suprema Corte que declaró la inconstitucionalidad de la *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado*, porque exigía mayores requisitos a los esposos o concubinos de las mujeres aseguradas para tener derecho de acceso a los servicios del Instituto, que aquellos que se pedían para las esposas o concubinas de los asegurados. El criterio de la Corte, que no constituye por cierto un modelo de excelente redacción, es el siguiente:

> TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN QUINTA, DE LA *LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO*, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL. El artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno u otra por razón de su sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la propia Constitución establece, en forma genérica, que los familiares de los trabajadores tienen derecho a la asistencia médica en los casos y en la proporción que establezca la ley. Ahora bien, no obstante que la Constitución prevé como derecho fundamental la igualdad ante la ley, y el derecho a que los familiares de los trabajadores de ambos sexos disfruten de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según se trate de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, en el artículo 24, fracción V, de la ley que lo regula, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de 55 años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exija alguna otra condición, lo que evidencia una trasgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo cuarto de nuestra Carta Magna" (Tesis P. LIX/99 del Pleno de la Suprema Corte).

Muy parecidas a la anterior son las siguientes dos tesis:

> TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO QUINTO, FRACCIÓN QUINTA, PÁRRAFO SEXTO, DE LA *LEY*

DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El artículo cuarto, primer párrafo, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los destinatarios sin consideración de sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la misma Constitución, dispone que los familiares de los trabajadores tendrán derecho a la asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley. De los anteriores preceptos se desprende que los familiares del trabajador, como de la trabajadora, tendrán el mismo derecho a la asistencia médica y medicinas en los supuestos y en la forma que determinen las leyes, sin distinción de sexos. Ahora bien, el artículo quinto, párrafo sexto, fracción V, de la *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado* viola los preceptos constitucionales referidos al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. En efecto, dicho precepto dispone que el esposo o concubinario de la mujer trabajadora sólo será derechohabiente si es mayor de 55 años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora, mientras que, para que la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo cuarto de la propia Constitución establece que "toda persona tiene derecho a la protección de la salud" (Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, tomo III, primera parte, enero a junio de 1989, Octava Época, Pleno, Tesis LIII/89. p. 201).

INDEMNIZACIÓN POR MUERTE. EL ARTÍCULO 501, FRACCIÓN I, DE *LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO*, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los gobernados sin consideración de sexo. Ahora bien, el artículo 501, fracción I, de la *Ley Federal del Trabajo* viola el precepto constitucional en comento, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. Esto es así, toda vez que dicho precepto dispone, en lo que interesa, que tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte la viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% o más, lo que implica una distinción entre la viuda y el viudo del trabajador o trabajadora extinto, por razones de sexo, pues a la primera no le impone como requisito la dependencia económica e

incapacidad que sí exige para el segundo. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto legal que se impugna no tiene fundamento constitucional, sino que contraviene lo dispuesto por el artículo cuarto de la propia Constitución (Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. Clave: IV.3o.T., núm. 119 L. Amparo directo 839/2002. Edmundo Mateo Boneti Meza, 9 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez. Secretaria: Myrna Gabriela Solís Flores.

Otro pronunciamiento jurisprudencial interesante sobre la igualdad entre el hombre y la mujer es el siguiente:

ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL. Desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: "trato igual a los iguales y desigual a los desiguales". Por otra parte, debe decirse que el adulterio entraña una ofensa al cónyuge inocente y, en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que deben imperar en ese núcleo. Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche contiene la siguiente disposición: "El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima". Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguien-

> te, si tanto el hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el artículo cuarto de la Constitución General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir que el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche es inconstitucional (Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo II, noviembre de 1995, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis XIV. 2º. 3 C. p. 502).

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

> SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. EL ARTÍCULO 287, PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO, DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS QUE PREVÉ LA FORMA EN QUE SE PUEDEN DECRETAR, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio Código cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo cuarto, segundo párrafo (ahora primero, MC) de la Constitución federal, que proscribe toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él (*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIII, mayo de 2001, Tesis 1ª XXXIII/2001, pp. 286-287).

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizá con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendentes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

En América Latina los tribunales constitucionales no siempre se han empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliar a sus cónyuges; exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos, y así por el estilo (Universidad del Rosario, 2001: 149).

La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral

Ferrajoli señala que una de las áreas en la que la discriminación contra la mujer alcanza su mayor nivel es en la materia laboral. Su combate, nos dice, requiere de la puesta en práctica de "garantías sexuadas" que, entre otras cuestiones, establezcan una prohibición para convocatorias laborales nominativas (solamente para hombres o solamente para mujeres) y sobre todo que se limite la posibilidad de perpetuar roles de género que en el ámbito laboral inciden negativamente en las condiciones de trabajo de las mujeres; en virtud de estos roles es que las mujeres son contratadas más como secretarias o como enfermeras y menos como directivas o responsables médicas.

Pero la articulación de este tipo de garantías en el campo laboral requiere partir de la idea, no del todo clara en ordenamientos jurídicos como el mexicano, de que la igualdad entre el hombre y la mujer vale también (como la mayoría de los derechos fundamentales) en el ámbito de las relaciones entre particulares. Esto es lo que nos permi-

te articular garantías para que, por ejemplo, la mujer no pueda sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial (véase artículo 123, apartado A, fracción VII de la Constitución) o en el resto de sus condiciones de trabajo.[4]

Al estar el principio general de igualdad entre hombres y mujeres contenido en una norma de derecho fundamental no puede ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como lo afirma Juan María Bilbao Ubillos (1997: 457), "la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio".

Pese a su prohibición, en México persisten graves fenómenos de discriminación en contra de las mujeres en el orden laboral. Como se verá más adelante al aportar estadísticas concretas que lo acreditan, las mujeres no tienen en la actualidad las mismas posibilidades que los hombres de alcanzar puestos de relevancia dentro de los poderes públicos.

Por otro lado, una forma de discriminación reforzada se da en contra de las mujeres que están embarazadas, las cuales o bien no son admitidas en un trabajo (todavía es una práctica bastante extendida pedir a una mujer el certificado de no gravidez para poder contratarla) o bien son despedidas por esa causa, violando con ello tanto el párrafo tercero del artículo primero constitucional (al hacer discriminaciones por razón de sexo y por afectar un derecho con base en las condiciones de salud de la mujer), como el párrafo primero del artículo cuarto (igualdad entre hombre y mujer) y el derecho a la intimidad que está consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por México.

La tutela de la no discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral siempre ha sido necesaria y lo sigue siendo también en la actualidad, puesto que un gran número de ellas se está incorporando al mercado de trabajo, por lo que se les deben asegurar las mejores condiciones posibles.

[4] Sobre el tema de la discriminación laboral de la mujer véanse, Ballester (1994) y Albert López-Ibor (2002). De la discriminación laboral en general se ha ocupado también la Organización Internacional del Trabajo, en su Convenio número 111, el cual puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (2003: tomo I, 329-333).

Al margen de que el combate a sus formas más negativas requiera medidas protectoras especiales o de políticas públicas focalizadas, lo cierto es que la discriminación laboral de las mujeres no puede dejar de estudiarse dentro de la temática más amplia de la discriminación en general, puesto que –como señalan algunos autores (Albert López-Ibor, 2002: 16)– es muy posible que la discriminación contra las mujeres en el trabajo obedezca a factores que se ubican fuera del propio mercado de trabajo, en un conjunto de pautas sociales que favorecen, permiten y estimulan el trato diferenciado entre hombres y mujeres.

En términos generales, como ya se apuntaba, es cierto que la incorporación de la mujer en el mercado laboral ha ido creciendo notablemente en los últimos años. Este proceso, sin embargo, no se ha dado de forma pacífica y plenamente respetuosa con sus derechos; por el contrario, éstos se han vulnerado en reiteradas ocasiones. Como se apunta en un estudio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE (de la que México forma parte), la incorporación de la fuerza laboral femenina al mercado se explica por varios factores y está sometida a diversas tensiones. Según esta organización internacional:

> Son varias las fuerzas que han provocado esta evolución: los cambios de las pautas familiares y de la formación de los hogares que aumentan cada vez más la importancia de las ganancias de las mujeres en la renta del hogar; las crecientes aspiraciones de las mujeres de independencia y de realización personal que puede aportar el empleo remunerado, así como de conseguir la igualdad entre los hombres y las mujeres, y el hecho de que los gobiernos se den cuenta de que aumentar las tasas de ocupación para crear una base más sólida con la que financiar los sistemas de protección social en un momento en el que está envejeciendo la sociedad. La estructura del empleo también ha cambiado a favor de las mujeres, ya que el empleo se ha desplazado de la agricultura y la industria a los servicios, sector en el que las mujeres están sobrerrepresentadas. Sin embargo, a pesar de los progresos irrefutables, sigue preocupando el hecho de que las mujeres aún no hayan conseguido la igualdad con los hombres y de que no se aproveche al máximo su potencial de productividad: las tasas de paro femeninas son más altas que las masculinas en la mayoría de los países de la OCDE; sigue habiendo diferencias entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere a las oportunidades de empleo, la remuneración y el tiempo de trabajo; y se continúa creyendo que las tareas del hogar y el cuidado de los hijos son principalmente responsabilidad de las mujeres, cualquiera que sea el lugar en el que se realicen (OCDE, 2002: 106-107).

La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos

Son varias las referencias que existen en el campo internacional de los derechos humanos a la igualdad entre hombres y mujeres. Desde luego, a este tipo de igualdad le son aplicables todos los mandatos genéricos de no discriminación, así como otros más específicos en relación con los derechos de las mujeres y las niñas, contenidos en instrumentos convencionales y no convencionales.

Entre estos últimos se puede mencionar la "Declaración y Programa de Acción de Viena", emanada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en esa ciudad en 1993; en ese documento se afirmó que:

> Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.
>
> La violencia y todas sus formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y de cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social.
>
> La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de los derechos humanos relacionados con la mujer.
>
> La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos y las instituciones intergubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y la niña.[5]

Dentro de los instrumentos convencionales se puede citar el artículo tercero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que: "Los Estados parte en el presente pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el pre-

[5] Puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (2003: tomo II, 1317).

sente pacto". El artículo 2.1 del mismo documento establece el principio de no discriminación por razón de sexo, que también contribuye a reforzar el mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

El artículo tercero ha sido objeto de una muy importante e interesante observación general, dictada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU;[6] parte de su interés radica en el hecho de que pone el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en relación con el resto de los derechos del pacto. Por la riqueza de sus planteamientos conviene examinar, aunque sea de forma superficial, su contenido.

En primer lugar, el Comité señala que el principio de igualdad entre hombre y mujer no solamente requiere de acciones protectoras, sino también de aquellas que tengan por objeto la promoción; en palabras del Comité: "El Estado no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer de forma efectiva e igualitaria" (párrafo 3).

Luego el Comité reconoce, como ya se ha mencionado en los párrafos precedentes y como se intentará demostrar con algunas evidencias estadísticas en el apartado que sigue, que la desigualdad entre el hombre y la mujer es una cuestión no sólo ni inmediatamente jurídica (aunque puede serlo también en contextos concretos, en los que las normas proyectan pautas negativas de conducta muy arraigadas en la comunidad), sino que obedece a profundas creencias y prácticas sociales, legitimadas en ocasiones por credos religiosos que imponen un papel subalterno a las mujeres; las palabras del Comité son las siguientes: "La desigualdad que padecen las mujeres del mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino" (párrafo 5). En consecuencia con lo anterior, el Comité les pide a los Estados que en sus informes identifiquen las prácticas tradicionales, culturales y religiosas que generan desigualdades entre el hombre y la mujer, así como las medidas que están tomando para rectificar dichas prácticas.

Un aspecto de riesgo para los derechos de la mujer es el que tiene que ver con el embarazo y el alumbramiento; por ello, el Comité les

[6] Se trata de la observación general número 28 ("Igualdad de derechos entre hombres y mujeres"), adoptada en el año 2000; puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (2003: tomo I, 468 y ss).

pide a los Estados parte que en sus informes aporten datos sobre las tasas de natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo y el parto. También deberán aportar información desglosada por sexo acerca de la tasa de mortalidad infantil (párrafo 10).

Una forma en que se mantienen situaciones de sojuzgamiento y discriminación hacia la mujer se da a través de la llamada "trata de mujeres", por medio de la cual los varones no reconocen la plena capacidad jurídica de la mujer y le imponen una serie de deberes que ésta no ha aceptado de forma libre, lo que puede incluir el que se venda a la mujer dentro y fuera de su país, así como la obligación de la prostitución forzada. La trata de mujeres se intenta en no pocas ocasiones disfrazar a través de formas encubiertas de esclavitud, como lo pueden ser ciertos servicios domésticos o servicios personales de cualquier índole (párrafo 12).

En algunos países, el dominio del hombre sobre la mujer se manifiesta a través de la imposición de cierta forma de vestir en público para las mujeres, cuestión sobre la que los Estados parte del pacto deben informar con detalle al Comité (párrafo 13).

En los espacios dedicados a la extinción de las penas privativas de la libertad las mujeres deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas únicamente por guardias del sexo femenino; las mujeres menores de edad deben estar separadas de las que ya cumplieron la mayoría de edad. El trato digno para la mujer privada de libertad adquiere mayor importancia durante el embarazo, por lo cual el Comité señala que: "Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos" (párrafo 15).

Otro sector sensible para los derechos de las mujeres es el que tiene que ver con sus derechos reproductivos, aspecto sobre el que se abunda en el capítulo tres de este texto, dentro del apartado relativo a la libertad de procreación. El Comité señala que los derechos de la mujer se pueden violar, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos u otros funcionarios la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. También es una violación de los derechos de la mujer que los empleadores les pidan una prueba de embarazo para contratarlas (párrafo 20).

Finalmente, el Comité se esmera en resaltar las graves violaciones que se pueden dar en el ámbito laboral o en las relaciones entre particulares, sobre las que ya nos hemos detenido en el apartado anterior. En opinión del Comité se dan muchos casos en los que:

> [...] hay una gran proporción de mujeres que trabajan en ámbitos no amparados por la legislación laboral y [en] que las costumbres y tradiciones imperantes discriminan contra la mujer, especialmente en cuanto a las posibilidades de un empleo mejor remunerado y al derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor. Los Estados parte deberán revisar su legislación y sus prácticas y tomar la iniciativa en la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer en todas las materias prohibiendo, por ejemplo, la discriminación por particulares en ámbitos tales como el empleo, la educación, la actividad política y el suministro de alojamiento, bienes o servicios (párrafo 31).

Aparte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, otro instrumento de primera importancia para comprender el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980.[7]

En el preámbulo de la Convención se hace referencia tanto al principio de no discriminación contra las mujeres como a la importancia que tiene la participación de las mismas en la vida pública de todos los países:

> Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana, que dificulta su participación, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de sus posibilidades para prestar servicio a su país y a la humanidad.
>
> Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el pleno desarrollo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

[7] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981 (fe de erratas de 18 de junio de 1981); consultable en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (2003: tomo I, 97 y ss).

A partir del texto de dicha Convención ha venido trabajando el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que, como otros organismos similares, también dicta recomendaciones generales. La número 23 de éstas (adoptada en su 16avo. periodo de sesiones, en 1997) se refiere a una cuestión de la mayor importancia para alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer; se trata del tema de la vida pública y la vida privada.[8] Puede ser interesante repasar algunas de las afirmaciones que se contienen en esa recomendación general.

El Comité reconoce que las esferas pública y privada siempre se han considerado de distintas formas y se han reglamentado en consecuencia. A cada uno de los sexos se le ha asignado de manera predominante tareas dentro de una de esas esferas, de tal forma que a las mujeres les han correspondido funciones domésticas, relacionadas con la procreación y la crianza de los hijos, actividades que son socialmente consideradas como inferiores. Por su parte, al hombre le han correspondido funciones dentro de la esfera pública, que han gozado del respeto y prestigio sociales. La mujer se ha visto excluida de la vida política y del proceso de adopción de decisiones que pueden determinar las modalidades de la vida cotidiana y el futuro de las sociedades (párrafos 8 y 9).

A lo anterior han contribuido, en opinión del Comité, ciertos valores culturales, creencias religiosas, así como la falta de servicios y el hecho de que el hombre no ha participado en la organización del hogar ni en el cuidado y la crianza de los hijos (párrafo 10).

Aunque formalmente muchos países reconocen el derecho de las mujeres a participar en la vida pública, el Comité admite que siguen existiendo importantes obstáculos para que dicha participación sea efectiva, debido a barreras económicas, sociales y culturales (párrafo 14). Así, por ejemplo, se ha comprobado que las mujeres reciben menos información que los hombres sobre los candidatos, los programas de los partidos y los procedimientos para votar. Además, la doble carga de trabajo de la mujer (la laboral fuera del hogar y la doméstica) y los apuros económicos limitan el tiempo o la oportunidad que pueden tener de seguir las campañas electorales y ejercer con plena libertad su derecho de voto (párrafo 20).

El Comité señala varios ejemplos de medidas que han tomado los Estados para asegurar el derecho de las mujeres a participar en la

[8] Puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (2003: tomo I, 675 y ss).

formulación de las políticas gubernamentales, que es un derecho establecido en el artículo 7 de la Convención.

Varios Estados parte han adoptado medidas encaminadas a garantizar la presencia de la mujer en los cargos elevados del gobierno y la administración y en los órganos de asesoramiento gubernamental, tales como: una norma según la cual, en el caso de candidatos igualmente calificados, se dará preferencia a una mujer; una norma en virtud de la cual ninguno de los dos sexos constituirá menos del 40% de los miembros de un órgano público; un cupo para mujeres en el gabinete y en puestos públicos, y consultas con organizaciones femeninas para garantizar que se nombre a mujeres idóneas a puestos en organismos públicos y como titulares de cargos públicos, así como la creación y mantenimiento de registros de mujeres idóneas con objeto de facilitar su nombramiento a órganos y cargos públicos. Cuando las organizaciones privadas presenten candidaturas para órganos asesores, los Estados parte deberán alentarlas a que nombren a mujeres calificadas e idóneas (párrafo 29).

Algunos datos sobre la desigualdad de género en materia laboral

Para tener una idea más completa de la enorme desigualdad de hecho que se da entre hombres y mujeres conviene aportar algunas estadísticas, las cuales no solamente permiten establecer una comparación internacional, sino que también vienen a demostrar la necesidad de avanzar lo más pronto posible en la puesta en marcha de las propuestas que hace Ferrajoli en su ensayo.

En términos generales, la participación política de la mujer es notablemente inferior a la del hombre en el mundo. Así, con datos del primer semestre del año 2000, solamente nueve mujeres eran jefas de Estado o de gobierno a escala global; en 1998, 8% de los ministros (secretarios de Estado en el caso mexicano) de los gobiernos del planeta eran mujeres, y solamente en un país eran mayoría frente a los hombres (ONU, 2001: XVI-XVII). El porcentaje de escaños parlamentarios ocupados por mujeres también es escaso: alcanza 38% en los países del norte de Europa, pero baja a 15% en las Américas y toca un penoso 3% en los países árabes.[9]

En México, con datos de 2002, las cosas parecen estar un poco mejor que en otros países, sin que nuestra situación sea tampoco muy

[9] Véase www.ipu.org.

halagüeña. Para esa fecha, había 16% de las curules en la Cámara de Diputados ocupadas por mujeres y 15% en la de Senadores. Solamente 11% de los cargos ministeriales en el gobierno eran ocupados por mujeres. Los ingresos entre hombres y mujeres se presentan muy disparejos: las mujeres ganan solamente 38% de lo que ganan los hombres, en un promedio nacional (ONU, 2002). Casi dos de cada tres personas adultas que no saben leer ni escribir en México son mujeres. A los 14 años, una de cada tres niñas ya no asiste a la escuela.[10]

Estos datos ponen de manifiesto al menos dos cuestiones: a) la persistencia de roles sociales que contemplan a la mujer dedicada a cuestiones relativas a la vida privada (crianza de los hijos, mantenimiento del hogar, cuidado de los ancianos y enfermos, etcétera); y b) la necesidad de impulsar mecanismos institucionales que fomenten en la realidad la igualdad entre hombres y mujeres. Librada a su propia suerte esa relación siempre permitirá el dominio masculino basado en pautas tradicionales –en el mejor de los casos–, o incluso en el uso de la fuerza física –en el peor escenario.

Las estadísticas pueden ser útiles para ilustrar la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral. Un dato importante es el que refleja la distinta tasa de participación en el trabajo de hombres y mujeres, de acuerdo con los datos que se enuncian en el cuadro 1.

Otro dato interesante es el que tiene que ver con las diferencias que existen entre hombres y mujeres en relación con el trabajo a tiempo parcial; como se verá en el cuadro 2, las mujeres, al tener mayores responsabilidades dentro del hogar (en relación con el cuidado de hijos, ancianos y, en general, con la realización de tareas domésticas) pueden acceder al mercado laboral de manera menos plena, lo cual se refleja en la mayor contratación femenina bajo este esquema.

Como es obvio, el trabajo a tiempo parcial aumenta en las mujeres que tienen hijos, lo cual significa que la discriminación laboral puede tener incidencia en el ejercicio de otro derecho fundamental como es la libertad de procreación, sobre la que abundaremos más adelante.

El análisis de los datos precedentes en cuanto a la incidencia del trabajo a tiempo parcial en relación con el sexo es muy importante para la temática de la no discriminación, puesto que se trata de una de las cuestiones que se han utilizado en la práctica por algunos tribunales constitucionales para determinar si se ha vulnerado el prin-

[10] Datos tomados del *Programa Nacional de la Mujer 1995-2000*, México, DF.

Cuadro 1
Tasa de participación en el mercado laboral por género
(porcentajes)*

País	1979	1989	1996
Hombres			
Japón	78.2	75.1	74.9
Estados Unidos	73.8	72.5	70.9
Australia	75.3	71.9	67.9
Países Bajos	74.3	65.0	66.9
Reino Unido	74.5	70.4	65.7
Canadá	73.4	71.4	65.2
Suecia	73.7	70.9	61.8
España	75.1	66.2	60.7
Alemania	69.8	65.9	60.1
Francia	69.6	61.2	57.6
Italia	66.3	59.9	56.6
Mujeres			
Estados Unidos	47.5	54.3	56.0
Suecia	57.2	61.7	54.2
Canadá	45.3	53.7	52.1
Australia	40.7	48.6	50.4
Reino Unido	45.3	49.1	50.1
Japón	45.7	47.7	47.7
Países Bajos	29.2	37.4	44.9
Alemania	38.4	39.7	41.2
Francia	40.5	41.2	40.3
España	28.6	32.5	38.4
Italia	27.3	28.6	28.4

* Porcentaje de personas adultas que están trabajando.
Fuente: José Carbonell, 2003, a partir de Vicenç Navarro, 2000: 35.

cipio de no discriminación por razón de sexo. Concretamente, se trata de un caso típico en el que se puede utilizar el concepto de *discriminación indirecta*.

Ésta se produce cuando una ley, una práctica administrativa, una regulación contractual o cualquier otro acto jurídico que es presuntamente neutral en relación con el género, acaba siendo más perjudicial para uno u otro sexo en virtud de la desigual situación fáctica en la que se encuentran ubicados los hombres y las mujeres. En el

Cuadro 2
Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial, 2000
(personas de 15 a 64 años)

	Incidencia del trabajo* a tiempo parcial		Proporción de mujeres**		
País	Mujeres	Hombres	Trabajo tiempo completo	Trabajo tiempo parcial	Total
Australia	44.6	12.6	33.1	73.6	43.9
Austria	24.3	02.3	37.9	89.2	44.1
Bélgica	34.4	06.9	35.1	79.4	42.3
Canadá	27.0	09.8	41.0	70.3	46.2
Rep. Checa	05.0	01.1	42.7	77.4	44.0
Dinamarca	23.9	08.6	42.4	71.2	46.9
Finlandia	13.5	06.6	45.7	64.9	47.6
Francia	24.8	05.3	39.2	79.2	44.9
Alemania	33.7	04.4	35.2	85.8	43.9
Grecia	09.2	02.9	36.4	66.5	38.0
Hungría	05.1	01.6	53.3	79.7	51.8
Islandia	32.1	08.5	40.1	77.4	47.4
Irlanda	32.9	07.5	33.6	75.6	41.2
Italia	23.4	05.5	32.3	71.3	37.0
Japón	39.4	11.8	20.1	69.7	40.8
Corea	09.1	04.5	39.8	58.6	41.0
Luxemburgo	28.4	01.9	32.2	90.5	39.4
México	25.6	07.1	22.4	65.1	34.2
Países Bajos	57.1	13.0	27.1	76.8	42.9
Nueva Zelanda	35.4	10.6	37.7	73.6	45.6
Noruega	42.5	09.7	35.7	79.1	46.7
Polonia	17.9	08.8	32.3	61.7	44.9
Portugal	12.6	03.0	42.7	77.9	45.3
Rep. Eslovaca	02.4	00.8	49.9	74.5	50.8
España	16.4	02.5	33.8	79.5	37.3
Suecia	22.6	07.6	43.8	73.3	48.2
Suiza	45.8	08.4	31.9	81.2	44.1
Reino Unido	40.2	07.6	34.6	81.3	44.9
Estados Unidos	19.4	07.3	43.1	69.7	46.6
Media	**25.8**	**06.5**	**37.1**	**75.0**	**43.9**

* Porcentaje de mujeres (hombres) que trabajan a tiempo parcial con respecto al empleo femenino (masculino) total.

** Porcentaje de mujeres con respecto al empleo total por categorías.

Fuente: José Carbonell, 2003, a partir de OCDE, 2002: 116.

Cuadro 3
Trabajo a tiempo parcial por sexo y según la presencia de hijos, 2000
(porcentaje de personas que trabajan a tiempo parcial
con respecto al empleo total de cada categoría,
trabajadores de 25 a 54 años)

	Mujeres				Hombres		
País	Sin hijos	Un hijo	Dos hijos	Total	Sin hijos	Un hijo	Total
Australia	40.8	54.1	63.1	41.8	8,0	5.5	6.9
Austria	17.4	33.6	43.7	26.7	2.1	1.7	1.9
Bélgica	29.2	34.7	46.1	34.7	6.5	5.1	5.9
Canadá	17.0	22.9	30.7	21.4	5.2	3.2	4.3
Rep. Checa	02.6	04.5	07.5	04.0	1.0	0.4	0.7
Dinamarca	18.5	13.3	16.2	16.6	nd	nd	3.7
Finlandia	07.5	08.6	13.6	09.2	nd	nd	3.7
Francia	20.0	23.7	31.8	23.7	5.2	3.6	4.4
Alemania	24.0	45.3	60.2	35.2	4.2	2.3	3.4
Grecia	08.4	09.7	11.2	09.2	2.8	2.5	2.7
Hungría	nd	nd	nd	04.9	nd	nd	1.2
Islandia	nd	nd	nd	28.4	nd	nd	3.3
Irlanda	16.6	37.2	46.4	29.7	4.3	3.6	4.0
Italia	20.0	27.2	34.4	24.1	5.5	4.5	5.1
Japón	nd	nd	nd	38.4	nd	nd	6.2
Corea	nd	nd	nd	08.7	nd	nd	3.3
Luxemburgo	19.9	32.7	48.1	29.0	1.4	1.6	1.5
Países Bajos	38.3	72.6	82.7	55.9	6.2	4.6	5.5
Nueva Zelanda	20.6	37.6	50.8	32.4	5.9	5.3	5.6
Noruega	24.7	33.5	41.1	31.8	5.0	nd	5.0
Polonia	nd	nd	nd	15.1	nd	nd	5.8
Portugal	11.5	10.5	11.3	11.2	2.7	1.3	2.0
Rep. Eslovaca	nd	nd	nd	02.3	nd	nd	0.8
España	13.7	17.4	18.6	15.3	2.6	1.2	1.9
Suecia	14.6	16.7	22.2	17.9	5.2	3.4	4.3
Suiza	34.2	58.0	66.5	47.1	6.1	3.6	4.9
Reino Unido	23.7	46.6	62.8	38.6	4.1	3.2	3.7
Estados Unidos	10.1	15.8	23.6	14.6	3.5	1.8	2.7
Media	**18.7**	**28.7**	**36.6**	**23.2**	**4.2**	**2.9**	**3.6**

nd = datos no disponibles.
Fuente: José Carbonell, 2003, a partir de OCDE, 2002: 134.

tema del trabajo a tiempo parcial se puede aducir que, en principio, dicha forma de contratación es neutral respecto al sexo en la medida en que cualquier persona puede ser contratada bajo esa modalidad.

Sin embargo, si se logra acreditar que, de hecho, las mujeres forman una amplia mayoría dentro del conjunto de las contrataciones laborales a tiempo parcial y si además ese tipo de contratación no tiene las mismas características que las de tiempo completo (por ejemplo, en cuanto al pago por hora de trabajo, prestaciones, derechos de formación profesional, etcétera), entonces se puede configurar una discriminación indirecta que, de acuerdo con las cifras de los cuadros precedentes, sería notablemente perjudicial para las mujeres.

Garantías sexuadas y autodeterminación en materia de maternidad

Aparte de las desigualdades laborales y de las que persisten en la prestación de servicios públicos que hacen las diferentes administraciones, un aspecto en el que Ferrajoli demuestra de forma tajante la necesidad de crear "garantías sexuadas" (o, más ampliamente, un "derecho sexuado") es el que tiene que ver con la autodeterminación en materia de maternidad. En México tal derecho de autodeterminación puede desprenderse del párrafo segundo del artículo 4 de la Constitución, que establece el derecho de toda persona para determinar el número y espaciamiento de sus hijos. Incluye la posibilidad de tener o no descendencia. Las modalidades para tomar tal decisión son la libertad, la responsabilidad y la información. Con respecto a ésta última, el Estado tiene una obligación fundamental: proporcionar información acerca de los métodos anticonceptivos necesarios para que sea efectiva también la libertad de no tener descendencia, o de tenerla de acuerdo con la voluntad de quien quiera ejercer ese derecho. En general, corresponde también al Estado cuidar que sea ejercido a plenitud, lo cual implica que se establezcan las medidas legislativas y las políticas públicas necesarias para cumplir con una paternidad y una maternidad responsables y libres.

Una de las formas de tutela de la libertad reproductiva es de carácter penal y se compone de un doble género de disposiciones: por una parte, la legislación penal debe proteger como bien jurídico la libertad sexual, prohibiendo toda relación de ese tipo que se lleve a cabo por la fuerza (incluyendo, por supuesto, las que se produzcan dentro del matrimonio o del concubinato sin el consentimiento de uno de

los cónyuges); por otro lado, la legislación penal no debe castigar a las mujeres que decidan interrumpir voluntariamente un embarazo que se ha producido como resultado de una violación, porque si se les obligara a tener un descendiente que no ha sido concebido con libertad –como es obvio que sucede en todos los casos de embarazos por violación– se estaría vulnerando el artículo 4 en la parte que garantiza a toda persona la *libre* decisión sobre su descendencia.

Seguramente esa misma libertad serviría para hacer constitucionalmente ilegítimas algunas o todas las disposiciones penales que, al castigar el aborto, obligan a las mujeres a tener hijos incluso contra su voluntad, negando con esas medidas el derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo y sobre su maternidad. Al respecto, conviene tener presentes las observaciones que hace nuestro autor sobre el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad –y consecuentemente de aborto–; sobre esto Ferrajoli escribe:

> […] se trata de un derecho que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples y fundadas razones: porque forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la opción de convertirse en madre […] porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma; porque, en última instancia, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación –la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo– en contraste con todos los principios liberales del derecho penal […] (Ferrajoli, *supra*: 20).

Ferrajoli sostiene en su trabajo que quizá sea en materia de aborto que se puede configurar un derecho fundamental exclusivamente de las mujeres, es decir, un derecho desigual o sexuado. Esto se justifica, desde su punto de vista, en virtud de que "en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia, sometiéndolas al control penal" (Ferrajoli, *supra*: 21).[11]

[11] En otro trabajo Ferrajoli apunta: "La autodeterminación de la maternidad, por ejemplo, antes que una libertad de abortar es una liberación de esa clase de servidumbre personal que se representa en la obligación de la mujer de ser madre y en

Aparte de las consecuencias penales, del párrafo segundo del artículo 4 constitucional también se pueden desprender, como ya se ha apuntado, varias obligaciones de los poderes públicos –sobre todo del Poder Ejecutivo federal y de los poderes ejecutivos locales– en el sentido de instrumentar políticas públicas con vistas a la difusión e información de las técnicas para el control de la natalidad, así como para la atención adecuada a la maternidad; esto último se desprende también del párrafo tercero del mismo artículo 4 constitucional, que protege el derecho a la salud.

Es importante señalar que la información proporcionada por las autoridades en materia de técnicas para el control de la natalidad debe en todo momento respetar la voluntad de las personas involucradas, de forma que sería perfectamente inconstitucional el hecho de que se quisiera imponer por parte de alguna autoridad un determinado método de control o incluso la idea misma de controlar artificialmente el número de hijos que una persona quiera tener. El uso de métodos anticonceptivos debe darse siempre bajo la premisa del *consentimiento informado* de las personas involucradas, nunca como una imposición o por medio de presiones o amenazas.

Respetando la libertad de procreación, las autoridades no pueden condicionar bajo ningún supuesto el acceso a ciertos programas de subsidio o la provisión de bienes materiales y recursos económicos a la adopción de medidas para el control natal. Así lo ha reconocido el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que en su observación general número 19 (de 1990) ha señalado, de conformidad con el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que protege a la familia, lo siguiente: "Cuando los Estados adopten políticas de planificación de la familia éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y *sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias*" (párrafo 5, cursivas añadidas).

Pese a ello, en la realidad ha sucedido que algunas autoridades pretenden imponer métodos de control de natalidad incluso en contra de la voluntad de los afectados (se han presentado estos casos en algunas comunidades indígenas de México), lo cual viola el derecho que el artículo 4 constitucional establece para que sea cada persona la que determine de *forma libre* el número y espaciamiento de sus hijos.

---

la instrumentalización de su cuerpo para la consecución de un fin que no es suyo porque no lo ha querido" (2004: 13). En este libro también se pueden encontrar las valiosas aportaciones de Tamar Pitch sobre el tema del aborto (2004: 75 y ss).

Sobre este punto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) ha tenido que emitir una recomendación general, en vista de las múltiples quejas recibidas y de las violaciones de derechos observadas por su personal. Se trata de la 4/2002 de diciembre 16 de 2002: "Derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar" (*Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 149, diciembre de 2002: 73-85). Hay algunos párrafos de esa recomendación general que conviene tener presentes, ya que demuestran violaciones recientes a la libertad de procreación y también porque tales violaciones son padecidas por un grupo social particularmente marginado y discriminado como es el de los indígenas; el texto de esos párrafos es el siguiente:

> [...] se ha advertido que el personal médico de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública obliga a las mujeres que acuden a consulta a utilizar el dispositivo intrauterino (DIU) como método de control natal, bajo la amenaza de que si no aceptan usarlo pueden perder apoyos de programas gubernamentales.
>
> [...] las brigadas de salud comunitaria, las cuales dan atención en zonas con población indígena, ejercen presión sobre la población masculina con el fin de obtener su consentimiento para la aplicación de métodos definitivos (vasectomía) de planificación familiar, mediante la promesa de proveerles de bienes materiales y recursos económicos, y en el caso extremo los amenazan con excluirlos de programas asistenciales del gobierno si no se someten a la vasectomía. Procedimiento en el cual además se acreditó que no se cumplió con las disposiciones sobre el consentimiento informado y que no contaron con traductor.
>
> [...] tanto hombres como mujeres manifestaron que los servidores públicos de las clínicas rurales de las instituciones de salud pública, tanto estatales como federales, pretenden imponerles métodos de planificación familiar sin su consentimiento y sin informarles adecuada y ampliamente, en su lengua, cuáles son los beneficios para su salud, los riesgos de su empleo o los posibles efectos secundarios que pudieran presentarse (*Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 149, diciembre de 2002: 73-74).

Más adelante en la misma recomendación general, la CNDH precisa el concepto de "consentimiento informado", así como la forma de obtenerlo; el texto de los párrafos respectivos es el siguiente:

> En el consentimiento libre e informado subyacen principios éticos de respeto a la autonomía y a la cultura de las personas, que debieran formar parte de la práctica médica; por ello, deben definirse los lineamientos o mecanismos complementarios para que la consejería dirigida a los integrantes de los pueblos indígenas cumpla no sólo con su objetivo de informar, sino de que se tenga la certeza de que esa información se ha comprendido. El propósito es asegurar que las instituciones prestadoras de servicios públicos de atención médica favorezcan y respeten la elección de los usuarios.
>
> En los servicios de planificación familiar, el consentimiento informado y libre implica que, en la relación entre el usuario y el servidor público del sector salud, se dé un vínculo horizontal de intercambio respetuoso de información, a partir del cual manifiesten su solicitud de métodos de planificación familiar, en el contexto del conocimiento cultural que tienen las personas de sí mismas y sobre su salud sexual y reproductiva.
>
> El proceso incluye la verificación, por parte de las instancias que proporcionan el servicio de atención a la salud sexual y reproductiva, de que las personas han comprendido sus explicaciones y sus dudas han sido resueltas. A su vez, hombres y mujeres deben consentir de manera libre y sin coerción sobre el uso del método más acorde con sus necesidades y preferencias, o bien disentir, si así lo juzgan conveniente. El hecho de que se requiera un documento, o cualquier otro mecanismo institucional, de autorización no sustituye los pasos del proceso previamente descrito (*Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, núm. 149, diciembre de 2002: 80-81).

En otros países también se ha optado por imponer coactivamente los sistemas de control de la natalidad, lo cual ha generado innumerables violaciones a los derechos fundamentales, no solamente a los de carácter reproductivo; cuando se hace un análisis comparado, sin embargo, se observa que la disminución de las tasas de natalidad (que es algo obviamente deseable y que los Estados deben de promover sobre todo a través de campañas de concientización e informativas) no se ha logrado por medios coactivos, sino más bien a través de la generación de una serie de satisfactores vitales que les permiten a las personas tener acceso a bienes primarios con regularidad. En otras palabras, la mejor vía para disminuir las tasas de natalidad no son los programas obligatorios, sino el desarrollo económico, como lo acreditan los extremos opuestos a los que se ha llegado en China (por medio de la coacción y el terror contra su población) y en Europa (a través del desarrollo económico y la democratización del bienestar).[12]

[12] Un análisis mucho más completo sobre el punto puede encontrarse en Amartya K. Sen (2000: 267 y ss).

Lo importante en este momento es subrayar que la libertad de procreación supone tanto la posibilidad de determinar que *sí* se quiere tener hijos como la de determinar *no* tenerlos.

La Suprema Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema del aborto apenas en enero del año 2002, cuando dictó la sentencia que resolvió la acción de inconstitucionalidad 10/2000. La acción mencionada fue interpuesta en contra de una reforma realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a los códigos Penal y de Procedimientos Penales aplicables precisamente en la capital del país. En el primero de esos ordenamientos la reforma introdujo una eximiente de responsabilidad para el delito de aborto, en los siguientes términos: "Artículo 334: No se aplicará sanción: [...] III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite de que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada". En el Código de Procedimientos Penales la reforma que fue impugnada precisaba la facultad del Ministerio Público para autorizar la interrupción del embarazo que hubiera sido provocado con motivo de una violación (artículo 131*bis*).

La sentencia de la Corte tuvo algún elemento de paradoja, pues reconoció por una parte que la vida está constitucionalmente protegida desde el momento de la concepción, pero también que las reformas analizadas no eran inconstitucionales.[13] Para sustentar tales conclusiones, la Corte va construyendo su argumentación a través de varios pasos:

A) En primer lugar, reconoce el derecho a la vida del producto de la concepción en el siguiente criterio:

> DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. Si se toma en consideración, por un lado, que la finalidad de los artículos 4 y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción XI, inciso c), de la Constitución Política de los Estados Unidos

[13] En ambos casos con votaciones muy divididas; véase el análisis de la sentencia y de los planteamientos de las partes en Jorge Ordóñez (2002: 859 y ss).

Mexicanos, en relación con la exposición de motivos y los dictámenes de las comisiones del Congreso de la Unión que dieron origen a sus reformas y adiciones, de tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, y treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, respectivamente, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos, así como la protección de los derechos de la mujer en el trabajo, en relación con la maternidad y, por ende, la tutela del producto de la concepción, en tanto que éste es una manifestación de aquélla, independientemente del proceso biológico en el que se encuentre y, por otro, que del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, aprobados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y el dieciocho de diciembre de mil novecientos ochenta, respectivamente, cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana, así como que del estudio de los códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, se concluye que la protección del derecho a la vida del producto de la concepción deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales (*Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo XV, febrero de 2002, novena época, Pleno. Tesis PJ 14/2002, p. 588).[14]

B) En segundo lugar, la Corte señala que la previsión del artículo 334, fracción III del Código Penal no viola el derecho a la vida en la medida en que no autoriza el delito de aborto, sino que simplemente contempla una excusa absolutoria, es decir, precisa un supuesto en el que la sanción no podrá imponerse, tal como se reconoce en las dos siguientes tesis:

[14] Véase también la Tesis 13/2002, cuyo rubro es el siguiente: "Derecho a la vida. Su protección constitucional", en la que se señala que la Constitución "protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos".

ABORTO. LA HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CONSTITUYE UNA EXCUSA ABSOLUTORIA. La hipótesis contenida en el citado numeral relativa a que cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo su sobrevivencia, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada, constituye una excusa absolutoria, pues se trata de una causa que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley impide la aplicación de la pena, es decir, aun cuando se configura el delito de aborto no es posible aplicar la sanción. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos de los señores ministros Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Juan N. Silva Meza y presidente Genaro David Góngora Pimentel respecto de la constitucionalidad de la fracción III del artículo 334 del Código Penal para el Distrito Federal; y en relación con el artículo 131 *bis* del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en virtud de que la resolución de su inconstitucionalidad no obtuvo la mayoría calificada de cuando menos ocho votos exigida por el último párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, se desestimó la acción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II de dicho precepto constitucional. En cuanto al criterio específico contenido en la tesis no hubo discrepancia entre los 11 señores ministros (Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Instancia: Pleno. Fuente: *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación*, tomo XV, febrero de 2002, novena época, Tesis: PJ 10/2002, p. 416).

ABORTO. REQUISITOS PARA QUE SE CONFIGURE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Del análisis de lo dispuesto en el artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal se advierte, por una parte, que para que se actualice la excusa absolutoria que prevé es necesario que se satisfagan los siguientes requisitos: I. Que se haya cometido el delito de aborto, es decir, que una o varias personas hayan producido la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez y II. Que previamente a lo anterior: 1) Dos médicos especialistas hubieren emitido juicio en el sentido de que existe razón suficiente para diagnosticar: a) que el

producto presenta alteraciones genéticas o congénitas; b) que éstas pueden dar como resultado daños físicos o mentales, y c) que éstos puedan poner en riesgo la sobrevivencia de aquél; 2) Exista consentimiento de la mujer embarazada; 3) Éste responda a una decisión libre, informada y responsable; 4) Como garantía de que la decisión reúne las características especificadas, los médicos que hicieron el diagnóstico hayan proporcionado a la mujer embarazada una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna, y 5) que tal información comprenda tanto los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos, como los apoyos y alternativas existentes; y, por otra, por ser una garantía para las personas que intervinieron en la muerte del producto de la concepción, deben existir las constancias necesarias, sustentadas en pruebas idóneas que acrediten el cumplimiento minucioso de todos y cada uno de los requisitos exigidos, pues si no está demostrado alguno de ellos la autoridad respectiva puede llegar a la conclusión de que no se actualiza la excusa absolutoria a que se refiere el citado numeral y, por ende, deban aplicarse las sanciones previstas en los artículos 330 a 332 del citado ordenamiento penal. No escapa a la consideración de este Alto Tribunal que los requisitos de naturaleza médica se encuentran condicionados a la evolución de la ciencia y que la responsabilidad de los diagnósticos, en su caso, corresponderá a los dos médicos especialistas a que alude la norma; sin embargo, de llegar a producirse el aborto, dichos diagnósticos podrán ser analizados por otros médicos especialistas, a fin de que la autoridad respectiva esté en aptitud de determinar si tales diagnósticos iniciales tuvieron la sustentación idónea y fueron claros para quienes sin ser peritos en la materia, como en su caso lo puede ser la mujer embarazada, le sean entendibles en cuanto a sus conclusiones (Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Diputados integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 29 y 30 de enero de 2002. Mayoría de siete votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Pedro Alberto Nava Malagón. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XV, febrero de 2002, Tesis: P. VII/2002, p. 417. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso aprobó, con el número VII/2002, la tesis aislada que antecede, y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos).

C) Finalmente, la Corte precisa que la posibilidad de que en algunos supuestos concretos el Código Penal del Distrito Federal permita el aborto no viola la garantía de igualdad. Su texto es el siguiente:

> ABORTO. EL ARTÍCULO 334, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE IGUALDAD, PUES NO AUTORIZA QUE SE PRIVE DE LA VIDA AL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. Al establecer el citado precepto la posibilidad de que cuando se produzca la conducta delictiva (el aborto) prohibida expresamente por el artículo 329 de aquel ordenamiento, pero se reúnan las requisitos consignados en aquella fracción, las sanciones prevista en los diversos numerales 330, 331 y 332, no podrán aplicarse, es indudable que no transgrede la garantía de igualdad contenida en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues dicha norma no dispone que a determinados productos de la concepción, por sus características, se les pueda privar de la vida, lo que sí sería discriminatorio (Tesis número IX/2002, aprobada solamente por mayoría de siete votos).

Como se sabe, el punto de partida para el debate jurisprudencial sobre el aborto lo marcó el caso *Roe vs. Wade* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1973 (410 US 113); curiosamente, en ese caso la Corte estadounidense no utilizó una argumentación basada en el derecho a la vida, sino una vinculada sobre todo al derecho a la privacidad, que ya había utilizado en anteriores decisiones (por ejemplo en *Griswold vs. Connecticut,* 381 US 479, de 1965, en referencia al uso e información sobre los anticonceptivos)[15] para ampliar considerablemente los limitados alcances de las cláusulas que sobre estos derechos contienen las enmiendas del texto constitucional de 1787.

Sobre el mismo tema, también puede ser de interés revisar la importante decisión del Tribunal Constitucional español contenida en su sentencia 53/1985, en la que se formularon diversos votos particulares. En este caso, la doctrina ha sostenido un punto de vista interesante al afirmar que frente al silencio de la Constitución sobre

[15] En ese caso la Corte Suprema dedicó buena parte de su sentencia a justificar la existencia de un "derecho a la intimidad" derivado de otros derechos establecidos explícitamente en algunas de las enmiendas que conforman el *Bill of Rights.* Para la Corte los derechos establecidos por el *Bill of Rights* tienen zonas de "penumbra", de las cuales emanan otros derechos que ayudan a los primeros a tener vida y sustancia. En el caso *Griswold* se estaba discutiendo la constitucionalidad de una ley del estado de Connecticut, del año de 1879, que impedía la difusión de información y el uso de anticonceptivos; la Corte afirmó que esa ley violaba la intimidad de las parejas y se preguntó: "¿Permitiremos a la policía vulnerar los sagrados precintos de las recámaras maritales para encontrar evidencias del uso de contraceptivos? Esta simple idea es repulsiva para la noción de privacidad que rodea a la relación matrimonial"; la parte más sustantiva de la sentencia y de los votos concurrentes y disidentes se puede consultar, por ejemplo, en David M. O'Brien (2000: 333-342).

si existe o no en su texto un derecho a la interrupción del embarazo, dicho derecho se debe entender como implícito y además la decisión de la mujer para llevarlo a cabo debe ser inmune a cualquier tipo de regulación estatal, con excepción de lo que genéricamente se llaman las "leyes de plazos", que establecen ciertas condiciones y requisitos para interrumpir el embarazo en función de lo avanzado del mismo, que es la solución que se adoptó en Estados Unidos, como lo veremos enseguida. Dicha inmunidad se justificaría en virtud de que la interrupción de un embarazo es la decisión más íntima y personal que una persona puede tomar en toda su vida y, "justamente por eso, el Estado no puede interferir en la misma imponiéndole a las mujeres normas basadas en creencias metafísicas acerca del sentido de la existencia o del valor de la vida humana que ellas pueden no compartir" (Pérez Royo, 2001: 143).

¿Cómo resolvería la Suprema Corte mexicana si se le presentara la necesidad de pronunciarse sobre el apego a la Constitución de una "ley de plazos"? Si mantuviera el criterio al que ya se ha hecho referencia, seguramente la declararía inconstitucional, pues en ese caso el legislador no estaría previendo una excusa absolutoria (que la Corte juzgó como correcto desde un punto de vista constitucional), sino permitiendo la interrupción del embarazo sin otros requisitos, siempre que se efectúe dentro de los plazos establecidos por la propia ley, lo cual podría violar el derecho a la vida, que adquiere protección constitucional –según la Corte– desde el momento de la concepción.

En México, las consideraciones constitucionales y los análisis académicos sobre el tema del aborto no pueden desentenderse de una realidad que parece caminar día a día bien lejos de lo que establecen las leyes; con datos de 1995, la mortalidad materna por causa de aborto llegaba a 8% del total de causas registradas, mientras que en 1996 representaba 6.7% del total, lo cual ubica al aborto como la cuarta causa de muerte materna en México. Se calcula que cada año se practican en el país unos 500,000 abortos; 23 de cada 1,000 mujeres en edad reproductiva se someten a abortos inducidos, y nueve de cada 10,000 mueren por complicaciones en la intervención (Barquet y Méndez Alvarado, 2001: 56).

La igualdad en sentido sustancial

En diversos pasajes de su ensayo Ferrajoli hace referencia al principio de igualdad sustancial, reconocido por ejemplo en el artículo 3.2 de

la Constitución italiana que nuestro autor cita en varias ocasiones. Para lograr la igualdad entre hombres y mujeres esta forma de entender el principio de igualdad es muy importante.

El principio de igualdad sustancial suele estar recogido dentro de los textos constitucionales como una variación del principio general de igualdad (que puede denominarse "igualdad formal"). De acuerdo con este tipo de normas los poderes públicos deben remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa;[16] para su aplicación conviene identificar previamente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y de especial protección. Las mujeres, dice Ferrajoli, deberían ser sujetos de las acciones positivas; concretamente, propone la introducción de acciones positivas en materia electoral para hacer frente a las reglas homologadoras que seleccionan positivamente a quienes se adaptan a un modelo normativo dominante, pero que perjudican a quienes no se avienen a sus exigencias. Al respecto nuestro autor escribe: "La diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina" (Ferrajoli, *supra*: 27).

Esta visión podría aplicarse, sostiene Ferrajoli, al campo de actuación de la administración pública, que debería orientar sus tareas a la satisfacción de las "capacidades fundamentales" a las que se refiere Amartya Sen. Bajo tal orientación, sostiene, la administración pública debería dedicarse "más que a la ampliación asistencial de los beneficios, a la creación de instrumentos, espacios, lugares y ámbitos de vida, orientados a la autodeterminación de los sujetos individuales y sociales, concebidos unos y otros no como partes pasivamente destinatarias de la actuación administrativa, sino como sujetos activos, a cuyas capacidades de opción, iniciativa, experimentación, expresión, interacción, socialización y control están dirigidas las instituciones públicas" (Ferrajoli, *supra*: 29).

[16] Sobre las acciones positivas, de entre lo poco que se ha escrito al respecto en México está la voz "Acciones positivas", desarrollada por Karla Pérez Portilla (2003: 2-5).

Antes de analizar el tema de las acciones positivas conviene ofrecer alguna discusión conceptual sobre la igualdad sustancial, que no ha tenido mayor desarrollo teórico en México, pese a la importancia que tiene en otros países.

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley, pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa, por ejemplo, que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos no porque la ley les prohíba ingresar en ellos sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que prohiba que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior con respecto a las personas de raza blanca.

La cuestión interesante para el derecho constitucional es si por medio de normas jurídicas se pueden y se deben revertir esas desigualdades o si el ordenamiento jurídico se debe limitar a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de la previsión de igualdad formal. En el fondo, lo que subyace a esta discusión es un interrogante más amplio sobre el papel del derecho en las sociedades modernas: ¿debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar a esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?, es decir, ¿tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?

Para quienes sostienen la pertinencia de avanzar hacia esquemas de igualdad sustancial o real utilizando para ello las normas jurídicas las preguntas anteriores tienen una respuesta clara: el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el *status quo* y negando con ello el sentido mismo de la igualdad tal como se ha entendido por lo menos desde Aristóteles.

Llegados a este punto la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe

servir no solamente para decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional?, ¿cómo conseguir la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos iguales?, ¿si es verdad que no todos somos iguales, qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualación social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo o la raza de una persona para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son mujeres o tienen la piel de x o y color? Y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado, ¿podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoismo?

Como puede apreciarse no son cuestiones sencillas. Sin embargo, parece que hay al menos dos ideas claras que son difíciles de refutar: la primera es que si defendemos que el ordenamiento jurídico trate por igual a todos es probable que quienes tengan más recursos acaben disfrutando de un trato igual y quienes tengan menos acaben, de hecho, sufriendo profundas discriminaciones. La segunda idea es que, si aceptamos que el mandato de igualdad puede requerir de medidas especiales para corregir desigualdades de hecho, tenemos que crear esquemas que permitan avanzar hacia una mayor igualdad sin destruir las bases mismas de esa igualdad, es decir, sin generar nuevas discriminaciones.[17]

Con el fin de lograr lo anterior se han creado diversos esquemas. En las páginas siguientes vamos a detenernos en una de las propuestas más interesantes para hacer realidad la igualdad sustancial: las acciones positivas.

Las acciones positivas

Aunque, como acabamos de señalar, la discusión sobre la igualdad sustancial es muy intensa, lo cierto es que no son pocos los ordenamientos constitucionales contemporáneos que contienen mandatos

[17] Ferrajoli señala que con la igualdad sustancial se intenta que las personas sean de hecho tan iguales como sea posible, partiendo de la base de que *de hecho* son social y económicamente desiguales (2004: 907).

que obligan a los poderes públicos a tomar medidas positivas y acciones diversas para alcanzar una igualdad de ese tipo.

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad sustancial se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos; unos que se podrían llamar de *primera generación* y otros que tal vez puedan ser calificados como de *segunda generación*. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana.[18] Entre los segundos está el importante y polémico agregado de 1999 al artículo 3 de la Constitución francesa, que ha dado lugar a diversos cambios en la legislación electoral de ese país; el texto en cuestión dispone que: "La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas". Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4 de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3 dentro de las condiciones que establezca la ley.

Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas acciones positivas, una de cuyas manifestaciones concretas son las cuotas electorales de género a las que haremos referencia en uno de los apartados siguientes.

La acción positiva puede definirse como "el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado [...] se caracterizan principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales" (Giménez Gluck, 1999: 62).

Algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualación positiva. Estas medidas se pueden definir como "los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia de trato en la situación

[18] Artículo 9.2 de la Constitución española: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Artículo 3, párrafo segundo, de la Constitución italiana: "Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan" (Giménez Gluck, 1999: 58). Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualación positiva es el de lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa (Giménez Gluck, 1999: 75 y ss). Las primeras buscan favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualación que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, trabajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

Las acciones positivas moderadas están enfocadas a conseguir objetivos (*goals*), mientras que las medidas de discriminación inversa tienen metas menos flexibles, expresadas frecuentemente como porcentajes o cuotas de participación en los bienes sociales que ya se han mencionado.

Al tratar el tema de las acciones positivas Ronald Dworkin formula las dos preguntas más importantes que se deben contestar tanto desde la teoría de la justicia (o desde el ámbito de la filosofía política) como desde la teoría del derecho. Las dos preguntas son: a) ¿las acciones positivas son justas?, y b) ¿las acciones positivas logran sus objetivos (es decir, son eficaces)?[19] Para responder a la primera cuestión debemos aportar elementos axiológicos, que nos permitan argumentar que las acciones tienen encaje en una Constitución que protege los derechos fundamentales de todos de la mejor manera posible. La segunda parte de premisas utilitarias; si las acciones positivas no consiguen su objetivo no serían legítimas, ya que pondrían en peligro o al menos en tensión un bien de rango constitucional (la igualdad for-

[19] A contestar estas dos preguntas se dedican los capítulos 11 y 12 de su libro *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad* (Dworkin, 2003: 419 y ss).

mal) a cambio de nada. Habrá pues que estar en capacidad de responder a las dos interrogantes planteadas por Dworkin si queremos sostener la legitimidad constitucional de las acciones positivas.

Sobre los problemas éticos o axiológicos que presentan las acciones afirmativas conviene recordar un párrafo muy ilustrativo de uno de los más brillantes constitucionalistas de Estados Unidos, que recogía a finales de la década de los años 70 del siglo XX una preocupación muy extendida entre los analistas del tema, en los siguientes términos:

> La "discriminación inversa" en favor de una minoría racial o de otro tipo plantea un difícil problema ético. Si, por una parte, hemos de tener siquiera la oportunidad de curar a nuestra sociedad de la enfermedad del racismo, necesitaremos muchos más miembros de los grupos minoritarios en las profesiones y en los estratos más altos de la sociedad. Y cualquiera que sea el conjunto de razones para ello, no parece probable que esto suceda en el futuro próximo a menos que tomemos su condición de minorías en cuenta y la ponderemos positivamente cuando asignamos las oportunidades. Pero independientemente del nombre que le demos –preferencia, cuota, búsqueda de la diversidad– ponderar afirmativamente a los negros, por ejemplo, significa necesariamente que se negará a otros las oportunidades en cuestión por no ser negros de nacimiento. Confieso, por consiguiente, que tengo problemas para comprender el lugar de la indignación moral en cualquiera de los dos lados de este desgarrador dilema moral (Hart Ely, 1997: 204-205).

Al estudiar la legitimidad de las acciones positivas en el derecho constitucional de los Estados Unidos, Dworkin nos ofrece también una interesante reflexión sobre los alcances que le podemos dar a la cláusula de igual protección (o de igual trato) prevista en la enmienda decimocuarta de la Constitución de 1787 o en el artículo 1° de la Constitución mexicana de 1917. Así por ejemplo, este autor afirma que:

> La cláusula de la igual protección no resulta violada cuando algún grupo ha sido derrotado en una decisión importante de acuerdo a los méritos de su posición o a través de la política, sino cuando la derrota es un efecto de su especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su consecuente situación disminuida –su ciudadanía de segunda clase– en la comunidad política. La cláusula mencionada no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; sólo le garantiza que va a ser tratado como un igual –con igualdad de consideración y respeto– en el proceso político y las deliberaciones que producen dichas consecuencias (Dworkin, 2003: 451).

Es decir, según Dworkin debemos atender no solamente a las consecuencias de una ley o de una política pública sobre el igual trato, sino también a las intenciones de quienes las emitieron. Pero intentando ser objetivos, los tribunales deben atender más bien a los resultados que a las intenciones, que en el funcionamiento pluralista de los Estados modernos no son siempre fáciles de ser apreciadas.

En Estados Unidos los tribunales han procedido de la siguiente manera al enjuiciar si una ley o una política pública podrían vulnerar la cláusula de la enmienda décimocuarta:

> Dichos órganos someten todas las decisiones políticas cuestionadas en el terreno de la protección equitativa a una clasificación inicial. Si una decisión conlleva desventajas para lo que la Corte Suprema ha denominado una "clase sospechosa" –una clase, de acuerdo con una famosa definición, que "lleva una carga de discapacidades, o está sujeta a una historia de tratamiento desigual intencional o es relegada a una posición de debilidad política como para merecer una protección extraordinaria por parte del proceso político mayoritario"–, la decisión debe ser entonces sometida a un "escrutinio estricto". Esto implica que debe ser rechazada por violar la cláusula de la igual protección a menos que pueda demostrarse que las desventajas mencionadas resultan esenciales para proteger algún interés gubernamental "concluyente".[20] Pero si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase "sospechosa" –si sólo son miembros de un negocio o una profesión particular determinada o residentes de un área particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio–, entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio "relajado": es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin (Dworkin, 2003: 453).

Normalmente, el *escrutinio estricto* es fatal, porque ninguna medida legislativa o administrativa es capaz de superarlo, mientras que el *relajado* no es en verdad un escrutinio, ya que a cualquier medida se le puede encontrar una finalidad que la justifique, por nimia que sea (Dworkin, 2003: 453).

¿Pueden los jueces aplicar el razonamiento de los niveles de escrutinio a las acciones positivas? Y, en caso afirmativo, ¿de qué manera deben hacerlo? Dworkin rechaza que los niveles de escruti-

[20] Los traductores del libro de Dworkin eligieron el término "interés concluyente" para traducir la expresión en inglés "*compeling interest*"; quizá no se trate de la mejor traducción.

nio sean una buena técnica para el enjuiciamiento constitucional de las acciones positivas (2003: 454), si bien reconoce que en la práctica han sido aplicados por la Corte Suprema, aunque introduciendo algunos matices. Así, por ejemplo, ésta ha resuelto algunos casos considerando que las acciones afirmativas podían ser sometidas a un "escrutinio intermedio", según el cual debía justificarse que una medida de discriminación inversa servía a un "interés importante", pero no a un "interés concluyente" (Dworkin, 2003: 455). ¿Cuál podría ser un ejemplo de "interés importante"?

El autor dirige la mayor parte de su exposición a justificar las medidas de acción positiva utilizadas para el ingreso de estudiantes de raza negra en las universidades.[21] Para nuestro autor, el interés importante que justificaría esas medidas estaría, en primer lugar, en la diversidad estudiantil que debe existir en los *campus* universitarios, de modo que los estudiantes tengan como compañeros a personas que reflejen de alguna manera el pluralismo de la sociedad estadounidense,[22] pero también existiría ese interés importante en un sentido más institucional: se trataría de corregir la ausencia de personas de raza negra en posiciones importantes dentro del gobierno, la política, los negocios y las profesiones, corrección que solamente se puede realizar si esas personas ingresan en las universidades. La existencia de ese interés vendría acreditada por una cuestión de hecho:

> Uno de los problemas más graves de la sociedad norteamericana –dice Dworkin– es la estratificación racial *de facto,* que ha excluido de forma considerable a los negros y a los miembros de otras minorías de los puestos más altos del poder, la riqueza y el prestigio; la discriminación racial del pasado, así como el círculo vicioso que priva a los niños negros de contar con líderes de éxito de dicha raza como referentes para imitar, han contribuido sustancialmente a esa estratificación (Dworkin, 2003: 467).

El debate estadounidense sobre el tema se desarrolló en los términos que, de forma muy resumida, acabamos de plantear,[23] pero la

[21] Este es un tema que ha interesado a Dworkin desde hace muchos años y al que dedicó uno de los capítulos de su libro *Los derechos en serio* (1984: 327 y ss).

[22] Dworkin apunta: "Las universidades norteamericanas se han propuesto conseguir que las clases sean diversas en varias formas. Esas instituciones han supuesto, de modo plausible, que los estudiantes estarán mejor equipados para la vida comercial y profesional, así como mejor preparados para actuar como buenos ciudadanos en una democracia pluralista, si han trabajado e interactuado con compañeros de diferente contexto geográfico, clase económica, religión, cultura y, sobre todo ahora, raza" (2003: 441).

justificación de las acciones positivas en otros contextos constitucionales puede darse por vías distintas. Por ejemplo, en nuestro sistema jurídico debemos considerar cuestiones más generales. Siguiendo la exposición de Pérez Portilla (2003: 4) y Giménez Gluck (1999: 37), las acciones positivas deben reunir los tres siguientes requisitos para poder ser aceptadas dentro de un Estado constitucional como el mexicano:[24]

A) Deben ser temporales, es decir, se mantienen en vigor mientras subsista la situación de discriminación que las originó. Una vez superada esa situación de inferioridad, infravaloración o, en general, de sujeción, las acciones pierden su sentido y su legitimidad constitucional.
B) Los rasgos que las originan deben ser transparentes e inmodificables (es decir, no deben depender, o al menos no en todos los casos, de la voluntad de las personas de que se trata).
C) La finalidad debe ser proporcional; el juicio de proporcionalidad es uno de los más arduos de realizar por los órganos de la jurisdicción constitucional y uno de los que permiten dictar sentencias más "decisionistas" a los jueces.[25] ¿Cuándo una medida de discriminación inversa es proporcional?, ¿en qué momento deja de serlo y se convierte en una pura y simple discriminación, violando de esa forma el texto constitucional? De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, que adopta su criterio con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales de España y Alemania: "El concepto de proporciona-

[23] No se trata, sin embargo, de una cuestión que en los Estados Unidos esté cerrada. La Suprema Corte de ese país tiene pendientes algunos pronunciamientos cruciales para el futuro de las acciones positivas.

[24] Véase también la exposición de Kemelmajer, quien señala que para considerar legítima constitucionalmente una medida de discriminación inversa se debe probar: a) la existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidades; b) la motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar; c) la proporcionalidad de la medida, acreditando que es el medio menos agresivo para lograr el fin perseguido; d) la transitoriedad y reversibilidad de la medida, y e) la incidencia en las causas de la discriminación original y no solamente en el resultado (Kemelmajer de Carlucci, 2003: 257-260).

[25] Sobre el principio de proporcionalidad el mejor texto que se ha publicado en español es, hasta donde tengo información, el de Carlos Bernal Pulido (2003).

> lidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de estos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes".[26]

La utilización de las medidas de discriminación inversa (las cuotas, por ejemplo) debe ser subsidiaria con respecto a otros mecanismos que también tienden a lograr la igualdad real; es decir, deben ser utilizadas como un último recurso y siempre que no sea posible lograr el mismo efecto por medio de otras medidas menos extremas (Rey Martínez, 1995: 86). Al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una norma o una medida que incorpore acciones positivas, este aspecto puede verificarse mediante el "juicio de indispensabilidad" (Bernal Pulido, 2002: 67).

Por lo que hace a la utilidad de las acciones positivas, es decir, a la segunda de las preguntas planteadas por Dworkin, la evidencia de los resultados solamente se puede recabar en aquellos países que llevan un periodo de tiempo más o menos largo aplicándolas.

El autor demuestra la utilidad de las acciones positivas con base en un estudio realizado por William G. Bowen y Derek Bok –quienes fueron rectores de Princeton y Harvard– en el que se analiza una enorme base de datos en la que se da seguimiento a estudiantes estadounidenses en la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese estudio, Dworkin va deshaciendo las principales objeciones que se suelen esgrimir en contra de las cuotas en favor de los estudiantes negros en las universidades. Uno de esos prejuicios consiste en sostener que el sistema de cuotas permite la admisión de pésimos estudiantes; los resultados demuestran lo contrario, ya que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas en 1989 presentan mejores resultados que el total de estudiantes admitidos en 1951, además de que los estudiantes admitidos por el sistema de cuotas que han llegado a graduarse han tenido un éxito profesional bastante apreciable y, en todo caso, semejante al de los graduados de raza blanca (Dworkin, 2003: 426-427).

[26] Sentencia C-022 de 1996.

Otro prejuicio frecuente consiste en pensar que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas "desperdician" la oportunidad que se les ofrece y que estarían mejor en instituciones menos exigentes. Las evidencias empíricas que suministra el estudio de Bowen y Bok parecen sugerir lo contrario: la mayoría de estudiantes negros dijeron sentirse muy satisfechos con su experiencia universitaria (Dworkin, 2003: 430).

Otros prejuicios sostienen que las cuotas crean hostilidad en los *campus* universitarios, pues instalan en ellos a personas que no tienen los méritos suficientes con independencia de su raza o bien que con las cuotas se insulta a las personas de raza negra al suponer que necesitan una ayuda para poder acceder en igualdad de condiciones con los blancos a las universidades. Uno a uno, el estudio de Bowen y Bok hace caer esos mitos.

Los datos permiten concluir a Dworkin que el sistema universitario de cuotas ha sido un éxito en Estados Unidos y que no habría razón para abandonarlo; es más, se calcula que si los programas universitarios de cuotas para personas de raza negra se abandonaran, el número de estudiantes negros en las aulas de las universidades más prestigiosas y exigentes bajaría entre 50 y 75% (Dworkin, 2003: 436). Para el autor, "De acuerdo con la que constituye la mejor evidencia disponible, por tanto, la discriminación positiva no resulta contraproducente. Por el contrario, parece tener un éxito extraordinario. Tampoco es injusta, ya que no viola ningún derecho individual ni compromete ningún principio moral" (Dworkin, 2003: 446).

Antes de terminar estos apuntes en torno al tema de la igualdad sustancial y a las acciones afirmativas conviene mencionar que, como consecuencia de su discutible encaje en el constitucionalismo moderno y de no pocos prejuicios y malos entendidos, existen en algunas constituciones prohibiciones expresas para tales acciones. Jon Elster advierte que la inclusión de esas prohibiciones estuvo fundada en profundos prejuicios de las mayorías constituyentes hacia las minorías étnicas que habitan en Bulgaria, Rumania y Eslovaquia. El autor explica esta problemática en un párrafo que vale la pena transcribir:

> Todas las constituciones de la región [se refiere Elster a Europa Central y Oriental] incluyen cláusulas que prohíben la discriminación (negativa) por motivos de raza, nacionalidad, origen étnico, sexo, religión y muchos otros motivos similares. Pero tres de ellas –las de Bulgaria, Rumania y Eslovaquia– contienen también prohibiciones explícitas respecto de la

> discriminación inversa o positiva, es decir, la acción afirmativa. En el documento rumano la prohibición sólo abarca la discriminación inversa por motivos étnicos. Bulgaria y Eslovaquia trataron al menos de satisfacer la restricción de imperfección al extender el impedimento de la discriminación positiva a *todos* los criterios que se enumeran en las prohibiciones sobre discriminación negativa. Y, sin embargo, también en estos países las cláusulas se deben a los prejuicios de una mayoría étnica en la asamblea constituyente contra varias minorías. Los sesgos contra las minorías étnicas hubieran sido aún más fuertes si en los procesos de elaboración no hubiesen intervenido delegados del Consejo de Europa. El primer borrador de la Constitución rumana, por ejemplo, contenía una prohibición aparentemente imparcial de los partidos de base étnica que estaba directamente dirigida contra la numerosa minoría húngara (Elster, 2000: 136).

Cabe precisar que en el texto de la Constitución mexicana no existe una cláusula de igualdad material como las que se han referido.[27] Por eso conviene –tal como se ha hecho en las páginas anteriores– tener presentes los argumentos necesarios para justificar la existencia de acciones positivas en aquellos ordenamientos jurídicos cuyas constituciones no contienen ese tipo de cláusulas. Por otro lado, criterios muy parecidos se aplican a aquellos países que sí cuentan con esas disposiciones, ya que las acciones positivas normalmente son cuestionadas ante los respectivos tribunales constitucionales para el efecto de que se determine si son o no razonables y si tienen, en consecuencia, cobertura constitucional o bien si violan el principio de no discriminación.

Hay que mencionar que, aunque no es una regla seguida de forma unánime por todas las jurisdicciones constitucionales, en el caso de Estados Unidos su Suprema Corte ha admitido en muchas de sus sentencias la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, a pesar de que en su texto constitucional no aparece ninguna cláusula de igualdad material (Giménez Gluck, 1999: 47). El estu-

[27] Aunque hay que añadir que algunos pronunciamientos jurisprudenciales sí hacen uso del concepto de igualdad sustancial o real; por ejemplo, en una tesis en la que se analiza el principio de equidad tributaria la Corte sostiene lo siguiente: "[...] el principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, *sin perjuicio del deber de los poderes públicos de procurar la igualdad real*, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica". Véase el "Apéndice" al *Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, tomo I, Tesis 198: 240-241 (cursivas añadidas).

dio detenido de la jurisprudencia de ese país sobre el tema excede con creces el propósito de este ensayo; de todas formas, recomiendo que el lector que quiera profundizar en la cuestión tome en cuenta la jurisprudencia estadounidense, que es muy iluminadora en este como en tantos otros aspectos.[28]

De distinta manera han sido recibidas las acciones positivas en Francia y en Italia. En ambos casos el Consejo Constitucional y la *Corte Costituzionale* han declarado la inconstitucionalidad de leyes que establecían cuotas electorales en favor de las mujeres (lo cual ha llevado, en el caso de Francia, a introducir una reforma constitucional para permitir las "políticas de paridad" en materia electoral).

También en el ámbito de la Comunidad Europea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones sobre las acciones positivas, que han generado intensos debates sobre el sentido de esas acciones y sobre sus posibilidades de generar consecuencias deseables en el plano del principio de igualdad.[29] Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia europea pudiera haberse mostrado vacilante en algunos casos, a partir de la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales la pertinencia de las cuotas electorales parece admitida; en efecto, el artículo 23 de la Carta dispone que: "La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado".

A partir de ese precepto se puede sostener que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas de acción positiva, destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, incluyendo aquellas que tienen que ver con la representación política.

Como se puede ver, los debates en torno a las acciones positivas han estado presentes en muchos contextos del constitucionalismo contemporáneo. Prácticamente en ningún país se han podido introducir sin que hayan sido llevadas ante la correspondiente jurisdicción constitucional. Los tribunales han realizado una gran tarea

[28] Para un primer acercamiento a los casos más emblemáticos, véase Kemelmajer (2003: 261 y ss).

[29] Las etapas centrales de la jurisprudencia europea sobre las acciones positivas han estado marcadas por las decisiones Kalanke y Marshall; sobre el tema véanse María Ángeles Martín Vida, (2002: 71 y ss) y María Elósegui Itxaso (2003: 119 y ss).

interpretativa y también, hay que decirlo, creadora en esta materia. En una parte de los casos han asumido actitudes progresistas y han construido argumentaciones jurídicas que, apoyándose de forma más o menos explícita en el marco constitucional, han permitido sostener la legitimidad de las acciones positivas, aunque no sin serios reparos por algunos de sus miembros o por sectores importantes de la academia.

La propuesta que hace Ferrajoli en su ensayo es para incluir, entre otras, acciones positivas en materia electoral; según nuestro autor, "puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos o, mejor aún, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares" (Ferrajoli, *supra*: 27).

En México ya se ha dado el primer paso en este sentido al prever un sistema de cuotas por razón de género en la legislación electoral federal y en las de algunas entidades federativas (Zacatecas y Sonora entre ellas, que cuentan incluso con previsiones de rango constitucional al respecto). En este sentido puede decirse que el legislador mexicano está comenzando a dar los primeros pasos para poder tener un sistema completo de cuotas que incentiven y garanticen la participación de la mujer en distintos ámbitos de toma de decisión. A pesar de su importancia, el ámbito electoral no debe ser el único en el que se apliquen las cuotas. Como lo señala Ferrajoli, éstas pueden servir para garantizar la presencia de las mujeres en funciones directivas (por ejemplo, debería haber una cuota de género para los comités de dirección y consejos de administración de todas las empresas públicas o que tengan participación estatal mayoritaria) y administrativas (sistema de cuotas para el ingreso en la administración y para las funciones más relevantes o de mayor responsabilidad, tanto individuales como las que se realizan a través de órganos colegiados).

Bibliografía

Albert López-Ibor, Rocío
2002 *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Minerva Ediciones, Madrid.

Ballester, María Amparo
1994 *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Barquet, Mercedes y María de Jesús Méndez Alvarado
2001 "Algunas vertientes de la institucionalización de las políticas de género en México", *Diálogo y debate de cultura política*, núms. 15-16, enero-junio, México DF.

Bernal Pulido, Carlos
2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
2002 "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en varios autores, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF.

Bilbao Ubillos, Juan María
1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Carbonell, José
2003 "Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente", mimeo, Barcelona.

Carbonell, Miguel, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.).
2003 *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, segunda edición, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF.

De Lucas, Javier
2001 "Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos", en varios autores, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, "Siglo XVIII", vol. II, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid.

Dworkin, Ronald
2003 *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona.
1984 *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.

Elósegui Itxaso, María
2003 *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Elster, Jon
2000 "La deliberación y los procesos de creación constitucional", en Jon Elster (comp.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

Ferrajoli, Luigi
2004 "Prólogo", en Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.
1999 "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

Giménez Glück, David
1999 *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Habermas, Jürgen
1999 "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho", en su libro *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona.

Hart Ely, John
1997 *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.

Kemelmajer de Carlucci, Aída
2003 "Las acciones positivas", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México DF.

Martín Vida, María Ángeles
2002 *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid.

Navarro, Vicenç
2000 *Globalización económica, poder político y Estado de bienestar*, Editorial Ariel, Barcelona.

O'brien, David M.
2000 *Constitutional Law and Politics*, vol. 2, "Civil Rights and Civil Liberties", cuarta edición, Norton and Company, Nueva York.

Ordóñez, Jorge
2002 "El reconocimiento constitucional del derecho a la vida. Un caso paradigmático en la Suprema Corte de Justicia en México", en Miguel Carbonell (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)
2002 *Perspectivas del empleo 2002*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

Organización de las Naciones Unidas (ONU)
2002 *Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, Mundi-Prensa, Madrid.
2001 *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York.

Pérez Portilla, Karla
2003 "Acciones positivas", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México DF.

Pérez Royo, Javier
2001 "Derecho a la vida", en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid.

PITCH, TAMAR
2004 *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO
1995 *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid.

SEN, AMARTYA K.
2000 *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona.

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
2001 *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-United States Agency for International Development (USAID).

Sobre los autores

Luigi Ferrajoli
Profesor de teoría general del derecho en la Universidad de Roma III. Autor de, entre otros, los siguientes libros: *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1999), *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (2004), *Epistemología jurídica y garantismo* (2004) y *Razones jurídicas del pacifismo* (2004).

Miguel Carbonell
Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador nivel III del Sistema Nacional de Investigadores. Coeditor, con Pedro Salazar, de la obra *Garantismo. Reflexiones sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (2005) y cotraductor del libro: Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001).

Igualdad y diferencia de género
colección "Miradas", número 2, editado por la
Dirección General Adjunta de Vinculación,
Programas Educativos y Divulgación, del Consejo Nacional
para Prevenir la Discriminación (Conapred)
se terminó de imprimir en junio de 2008
en Impresora y Encuadernadora Progreso sa de cv,
tirándose 3,000 ejemplares más sobrantes para reposición.

CONAPRED
Por una nueva cultura de la igualdad
www.conapred.org.mx
Para denuncias por motivos de discriminación:
Dirección General Adjunta de Quejas y Reclamaciones
Dante 14, col. Anzures, del. Miguel Hidalgo
México DF, CP 11590

Atención al público: 9:00 o 14:30 hrs. y 16:00 o 18:30 hrs.
Quejas y reclamaciones: 01 800 5430 033 / 5203 3355
Correo electrónico: quejasyr@conapred.org.mx