



El dilema de la igualdad

Liliana M. Ronconi.

3

Cuadernos de Derechos Humanos

EL DILEMA DE LA IGUALDAD

EL DILEMA DE LA IGUALDAD

Liliana M. Ronconi

**Cuadernos de derechos humanos
Número 3**



© El dilema de la igualdad

© Liliana M. Ronconi, 2020

© Cuadernos de derechos humanos. Número 3



Usted es libre *para: compartir - copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato. El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.*

Producción editorial:

Ediciones de EPIKEIA Observatorio Universitario de Derechos Humanos y Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes.

Av. Alberto Carnevali. Núcleo Universitario Pedro Rincón Gutiérrez. Entrada Facultad de Arquitectura y Diseño. Mérida estado Mérida. Venezuela.

Correo electrónico: odhula@gmail.com | **Página web:** www.uladdhh.org.ve

Teléfonos: 0274 4160513

Edición: Mayda Hočevár / Nelson Rivas

Revisión y estilo: Margarita Belandria

Diagramación: Carlos Mora

Diseño de cubierta: Gabriel Toro

Hecho el depósito de ley

Depósito legal: ME2020000065

ISBN: 978-980-18-1061-2

Versión digital, hecha en Mérida, Venezuela.

Índice

Presentación.....	11
Introducción.....	13
1. La igualdad jurídica. Igualdad como no discriminación.....	15
1.1. Categorías sospechosas.....	16
1.2. Críticas a la concepción de Igualdad como no discriminación.....	17
1.2.1. Desigualdad individual vs. desigualdad estructural o sistemática.....	18
1.2.2. Desigualdad de iure vs. desigualdad de facto.....	19
1.2.3. Discriminación directa vs. discriminación indirecta.....	19
1.2.4. Intención de discriminar vs. efecto logrado.....	20
1.2.5. Discriminación simple vs. discriminación múltiple (intersectorial o interseccional).....	21
2. La igualdad real: igualdad como no sometimiento o no dominación.....	22
2.1. Vigencia de la concepción de igualdad como no sometimiento.....	23
2.2. ¿Cómo lograr la igualdad de oportunidades? Las acciones afirmativas.....	26
a. Acciones reparadoras.....	26
b. La insuficiencia de las acciones positivas reparadoras y las accionestransformadoras.....	27
3. A modo de cierre.....	28
Bibliografía.....	31

Presentación

Este *Cuaderno* contiene un trabajo de Liliana M. Ronconi, titulado *El dilema de la igualdad*. La autora es doctora en derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), profesora en la Facultad de Derecho (UBA) y en la Universidad de Palermo. Es becaria postdoctoral de Conicet, y autora del libro *Derecho a la educación e Igualdad como no sometimiento*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

Los *Cuadernos de derechos humanos* del Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes han sido concebidos con un propósito exclusivamente didáctico, a fin de que sus contenidos resulten accesibles a las personas no versadas en esta materia y especialmente a los alumnos del Diplomado de DDHH de la ULA, como una manera de introducirlos pedagógicamente en los inicios de esta temática de tanta importancia en el mundo social y jurídico actual, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

Hemos hecho lo posible por incluir una amplia variedad de temas, que son tratados desde distintas perspectivas. Entre esta variada temática se presentan los derechos humanos de las mujeres, el problema de la corrupción, el medio ambiente como derecho humano, jurisprudencia sobre violencia de género, derechos humanos y democracia, entre otros.

Asimismo, hemos seleccionado autores de distintos países y universidades, de manera de contar con pluralidad de criterios y enfoques sobre las distintas temáticas englobadas dentro del amplio marco de los derechos humanos.

Finalmente, esperamos que estos textos sean de utilidad para quienes se interesen por el conocimiento de los derechos humanos y les permita adquirir herramientas y un marco conceptual que los instruya y oriente en la ampliación y profundización de estos estudios.

EL DILEMA DE LA IGUALDAD

Introducción

La igualdad debe ser la base para pensarnos como una comunidad democrática. Es central para poder aspirar a ese objetivo que antes que la libertad, tengamos asegurada nuestra igualdad. No es posible pensar en que somos libres si primero no somos iguales. Así, el principio de que todas las personas por ser humanos somos iguales es políticamente dominante. Sin embargo, cuando es necesario aplicar dicho principio a casos particulares, el consenso sobre el alcance e implicancias del mismo empieza a debilitarse¹.

En general, nadie cuestiona que un niño o una niña de 12 años no pueda obtener su registro de conducir, sin embargo, veríamos con más recelo que las personas que miden más de 1, 70 metros no puedan hacerlo. Lo que se encuentra en juego en estos ejemplos es entonces el concepto de igualdad: un niño o una niña de 12 años podría decir “¿por qué mi hermana de 18 años puede obtener su licencia de conducir y yo que también sé manejar no puedo gestionarla?”. La persona que mide 1, 75 metros, se plantea: “¿Por qué yo, habiendo cursado en forma satisfactoria el curso de manejo, no puedo obtener mi licencia por mi estatura, cuando mi vecina nunca hizo un curso de manejo y la obtuvo sin ningún problema?” Podrían

¹Singer, P. (1995). *Ética Práctica* (2da. Edición Castellano ed.). Cambridge: Cambridge University Press; Nino, C. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional* (3º reimpresión ed.). Buenos Aires: Astrea.

darse ejemplos similares respecto de mujeres, personas con discapacidad y otros grupos². Entonces *¿de qué hablamos cuando hablamos de igualdad?*

Lo primero que debemos tener presente es que cuando hablamos de igualdad estamos siempre haciendo una comparación. Esto es, se es igual con respecto a algo o a alguien (sujetos o grupos)³. La igualdad es entonces un *juicio comparativo* entre dos pares. Para comenzar a evaluar, entonces, si una distinción implica una discriminación (proceso que podríamos llamar “*juicio de igualdad*”) debemos tener en claro: **a)** fin de la norma (o acto) que establece la distinción; **b)** criterio de distinción (edad, nacionalidad, sexo, condición social, o cualquier otro); **c)** cómo quedan compuestos los grupos (menores y mayores de edad, de x nacionalidad y de xx nacionalidad, mujeres y varones....solo para poner algunos ejemplos); **d)** derecho (s) que se concede(n) a un grupo y se niega (n) al otro.

En este trabajo me dedicaré a trabajar las “distintas” concepciones de igualdad que surgen, en general, de la normativa constitucional y convencional. Esto me permitirá caracterizar dos concepciones de igualdad. Una, **la igualdad jurídica**, más cercana al pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que es predominante en la discusión y aplicación del principio de igualdad⁴ pero que, sin embargo, se torna insuficiente ante situaciones estructurales de

²Una buena forma de poder entender esta cuestión es a través de lecturas específicas o quizá mediante alguna película. Me inclino, por el momento, por la segunda opción y si tuvieron la oportunidad de ver *El Mayordomo* (“The Butler”, 2013, Dir. Lee Daniels) será de utilidad para pensar este problema -y si no la tuvieron les recomiendo que lo hagan. Esta película nos permite tener una visión cabal y actual de lo que implicaba ser una persona de color en la década del '60 en los EE.UU. Es bien interesante cómo fueron surgiendo los cambios desde que las personas de color eran esclavas hasta que llegaron a elegir un presidente en los EE.UU. En el mismo, sentido puede ser visto el film *La voz de la Igualdad* (“On the basis of sex”, 2019, Dir. Mimi Leder) respecto de la situación de las mujeres.

³Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdes, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

⁴Saba, Roberto (2016) *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires; Clérico, Ma. Laura; Ronconi, Liliana; Martín Aldao. (2013). *Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento*. *Direito GV Law Review*(17), 115-170.

discriminación. La otra concepción de igualdad, **igualdad real**, más cercana a los reclamos estructurales, está surgiendo en forma incipiente, considerando las situaciones de subordinación en que se encuentran ciertos grupos y la necesidad de realizar acciones a fin de erradicar la situación de sometimiento. Esta concepción de igualdad requiere no solo tomar en cuenta lo que sucede en el Derecho sino que exige analizar la situación de hecho en la que se encuentran ciertos grupos. Además, es necesario repensar la forma en que pueden paliarse estas situaciones de desigualdad. En este sentido, abordaré las implicancias de las acciones positivas reparadoras y transformadoras desde la redistribución, el reconocimiento y la paridad participativa⁵. Por último, estableceré algunas conclusiones.

1. La igualdad jurídica. Igualdad como no discriminación

En los ejemplos que presenté al comienzo del apartado anterior (edad y altura para obtener el registro de conducir), pareciera que detrás del juicio de igualdad lo que se encuentra es un juicio de razonabilidad. Me refiero a un juicio que se pregunta por las razones de los argumentos que explican que en un caso una distinción estaría permitida y en otro no. Si tomamos el caso de la licencia de conducir, podemos afirmar con seguridad que nadie cuestionaría que los/as menores de 12 años no puedan obtener su licencia de conducir, pero no sucedería lo mismo en el segundo caso en donde la razón es la altura de una persona.

Para esta concepción de igualdad, igualdad como no discriminación, el trato igualitario implica que no deben realizarse distinciones arbitrarias o irrazonables, esto es, que no estén justificadas por el fin de la norma. Es decir, las distinciones no están prohibidas (de hecho, todo el tiempo se usan clasificaciones en las

⁵Fraser, N. (2010). *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press.

normas- y en los hechos-) sino que lo que se busca es evaluar la razonabilidad de esas distinciones⁶.

En los ejemplos analizados, lo importante es que las personas sepan manejar cumpliendo determinadas pautas de conocimiento (respetando semáforos, sendas peatonales, etc.) y de responsabilidad (tener más de cierta edad, poder manejar el auto con la destreza requerida, etc.). Por eso, todos estaríamos de acuerdo que en términos generales una persona de 12 años no se encuentra apta aún para obtener su licencia de conducir (pese a que quizá pueda manejar un automóvil). Por eso también, todos estaríamos en desacuerdo con que a una persona por su condición física (altura) se le niegue su licencia, cuando cumple con las demás pautas que hacen al fin de la norma, esto es, que solo las personas que sepan manejar obtengan su licencia. Así, vemos que es posible considerar que existe un trato desigualitario injustificado cuando la distinción no es razonable vista desde el fin buscado por la norma. Pero, ¿es posible identificar estas circunstancias —vínculo distinción/fin de la norma— tan claramente? En principio, existen criterios determinados. Veamos.

1.1. Categorías sospechosas

Estas son categorías o clases que implican distinciones que a priori son inconstitucionales/ inconventionales por ser discriminatorias. Forman parte de dichas categorías, entre otras, las distinciones basadas en el sexo, la nacionalidad, la raza, cualquier otra condición social⁷. Cuando en una norma se verifica la existencia de una

⁶Esta fue la postura adoptada por la Corte IDH en la *Opinión Consultiva -18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* (17 de septiembre de 2003).

Sobre las distintas formas de razonabilidad/ proporcionalidad aplicadas al juicio de igualdad v. Ronconi, L. (2018). “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”. *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (49), 103-140. <https://doi.org/10.5347/49.2018.25>

⁷Ver, por ejemplo, las enumeradas en el art. 1 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sobre la forma en que deben interpretarse las categorías sospechosas, v. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile* (24 de Febrero de 2012) donde se sostiene que la orientación sexual entra dentro de “cualquier otra condición social” por eso se trata de una categoría “prohibida” para hacer distinciones.

distinción fundada en una categoría sospechosa, su análisis de validez debe ser muy estricto y deberá ser el Estado (o quien realice la distinción) quien justifique la imperiosa necesidad de dicha diferenciación. Esto se llama inversión de carga justificatoria, lo cual implica que es el Estado quien debe demostrar por qué esa distinción está justificada y el argumento brindado debe ser un argumento de peso fuerte, es decir un interés estatal imperioso. En caso de que el Estado no logre demostrar la existencia de ese interés estatal imperioso, la norma no es válida.⁸

1.2. Críticas a la concepción de igualdad como no discriminación

Este concepto de igualdad ha recibido algunas críticas. Básicamente, esta concepción presenta algunos problemas cuando entran en escena las circunstancias de hecho en las que se encuentran ciertas personas o grupos.⁹

⁸Para ampliar sobre este punto v. Saba, R. ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas? Op. Cit. cap. 2, Siegel, R. (1997). Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action. *Stanford Law Review*, 49, 1111-1148.

⁹El siguiente ejemplo, me permitirá aclarar este punto. Pensemos en una orquesta que se empieza a conformar y cuya directora quiere evitar tomar decisiones que pudieran estar basadas en determinadas preferencias que pudiera tener al momento de seleccionar a los/as integrantes. Imaginemos que esta directora quiere tener la posibilidad de que la orquesta sea integrada por la mayor cantidad diversa de personas. Pretende que su juicio no sea afectado por el género de los/as músicos/as, por su vestimenta, su aspecto exterior o cualquier otra circunstancia que no sea cómo ejecutan el instrumento que les corresponde. Es por ello que decide tomar las audiciones con una mampara que impida ver quién es el que está ejecutando el instrumento. También previó colocar alfombras para evitar que el sonido de los pasos del músico le dé una pista sobre si es un hombre o una mujer. Las pruebas se llevan adelante y la directora pudo elegir a sus músicos de acuerdo a un criterio, según su punto de vista, igualitario. Todos tienen la misma posibilidad de ingresar en la orquesta y no hay ninguna forma de poder discriminar a alguien. Esta idea de la directora parece algo interesante y digno de ser imitado, sin embargo....Obtenidos los resultados de la selección, quienes fueron elegidos respondieron a un mismo patrón: hombres, de clase media o alta, con determinados rasgos físicos (ej. de piel blanca), entre otras cuestiones. El resto de las orquestas del país está compuesta por casi por el mismo patrón de integrantes. Pero ¿qué pasó? ¿No era esto lo que la directora quería evitar? Como vemos, en el caso no existe ninguna discriminación en el derecho, sin embargo, existen ciertos grupos que no pueden formar parte de la orquesta: mujeres, personas pertenecientes a pueblos originarios, afros, etc. ¿Por qué? ¿Es esto un problema de igualdad? El ejemplo fue propuesto por Saba, R. (2012). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2a. Edición ampliada ed., págs. 137-172). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

El grave defecto que presenta la concepción de igualdad como no discriminación es que garantiza un trato (que parece) neutral que “favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales”¹⁰. Sin embargo, ese trato neutral dispuesto en la norma permite que la misma tenga un impacto negativo sobre ciertos grupos. Son casos en donde quizá no existe en la legislatura el ánimo de discriminar, pero sin embargo las condiciones estructurales lo permiten. En caso de que desde el Derecho no se tomen en cuenta esas circunstancias de hecho, el mismo orden jurídico se convierte en un instrumento de opresión que refuerza las desigualdades. El establecimiento de criterios neutrales para definir la concepción de igualdad tiene efectos muy graves sobre ciertos grupos, ya que opacan las estructuras en las que se fundamenta la desigualdad.

Así, las insuficiencias que presenta la concepción de igualdad como no discriminación, surgen claramente si se las somete a un ejercicio de oposiciones, a saber:

1.2.1. Desigualdad individual vs. desigualdad estructural o sistemática

La concepción de igualdad como no discriminación toma en cuenta solo la cuestión que afecta al individuo que queda excluido de la norma cuestionada, sin embargo, no se pregunta por la situación en la que se encuentra ese individuo o el grupo al cual pertenece. No toma en cuenta los datos concretos o circunstancias de hecho antes de la distinción. Supone un status quo de hecho igualitario. No indaga sobre la exclusión sistemática que padecen ciertos grupos por falta de acceso a diferentes bienes (como acceso real a los canales de participación y representación política, derechos sociales, condiciones de vida digna). Obviamente esta exclusión puede tener efectos individuales pero se relaciona con una situación que afecta no

¹⁰Mackinnon, C. A. (2005). “Integrando el feminismo en la educación jurídica” en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 3(6), p. 168. En este sentido, puede leerse la sentencia del caso “Ostrava”. D.H. y otros c. República Checa, 57325/00 (TEDH 13 de Noviembre de 2007).

solo a un sujeto determinado sino a todo el grupo al cual ese sujeto pertenece. La exclusión existe por la pertenencia del sujeto a algún grupo social determinado o por encontrarse la población o el colectivo empantanado en una situación de disparidad desventajosa de la que no pueden salir individualmente por sus propios medios. La discriminación se funda en los estereotipos, en la desigualdad de poder, que giran en torno a un grupo.

En este sentido, es necesario reconocer las estructuras sociales de opresión, subordinación y dominación y examinar los factores relacionados a la situación de desventaja del grupo. La situación de desventaja está influida por el entorno social en el que se produce.

1.2.2. Desigualdad de iure vs. desigualdad de facto

La concepción de igualdad de iure toma en cuenta la situación de discriminación que existe en una norma. Sin embargo, la misma se torna insuficiente cuando nos acercamos a estudiar la situación de ciertos grupos que, si bien no han sido excluidos del goce de un derecho por alguna norma, no pueden gozar en forma efectiva de ciertos derechos por la situación estructural de desventaja en la que se encuentran. En este sentido, no alcanza solo con la igualdad ante la ley sino que es necesario remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho.¹¹

1.2.3. Discriminación directa vs. discriminación indirecta

Existe discriminación directa cuando la norma explícitamente hace una distinción no justificada ya que no existe una razón objetiva que sostenga dicha distinción (de acuerdo al test que se aplique). En cambio la discriminación indirecta implica un trato aparentemente

¹¹Estas críticas parecen haber ingresado en los argumentos de la Corte IDH. Al respecto, v. los Casos “González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México” (16 de noviembre de 2009); “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil” (15 de diciembre de 2016) ; “Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala” (23 de agosto de 2018), entre otros.

neutral pero cuyas consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo, ya que tiene el efecto de excluir a ese grupo dada la situación de desventaja en que el mismo se encuentra.¹²

1.2.4. Intención de discriminar vs. efecto logrado

En el caso de la discriminación directa existe un efecto buscado, existe la intención de dejar fuera ciertos grupos o individuos. En el caso de la discriminación indirecta es muy posible que no exista la intención de discriminar pero, sin embargo, sea el efecto que se logra.

Este punto no es menor, ya que “tiene consecuencias importantes en materia de prueba: mientras en el primer caso bastaría –para acreditar la discriminación– con probar que una distinción legal se basa sobre el empleo de un factor prohibido [o irrazonable], en el segundo caso es necesario acreditar, además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo –prueba que requiere indicios de carácter empírico”¹³. El énfasis no debe ser puesto tanto en la intención (o no) de discriminar, sino en el efecto logrado (en su caso, más allá de las intenciones declaradas). A fin de probar el impacto desigualdad, es posible y conveniente usar datos estadísticos, presupuestarios, entre otra información relevante.¹⁴

¹²Sobre este punto v. Corte IDH “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (28 de noviembre de 2012).

¹³Courtis, C. (2010). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado*(24), p. 4.

¹⁴Sobre la importancia de los datos v. Puga, M. y Otero R., (2009) “La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero”, ELA, *Derechos de las mujeres y discursos jurídicos*, pp. 73-91; Sobre la importancia del uso del análisis presupuestario para demostrar situaciones de desigualdad, v. <https://presupuestoyderechos.acij.org.ar/>

1.2.5. Discriminación simple vs. discriminación múltiple (intersectorial o interseccional)¹⁵

(La concepción de igualdad como no discriminación parte de la idea de que la causa o factor de discriminación es uno solo y ese debe ser atacado cuando carezca de todo fundamento objetivo y razonable. Sin embargo, no da cuenta de que existen ciertos casos donde no existe un solo factor de discriminación sino una multiplicidad (y por lo tanto complejidad) de factores que inciden en la situación del grupo. Se trata de factores conexos que agravan la situación de vulnerabilidad. En este sentido, la “vulnerabilidad es una condición acumulativa: los sujetos desprotegidos se ven inmersos en ocasiones en una “espiral de la vulnerabilidad”¹⁶. Se llama espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discriminado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad”. Esta imagen del espiral indica que las causas de discriminación operan en forma concurrente, conexas produciendo un efecto sinérgico (superior a la suma simple de cada una de las causas de discriminación) que implica una experiencia

¹⁵Este concepto fue primeramente desarrollado por Crenshaw, K. (Julio de 1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*(43), 1241- 1299. Una muy buena aplicación de la situación de las mujeres negras y pobres en Sudáfrica puede encontrarse en Albertyn, C. (Junio de 2011). Law, Gender and Inequality in South Africa. *Oxford Development Studies*, 39(2), 139-159. Sobre la complejidad de la interseccionalidad a nivel global v. Fraser, N. (2010). Injustice at Intersecting Scales: On Social Exclusion and the Global Poor. *European Journal of Social Theory*, 13(3), 363-371. Sobre la desigualdad, interseccionalidad en las clases medias altas/ altas, v. Tenenbaum, T. “Del otro lado de la cuerda VIP” en *La Agenda Revista*, 21 de enero de 2020. Disponible en <https://laagenda.buenosaires.gob.ar/post/190389369530/del-otro-lado-de-la-cuerda-vip>. Asimismo, v. Corte IDH, “González Lluy Talía vs. Ecuador” (1 de Septiembre de 2015), “Poblete Vilches vs. Chile”, (8 de marzo de 2018).

¹⁶Mosquera Quintero, D. (2011). La salud como derecho. *Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Universidad ICESI/ Red ALAS, p. 84. En este sentido, por ejemplo, las mujeres padecen una “doble victimización ante las vicisitudes de “la naturaleza” (reproducción, gestación, enfermedades) y ante los varones (violencia, ejercicio irresponsable de su sexualidad)”. Sin embargo, las causas pueden aumentar cuando se trata, por ejemplo, de mujeres indígenas o afrodescendientes.

muy particular de discriminación¹⁷. Este enfoque resulta útil a la hora de interpretar de manera integral situaciones de discriminación usualmente invisibilizadas. Son casos donde no se estaría ante el mismo supuesto en caso de que los factores de discriminación actuaran en forma individual.

Tomar en cuenta los distintos factores de discriminación que afectan la situación en la que se encuentran estos grupos es interesante pues demuestra la insuficiencia de las políticas públicas unidireccionales (es decir, aquellas que atacan solo una de las causas de discriminación), pues se requieren políticas integrales que erradiquen la desigualdad en todos sus aspectos.

Estas insuficiencias en la concepción de igualdad como no discriminación dieron origen a una reformulación de la interpretación del principio de igualdad

2. La igualdad real: igualdad como no sometimiento o no dominación

Lo característico de esta concepción de igualdad es que considera: a) la situación de hecho b) del grupo antes de la clasificación o selección que realiza la norma. Así, no trata de hacer justicia a la situación individual de una persona sino que toma en cuenta la pertenencia de esa persona a un grupo determinado que padece una situación de sometimiento o subordinación¹⁸. La concepción de igualdad como no sometimiento indica que el Estado debe hacer algo respecto de esos grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural. No solo no debe discriminar (igualdad como no discriminación) sino que debe eliminar aquellas barreras estructurales que impidan disfrutar

¹⁷Góngora Mera, M. (2013). Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas. En L. Clérico, L. Ronconi, & M. Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud* (págs. 133-159). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

¹⁸Sobre qué debe entenderse por grupo sojuzgado y las obligaciones que el Estado tiene al respecto, sugiero que vean la exposición de Víctor Abramovich en la audiencia ante la Corte Suprema de Justicia, donde defiende la constitucionalidad de la Ley de Medios debatida en Argentina:

<https://www.youtube.com/watch?v=ZFvxbQ8-Bs4>

de los derechos en condiciones de igualdad real¹⁹. El giro transformador de la igualdad como no dominación está en poner en tela de juicio la ficción de un status quo igualitario de partida²⁰ —ficción en la que descansa el examen de igualdad como no-discriminación arbitraria.

2.1. Vigencia de la concepción de igualdad como no sometimiento

Es necesario establecer en qué casos debe aplicarse la concepción de igualdad como no sometimiento. La pregunta que sigue, entonces, es respecto de qué son grupos desaventajados o ¿por qué son grupos vulnerables?

Para ser considerados como un grupo desaventajado el grupo debe padecer de: a) una errónea distribución de bienes, o b) falta de reconocimiento de las características particulares del grupo, de sus identidades, que incrementan la c) insuficiente o errónea representación política. Alcanza con que se verifique alguna de esas situaciones para tratar al grupo como oprimido²¹, aunque se darán generalmente en forma conjunta e invisibilizadas.

Se trata de grupos que tienen limitado o negado el acceso a los derechos o en su caso el goce efectivo de los mismos, por distintas causas. Estas pueden vincularse a causas de *distribución de bienes* o recursos (ejemplo, acceso al empleo, vivienda digna, entre otros recursos). Así, la injusticia social que padecen estos grupos proviene de la diferencia de ingresos y de la mala distribución de recursos. Esto es caracterizado por Fraser (2006) como **injusticia socioeconómica**. Tomando esta dimensión de la desigualdad, en muchos casos para lograr la igualdad se requerirán acciones de redistribución de bienes.

¹⁹La Corte de EE UU en el caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*”, 349 U.S. 294, sentencia del 31 de mayo 1955 reconoce que no alcanza solo con eliminar normas o incluso prácticas para lograr que desaparezcan las escuelas segregacionistas. Sobre el debate en el ámbito privado, v. Saba, R. (2011). “Igualdad de trato entre particulares” en Revista *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho, UBA, 217-276.

²⁰Sobre el punto v. “La carrera por los 100 dólares” <https://www.youtube.com/watch?v=FIIdwQjtaQDA>

²¹Fiss, O. (2002). *Una Comunidad de Iguales*. Buenos Aires: Miño y Dávila, p. 23

Sin embargo, en muchos otros, estas acciones estatales se tornan insuficientes o inadecuadas para romper con la situación de desigualdad estructural que afecta a estos grupos pues padecen de una falta de reconocimiento. Así, la situación de desventaja de un grupo puede provenir también por cuestiones de falta o insuficiente **reconocimiento**. Estos grupos se ven afectados por una gran injusticia social que se fundamenta en falta de reconocimiento y valorización de las identidades diversas. Esto es, de una falta o de un erróneo reconocimiento de derechos por la existencia de un patrón cultural dominante que excluye e invisibiliza a todo lo que no responde a ese patrón, **injusticia simbólica**.²²

La injusticia cultural o simbólica se origina (o está arraigada) en los patrones sociales dominantes desde los que se interpreta con pretensión de “uniformidad”, por ejemplo, cuál es la forma de matrimonio que debe ser reconocida, sin que la voz concreta de quienes tienen una orientación sexual diferente y diversa sea escuchada en el proceso de decisión²³; qué implica la educación intercultural cuando las personas que pertenecen a diferentes etnias o culturas no son escuchadas ni forman parte del proceso de toma de decisión; qué implica la inclusión educativa y cómo debería alcanzarse cuando es definida y diseñada por quienes siempre han estado dentro del sistema, entre otras. Así, las demandas de igualdad giran alrededor de reclamos vinculados con la situación de falta de acceso a bienes económicos y sociales que padecen muchas personas como también por la falta de reconocimiento de las identidades que no responden a las dominantes. Esta perspectiva propone que la igualdad requiere la transformación de los patrones de representación cultural dominantes. Es necesaria la revaluación de

²²Fraser, N. (1997). *Justitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Universi. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En F. N. A, *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.

²³Clérico, L., & Aldao, M. (Julio de 2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. en *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, p. 160.

las subjetividades no respetadas y de sus producciones culturales, el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, entre otros.²⁴

Además, es necesario tener presente que estos factores se combinan, se mezclan para producir una situación especial de vulnerabilidad que no es posible definir determinando uno o varios factores. En estos casos, redistribución y reconocimiento van de la mano y deben completarse a la hora de alcanzar el mandato de igualdad real ya que “las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en la construcción de la cultura, en las esferas públicas y en la vida diaria”²⁵. Sin duda, las políticas de redistribución tienen efectos en el status social del grupo (reconocimiento) y viceversa, pero una mirada en conjunto de ambas problemáticas permite adoptar medidas diferentes a las unidireccionales (ya sea de redistribución o reconocimiento).

Más allá de esto, tomar en serio el mandato de igualdad (en términos de redistribución y reconocimiento) implica que debe existir una igualdad tal que posibilite al grupo formar parte de la deliberación y de la toma de decisiones, lo que apunta a la **paridad participativa** del grupo²⁶. Esta dimensión se vincula entonces con la representación política. Esta última escala, en términos de Fraser, se vincula con la participación efectiva que todos los ciudadanos deberían tener en el proceso de toma de decisiones.

Resulta necesario entonces desplazar el paradigma redistributivo a favor de una concepción más amplia de la sociedad en términos de procesos, en la estructura de la toma de decisiones²⁷. Es necesario que los grupos más desaventajados estén mejor representados en los procesos políticos.

La igualdad real requiere entonces poner el foco en los tres reclamos: **redistribución, reconocimiento y paridad participativa.**

²⁴Fraser, N. 2006, op. cit.

²⁵Fraser, 1997: 23. Fraser (2006: 28) considera que existen ciertas diferenciaciones sociales bidimensionales como la de género, que no remite ni a una clase ni a un status determinado. Por eso, comprender y reparar la injusticia de género requiere atender tanto a la distribución como al reconocimiento.

²⁶Fraser, N. (2010). *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press.

²⁷Young, I. M. (1990). *Justice and the Politics of difference*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 37.

Estas son formas de injusticia que se retroalimentan y refuerzan. La mejora de alguno de estos reclamos permite la mejora en los otros, pero muchas veces estas acciones concretas se tornan insuficientes requiriendo de políticas más generales que atiendan a los otros factores también. La respuesta es entonces la *multidimensionalidad*, es decir, acciones que incluyan los tres componentes.

2.2. ¿Cómo lograr la igualdad de oportunidades? Las acciones afirmativas

Las formas mediante las cuales se pueden paliar las situaciones de injusticia trabajadas anteriormente son las acciones afirmativas. Estas se han convertido en el instrumento por excelencia para lograr la igualdad de oportunidades y la obligación de su establecimiento ha sido reconocida, en forma expresa, en diversa normativa constitucional y convencional.²⁸

Las acciones afirmativas han sido concebidas de dos maneras, esto es: a) *como acciones reparadoras* y b) *como acciones transformadoras*. Ambas formas de alcanzar la igualdad tienen implicancias en la concepción misma de igualdad real de oportunidades que se busque alcanzar.

a. Acciones reparadoras

Las acciones reparadoras implican un trato preferente dirigido a grupos y/o situaciones de personas a fin de lograr la igualdad real, esto es que las mismas puedan gozar de los derechos efectivamente en condiciones de igualdad y que estos no se queden solo en los papeles. Se reconoce la situación de subordinación en que ese grupo se encuentra y mediante tales medidas se busca remediarla. Por ejemplo, mediante la garantía de cupos para las mujeres en cargos políticos, o la garantía de cuotas para las personas de afrodescendientes en las universidades entre otras. En general, implican que el acceso a ciertos bienes o recursos estarán

²⁸Por ejemplo, en la Constitución Argentina, arts. 37, párr. 2 y 75 inc. 23, párr. 1.

garantizados para ciertos grupos identificados como desaventajados, en condiciones diferentes al resto de quienes pretenden obtener esos bienes y/o recursos.

b. La insuficiencia de las acciones positivas reparadoras y las acciones transformadoras

Llegados a este punto corresponde postular la siguiente pregunta: ¿Qué sucede cuando por aplicación una acción positiva reparadora se establecen un número determinado de vacantes o plazas y no hay alguien tan idóneo²⁹ entre los postulantes “favorecidos con la medida” que pueda ocupar el cargo?

La cuestión es sencilla si se le analiza desde la igualdad como no sometimiento y responde a la pregunta ¿por qué ninguna postulante mujer, por ejemplo, logró un puntaje suficiente en los exámenes? ¿Por falta de capacidad intelectual? ¿Por falta de formación más general? Aquí es donde entra a jugar el concepto de *acciones positivas transformadoras*. Estas no se conforman con lograr un resultado (la presencia de mujeres en cargos políticos, por ejemplo) sino que implica ver (y modificar) la situación estructural que impide al grupo alcanzar los resultados esperados.

Las acciones reparadoras buscan que ciertos individuos accedan a posiciones socialmente relevantes. Por esto, muchas veces las acciones positivas reparadoras se tornan insuficientes si no son miradas desde una concepción estructural, que requiere no solamente erradicar una situación particular (que una mujer ocupe cierto cargo en política, por ejemplo), sino dismantelar situaciones más complejas que impiden a las personas llegar a ese lugar, dando como resultado situaciones donde ninguna persona perteneciente al grupo que se busca beneficiar puede alcanzarlo. Las acciones reparadoras intentan poner a los miembros del grupo en un cierto lugar (resultado) pero no erradicar el problema de fondo por el cual

²⁹En términos de capacidad, por ejemplo.

no pueden llegar ahí si no existiera el sistema de cuotas (proceso que produce la desigualdad).³⁰

Es necesario cambiar el diseño institucional para lograr la igualdad. Este es el objetivo de las acciones transformadoras. Intentan poner fin en forma radical al problema de la dominación, así tienden a ver el problema como un problema estructural. En este sentido, por ejemplo, es imposible modificar el rol subordinado de la mujer en la sociedad solo mediante el sistema de cuotas sino que se requiere mucho más: cambio de prácticas culturales, cambio de roles en la familia. Las acciones transformadoras van de la mano de una versión fuerte sobre cómo lograr la igualdad real.

La diferencia entonces entre las acciones positivas y las acciones transformadoras es que las primeras apuntan a obtener ciertos resultados finales en cambio las segundas implican desarmar (para cambiar) los procesos que generan las injusticias³¹. Esta concepción más exigente de igualdad implica entonces no solo que el Estado debe generar las condiciones para garantizar que ciertos grupos alcancen determinados lugares, sino que debe transformar todas las prácticas, instituciones, entre otras, que aún persisten y que continúan produciendo la situación de desigualdad.

3. A modo de cierre

A lo largo de este trabajo busqué mostrar las distintas concepciones de igualdad hoy vigentes, asimismo las distintas críticas que ha recibido o problemas que deben enfrentar para garantizar la plena igualdad en la ciudadanía. En este sentido, mostré las dificultades de entender la igualdad solo desde la concepción de igualdad como no discriminación cuando tomamos en cuenta que ciertos grupos no se

³⁰En este sentido, sostiene Dubet que “en sus principio mismo, el llamado a la igualdad de oportunidades no dice nada de las distancias que separan las condiciones sociales, y estas pueden ser tan grandes que los individuos no lleguen a travesarlas nunca -con excepción de algunos héroes de los cuales uno se pregunta si no serán el árbol de la fluidez que no deja ver el bosque de la inmovilidad, o sea héroes de pura propaganda-”. Dubet, F. (2011). *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI, p.49.

³¹Fraser, 1997: 38

ven afectados por norma alguna que los excluya sino que se ven imposibilitado del acceso a —o goce efectivo de ciertos— derechos por las condiciones de hecho en las que se encuentran. De esto nos alerta la concepción de igualdad como no sometimiento. Asimismo, busqué mostrar cuáles son las condiciones que ponen a ciertos grupos en condiciones de (des)igualdad real: condiciones económicas, simbólicas y de participación en la vida política. También mostré cuáles son las posibles alternativas a la hora de erradicar situaciones de discriminación estructural. Sin embargo, las acciones reparadoras y transformadoras vistas como han sido planteadas aquí, parecieran posiciones extremas. Sin embargo, no se debe perder de vista que, en el caso de las acciones reparadoras, estas pueden tener un efecto potencial de transformación.³² Se trata entonces, y deben ser planteadas y consideradas, como acciones positivas limitadamente transformadoras.³²

³²Albertyn, C. (2011). Law, Gender and Inequality in South Africa. *Oxford Development Studies*, 39(2), p. 151

³³En este sentido, por ejemplo, muchas veces las acciones positivas logran poner el tema en la agenda. Pueden servir para empoderar a los sectores sojuzgados en la visibilización de su reclamo. Tienen efecto muy a largo plazo. No rompen la desigualdad sino que permiten visibilizar a ciertos grupos (por ejemplo, cuando se recibe atención médica por parte de un profesional afro, cuando aparece una mujer como presidente de la Nación o como CEO de una empresa, cuando somos atendidos en un restaurant por una persona con discapacidad...). Afirma Dworkin que “si hay más abogados negros, estos ayudarán a que la comunidad negra cuente con mejores servicios jurídicos, con lo que se reducirán las tensiones sociales...Más aún, si se ve que los negros obtienen éxitos en sus estudios de derecho, es posible que otros negros ... se animen a presentar sus solicitudes...” Dworkin, R. (1977). “La discriminación inversa” en R. Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, p. 334.

Bibliografía

- Albertyn, C. (Junio de 2011). Law, Gender and Inequality in South Africa. *Oxford Development Studies*, 39(2), 139-159.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdes, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Clérico, L., & Aldao, M. (Julio de 2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento, en *Revista Estudios Constitucionales*, Talca.
- Corte IDH, “González Lluy Talía vs. Ecuador” (1 de Septiembre de 2015), “Poblete Vilches vs. Chile”, (8 de marzo de 2018).
- Courtis, C. (2010). Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación. *Revista Derecho del Estado* (24).
- Crenshaw, K. (Julio de 1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*(43), 1241- 1299.
- Dubet, F. (2011). *Repensar la Justicia Social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Fiss, O. (2002). *Una Comunidad de Iguales*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta : Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Universi. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En

F. N. A, *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.

Fraser, N. (2010). *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World*. New York: Columbia University Press.

Góngora Mera, M. (2013). Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas. En L. Clérico, L. Ronconi, & M. Aldao, *Tratado de Derecho a la Salud* (págs. 133-159). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Mackinnon, C. A. (2005). "Integrando el feminismo en la educación jurídica" en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 3(6).

Mosquera Quintero, D. (2011). *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*. Bogotá: Siglo del Hombre/ Universidad ICESI/ Red ALAS.

Nino, C. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional* (3º reimpresion ed.). Buenos Aires: Astrea.

Puga, M. y Otero R., (2009) "La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: el caso Sisnero", *ELA, Derechos de las mujeres y discursos jurídicos*.

Ronconi, L. (2018). "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real". *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (49), 103-140. <https://doi.org/10.5347/49.2018.25>

Saba, R. (2012). (Des)Igualdad Estructural. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (2a. Edición ampliada ed., págs. 137-172). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Saba, R. (2011). "Igualdad de trato entre particulares" en Revista *Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, UBA*, 217-276.
- Siegel, R. (1997). Why Equal Protection No Longer Protects: The Evolving Forms of Status-Enforcing State Action. *Stanford Law Review*, 49, 1111-1148.
- Singer, P. (1995). *Ética Práctica* (2da. Edición Castellano ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tenembaum, T. "Del otro lado de la cuerda VIP" en *La Agenda Revista*, 21 de enero de 2020. Disponible en <https://laagenda.buenosaires.gob.ar/post/190389369530/del-otro-lado-de-la-cuerda-vip>
- Young, I. M. (1990). *Justice and the Politics of difference*. Princeton, New Jersey: princeton University Press.

Versión digital
junio de 2020
Mérida, Venezuela



Liliana M. Ronconi

Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, Argentina (UBA). Especialista en Ciencias Sociales con mención en Currículum y Prácticas Escolares (FLACSO).

Abogada (UBA), Profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Docente de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo.

Actualmente es becaria de Posdoctorado del CONICET e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA).

Correo electrónico:
lronconi@derecho.uba.ar

ISBN: 978-980-18-1061-2



9 789801 810612