

# DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, T. I (2015)

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo  
Martínez Ramírez, Fabiola  
Figueroa Mejía, Giovanni A.

*Coordinadores*

Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3632>

[Extracto]

## DERECHO A LA DIFERENCIA

Para definir el derecho a la diferencia, nos referiremos en primera instancia al más conocido término de derecho a la igualdad. La idea del derecho a la igualdad se encuentra profundamente arraigada en las distintas corrientes del pensamiento occidental. Desde las Institutas de Justiniano encontramos que los atributos de la personalidad y sus derechos derivan de la naturaleza humana, por lo cual las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos, eran consideradas antinaturales.

El cristianismo refuerza esta idea en que las personas, como hijos de Dios, tenían igualdad de sustancia pero desigualdades reales que derivaban de su pueblo, situación familiar, sexo, edad o condición social. Con la codificación de los derechos humanos en la era moderna, y en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se fortalece la idea del derecho a la igualdad, el derecho a tener los mismos derechos, a pesar de ser diversos.

Al constatar sin embargo que la diversidad conduce frecuentemente a la desigualdad y a la discriminación, la Organización de las Naciones Unidas promulgó diversas convenciones de derechos humanos que reconocen la diversidad, la igualdad de derechos y el *derecho a la diferencia*, entendido como el derecho a ser diferente sin ser desigual, respetando el acceso a los derechos, es decir, a no ser discriminado por ser diferente.

Estas convenciones son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de 1990, y por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

En los ordenamientos jurídicos actualmente se reconoce el derecho a la diferencia por edad, al reconocer derechos específicos a niñas, niños y jóvenes o a personas adultas mayores o por sexo, al reconocer los derechos por embarazo y maternidad por ejemplo. De manera más reciente, se encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural. Ejemplos del derecho a la diferencia se encuentran en:

- 1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *“La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de*

*poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...*" (Art. 2) (2001)

- 2) Constitución Nacional de Argentina: "*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural...*" (Art. 75, inc. 17) (1994)
- 3) Ley Constitucional sobre los Derechos de las Minorías Nacionales (Narodne novine, nos. 155/2002 and 47/2010) de la República de Croacia: "*La República de Croacia garantiza a las y los miembros de las minorías nacionales, el derecho a la representación en el Parlamento Croata.*" (Art. 19)

El derecho a la diferencia, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural (en sentido amplio que incluye preferencia religiosa, orientación sexual o política entre otras) no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los "distintos" sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia, es decir evitar la discriminación.

## EQUIDAD

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, "igual"; del griego "ἐπιεικεία", virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse, como la "*bondadosa templanza habitual*", la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita; o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus "*Tria Praecepta iuris*" (tres principios del derecho), el *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables, para decidir "*de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador*".

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley, o mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra varias veces la palabra "equidad" como en el artículo segundo que establece: "...*garantizando la participación de las mujeres en condiciones de **equidad** frente a los varones...*"

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del Derecho común (es decir aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término "*equity*" representa una particular fuente del derecho,

inicialmente de carácter discrecional que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de Derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del Derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *common law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *common law*.

## EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la “*equidad*” como “*una igualdad en las diferencias*”, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias. (Ver Equidad)

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de “*género*”, como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embargo, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción socio-cultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años 1970s el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló, basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: “*Una no nace mujer, se hace mujer*”.

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de “*masculinidad*” y “*feminidad*”, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de éstos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo. (Ver igualdad de género)

## IGUALDAD DE GÉNERO

El tema de la “igualdad” se relaciona de manera estrecha con el concepto de justicia. Sin embargo, es el constitucionalismo moderno el que lo ha elevado a principio de derecho positivo que se encuentra consagrado en las grandes Declaraciones de Derechos y en todos los textos constitucionales. En la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776 se estipula: *“Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes”* (Art 1). Asimismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 en Francia, se señala: *“Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solamente pueden ser fundadas en la utilidad común”* (Art. 1)

Cabe señalar que la idea de igualdad del siglo XVIII se refería estrictamente a la mitad de la población: los varones. Fue hasta el siglo XX que se encuentran las primeras referencias a la igualdad entre mujeres y hombres, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que fue reformada en 1974 para incluir la disposición en el artículo 4º: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley...”* También se encuentra en la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la siguiente disposición: *“Todos los alemanes son iguales ante la ley.”*

*Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos...”* (Art. 109)

Ahora bien, al referirnos a la idea de igualdad tenemos: la igual dignidad de toda persona, la igual participación, igualdad ante la ley, igualdad política, igualdad en las condiciones materiales de vida y la igualdad de oportunidades.

La igualdad de género parte del postulado que todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la libertad de desarrollar sus habilidades personales y hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos, o prejuicios. La igualdad de género implica que se han considerado los comportamientos, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, y que éstas han sido valoradas y favorecidas de la misma manera. Significa que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependerán del hecho de haber nacido mujer u hombre. De acuerdo con el Artículo 6º de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de México, la *“igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo”*.

Asimismo, el artículo 1º de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) establece: *“A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”*