

MÁS ALLÁ DE LA IGUALDAD FORMAL: DIGNIDAD HUMANA Y COMBATE A LA DESVENTAJA

Karla PÉREZ PORTILLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Igualdad formal e igualdad sustancial*. III. *Dignidad*. IV. *Desventaja*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*. VII. *Casos consultados*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo fundamental de este trabajo es presentar la manera en que la dignidad humana y el combate a la desventaja son interpretadas en el contexto del derecho anti-discriminatorio. El derecho anti-discriminatorio, entendido como la serie de normas y doctrinas relativas a la garantía de la igualdad entre las personas y el combate a la desventaja que experimentan ciertos grupos es relativamente nuevo en México. Esto es así si se toma en cuenta que la prohibición expresa de discriminar, no fue recogida en la Constitución mexicana sino hasta 2001 y dos años después entró en vigor la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

La exposición de lo que la dignidad humana y el combate a la desventaja significan para el derecho anti-discriminatorio está basada en la interpretación judicial elaborada por las supremas cortes de justicia canadiense y sudafricana. Estas dos jurisdicciones son dos de las más avanzadas en temas de igualdad y discriminación dados sus contextos históricos, políticos y sociales. El enfoque multicultural canadiense debido a la composición de su población y la respuesta sudafricana al régimen de *apartheid* sitúan a estas dos jurisdicciones en coordenadas clave para el combate a la discriminación. De hecho, existe un nutrido diálogo judicial

* Agradezco a Yohali Pérez Portilla sus muy útiles comentarios sobre este ensayo.

entre Canadá y Sudáfrica en temas de igualdad y discriminación; además, su desarrollo del derecho anti-discriminatorio ofrece varias pautas interpretativas que pueden ser referencias útiles para los legisladores y jueces mexicanos.

En este trabajo puede encontrarse referencia a la discriminación en contra de varios grupos desaventajados, en particular mujeres; sin embargo, la interpretación de la dignidad humana y el combate a la desventaja aplica para cualquier otro grupo que se sitúe en circunstancias similares y experimente en los hechos patrones de discriminación. Así por ejemplo, a lo largo de este texto se presentan ejemplos de discriminación por preferencia sexual, transexualidad, raza, ciudadanía y estado civil.

El artículo está dividido en tres partes. La primera parte está dedicada a la diferenciación entre igualdad formal e igualdad sustancial. Esta distinción es útil toda vez que el desarrollo del derecho anti-discriminatorio está cada vez más apartado de la noción de igualdad formal y en cambio, sus preceptos, políticas y “estrategias” están basadas en un entendimiento de la igualdad en sentido sustancial, lo cual, entre otras cosas implica la protección de la dignidad humana y el combate a la desventaja.

La segunda parte es una exposición de lo que la dignidad humana representa para el derecho anti-discriminatorio. En primer lugar, se reconoce que la interpretación de lo que la dignidad humana significa es problemática y que, en efecto, la noción de la dignidad humana en el contexto del derecho está en permanente “construcción”. Sin embargo, existen patrones claros de su interpretación y son éstos los que representan un camino a seguir y bases sólidas para elaborar una doctrina de la dignidad humana en el contexto del derecho anti-discriminatorio.

La tercera y última parte está dedicada al análisis del combate a la desventaja como fundamento y/o herramienta del derecho anti-discriminatorio que, junto con la protección de la dignidad humana, lo dotan de sentido específico al mismo tiempo que limitan su ámbito de acción.

II. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL

El principio de igualdad formal, entendido como promesa de consistencia, en donde toda persona debe ser tratada de la misma manera sin importar sus diferencias, se ve opacado por sus múltiples excepciones. El desarrollo del derecho anti-discriminatorio y los nuevos conceptos que en consecuencia se han generado, revelan que no podemos entender los

objetivos del derecho anti-discriminatorio en referencia a una concepción puramente formal de la igualdad. Por ejemplo, preceptos del derecho anti-discriminatorio tales como: trato preferencial justificado, trato diferencial incluso cuando no existe parámetro de comparación (como en el caso de la discriminación en el empleo cuando, aun sin laborar hombres, por trabajo igual se remunera de diferente manera a las mujeres), trato diferencial permanente (por ejemplo en relación con la “discapacidad”) y las acciones positivas. Todas estas disposiciones y estrategias del derecho anti-discriminatorio han sido desarrolladas con una visión de la igualdad distinta a la puramente formal. En algunos casos las estrategias mencionadas han sido justificadas en relación con la “igualdad en los resultados”, igualdad de oportunidades, etcétera.¹

Lo anterior es evidencia de la necesidad de repensar cuál es la “sustancia” del derecho a la igualdad y de los derechos que de ella se derivan. El concepto de “igualdad sustancial” parece recoger de mejor manera las demandas contemporáneas de igualdad y el consecuente desarrollo de los preceptos y estrategias que responden a estas demandas. La igualdad, cuando es entendida de manera sustancial, significa valorar la diferencia y combatir la discriminación tal cual se manifiesta en los hechos.

La igualdad sustancial y la igualdad formal han sido definidas y diferenciadas de varias maneras. Por ejemplo, la igualdad formal puede verse como un punto de partida hacia una igualdad más significativa, limitándose a ser una “promesa de consistencia”. Este tipo de igualdad tiene su origen en la revolución francesa, en donde la abolición de los privilegios reales y la garantía de igualdad ante la ley eran los objetivos principales. Sin embargo, en sociedades contemporáneas (en países democráticos), esta concepción de la igualdad es muy limitada. La igualdad formal no responde a los problemas contemporáneos relacionados con la desigualdad y sobre todo a sus causas y consecuencias. En cambio, la igualdad sustancial abandona el ideal de justicia abstracto y opta por una visión en la cual la justicia debe entenderse en concreto, es decir, en la manera en que se experimenta en los hechos. Por ejemplo, como lo explica Sandra Fredman, lo cierto es que son las mujeres y no los hombres, quienes sufren de manera más evidente una desventaja acumulada debido a la discriminación por género. Una vez que esta realidad se acepta, queda claro que adoptar un enfoque simétrico, en donde el trato desigual a los hom-

¹ Al respecto véase Collins, Hugh, “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, *The Modern Law Review*, vol. 66, 2003, p. 17.

bres es considerado moralmente idéntico a la discriminación en contra de las mujeres, significa vaciar de contenido social al principio de igualdad.² Por ejemplo, las cuotas electorales entran en este supuesto. El hecho de que existan lugares reservados para mujeres (o “tímidamente” para el género en desventaja), es una respuesta a la discriminación histórica en contra de las mujeres. Han sido las mujeres y no los hombres quienes han sido históricamente discriminadas en relación con los derechos civiles y políticos. El hecho de que ahora podamos votar no significa que el espacio “público” esté libre de discriminación. Aún falta mucho por hacer y quienes están subrepresentadas son las mujeres. En efecto, los hombres reciben un trato desigual con respecto a las cuotas electorales, toda vez que antes todos los lugares eran potencialmente suyos; sin embargo, este trato no es moralmente idéntico a la discriminación y desventaja acumulada que opera en contra de las mujeres. Además, la existencia de cuotas de género no significa que los hombres no puedan competir por espacios en el ámbito electoral sino que las mujeres, tendrán una oportunidad *real* para competir por espacios que en la *realidad* les han sido negados.

Cuando el derecho anti-discriminatorio, toma la igualdad sustancial como su objetivo principal, debe tender a la protección de la dignidad humana y combatir la desventaja. Estas dos condiciones pueden considerarse las herramientas clave del derecho anti-discriminatorio. Los valores y/o metas que persigue el derecho anti-discriminatorio pueden variar dependiendo de la jurisdicción de que se esté hablando. Sudáfrica y Canadá son dos de las jurisdicciones que han elaborado de manera más significativa el derecho anti-discriminatorio; su jurisprudencia (*case law*) y doctrina son vastas y ofrecen varias lecciones a jurisdicciones como la mexicana, donde el derecho anti-discriminatorio es relativamente nuevo. Los apartados que siguen están dedicados a esclarecer lo que la dignidad y el combate a la desventaja representan e implican en el contexto del derecho anti-discriminatorio.

III. DIGNIDAD

La manera en que la palabra dignidad es empleada en el discurso de la igualdad en derecho y en el derecho anti-discriminatorio en particular es polémica. Inclusive, algunos ven en las estrategias igualitarias tales

² Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2002, p. 128.

como las acciones afirmativas una afrenta a la dignidad; por ejemplo, en 1987 el juez de la Suprema Corte de Justicia estadounidense, Clarence Thomas, se refirió a las acciones afirmativas de la siguiente manera:

Sigo pensando que la distribución de oportunidades basada en la raza o el género, quienes quiera que sean sus beneficiarios, es contraproducente para las leyes en contra de la discriminación en el empleo. El sistema de preferencias atenta contra los derechos y la *dignidad* de los individuos —tanto para aquellos que se ven directamente perjudicados como para aquellos que son sus supuestos beneficiarios— Pienso que la contratación basada en preferencias raciales o de género incrementa las divisiones raciales y desempodera tanto a las mujeres como a las minorías al promover la idea de que estos grupos están permanentemente discapacitados y en necesidad de ayudas, retrasando así la llegada del día en que el color de la piel o el género sean verdaderamente las características menos relevantes de las personas en el contexto laboral.³

En el párrafo anterior puede apreciarse que el juez Clarence Thomas considera las acciones positivas como una afrenta en contra de la dignidad de las personas. Existe una preocupación legítima en el sentido de que los grupos desaventajados tienen que soportar una carga doble. Por un lado, la desventaja en sí; por ejemplo la subrepresentación de las mujeres en determinados cargos, y por el otro, el hecho de que las acciones y políticas encaminadas a combatir la desventaja son frecuentemente acusadas de mantener el estado de subordinación. Esto último tiene sentido únicamente si los arreglos y prácticas estructurales, institucionales y culturales que producen la desventaja, en este caso subrepresentación, quedan fuera del escrutinio, como si las mujeres y las minorías raciales no participaran en el mercado laboral o educativo más benéfico por su propio gusto o por su intrínseca ineptitud. Existe una pregunta crucial que el juez Thomas aparentemente no tomó en cuenta: ¿de dónde surge la desventaja con motivo de la raza o el género? Si tomamos en cuenta el concepto de “discriminación institucional” (el cual es la base de las acciones afirmativas y positivas) podemos entender que las acciones afirmativas

³ Thomas, Clarence, “Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!”, comentario para *Yale Law and Policy Review*, Estados Unidos, vol. 5, p. 403. Véase también, “Lasting Stigma: Affirmative Action and Clarence Thomas’ Prisoners’ Rights Jurisprudence”, Estados Unidos, *Harvard Law Review*, jurisprudence note, vol. 112, núm. 6, abril de 1999, pp. 1333-6.

no cuestionan la aptitud de las personas ni “atentan” en contra de los derechos o dignidad de los individuos, sino que reconocen el daño causado a la dignidad de los grupos al verse excluidos, cuestionan y modifican las prácticas institucionales y su pasado y presente discriminatorio en contra de ciertas personas (generalmente mujeres y personas pertenecientes a grupos raciales despreciados). El eje de las acciones positivas no debe verse como “favores a ciertos grupos” sino como *una necesaria reestructuración de instituciones y prácticas institucionales* que, en los hechos, han excluido a ciertos grupos. Estas prácticas institucionales que resultan en discriminación son el producto de una serie de factores sociales, históricos, políticos y económicos que deben reconocerse para efectivamente atacar a la discriminación por sus causas.⁴

Los derechos a la igualdad y las estrategias encaminadas a garantizarlos tienen una historia y una razón de ser que debe tomarse en cuenta cuando se hable de ellos. Los derechos de igualdad son triunfos en contra de mayorías que han ejercido poder cultural, político y económico en contra de determinados grupos. Se puede pensar, por ejemplo, en los movimientos sociales que han hecho posible el reconocimiento de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica, el movimiento por los derechos civiles y políticos en los Estados Unidos y el movimiento feminista son claros ejemplos. Históricamente hablando, los derechos de igualdad no implican, ni deben implicar la exclusión o poder de unos sobre otros, sino la eliminación de la opresión. Este es su sentido y sobre esta base deben evaluarse las medidas afirmativas o positivas encaminadas a conseguir la eliminación de la opresión.

La dignidad de la persona es el núcleo de los derechos de igualdad y de las medidas encaminadas a conseguirla. Sin embargo, el concepto de la dignidad de la persona, tal cual se observó en el pasaje citado del juez Thomas, es a veces malentendido y la dignidad humana en vez de ser el motor de las medidas a favor de la igualdad, es visto como un obstáculo. A fin de evitar problemas como este y de reforzar la doctrina del derecho anti-discriminatorio, es necesario delinear claramente lo que significa la

⁴ Para un análisis de la causas de la discriminación, Pérez Portilla, Karla, “Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación”, en Carbonell, Miguel y Valadés, Diego (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, t. I, pp. 687-723.

dignidad en el discurso del derecho anti-discriminatorio. El concepto de la dignidad de la persona aún está “en construcción”; sin embargo, existen pautas claras de su uso e interpretación en el contexto del derecho anti-discriminatorio, en particular, en Sudáfrica y Canadá. El análisis que sigue está basado en la interpretación que las cortes supremas de los países mencionados han elaborado con respecto al tema de la dignidad.

Lo primero que debe tomarse en cuenta es que la dignidad como valor a perseguir dentro de las disposiciones del derecho anti-discriminatorio, se ubica dentro de una concepción sustancial y no meramente formal de la igualdad. Es decir, la dignidad como valor es un elemento esencial de la igualdad sustancial. Por ejemplo, en Sudáfrica, la igualdad sustancial significa que la corte debe tomar en cuenta el contexto de la supuesta violación, incluyendo el contexto histórico y social, y su relación con formas sistémicas y estructurales de dominación dentro de la sociedad, con el objetivo de remediar la desventaja y la subyugación.⁵ De esta manera, la igualdad sustancial confronta la idea de igualdad en que el trato diferencial es problemático y en el cual la dominación se esconde detrás de la suposición de que es suficiente con garantizar la igualdad a través de la consistencia (trato igual para todas las personas). La igualdad sustancial confronta la idea de que las personas tienen pleno control de su poder y habilidades y, por el contrario, toma en cuenta el contexto social en que las desigualdades se generan.

Una segunda consideración es que la dignidad de la persona es primordialmente entendida como un principio que guía e informa la garantía de los derechos de igualdad. Así por ejemplo, la Suprema Corte de Canadá ha declarado que los valores fundamentales recogidos en la garantía de igualdad son la protección y el enriquecimiento de la dignidad humana, la promoción de la igualdad de oportunidades, y el desarrollo del potencial humano basado en la habilidad individual.⁶ El propósito de la garantía de igualdad ha sido, en repetidas ocasiones, entendido como:

⁵ Cowen, Susie, “Can Dignity Guide South Africa’s Equality Jurisprudence?”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 17, 2001, p. 37. La importancia del contexto se enfatiza en el caso *President of the Republic of South Africa v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC) at 41. En este caso, el razonamiento de la corte lleva a la necesidad de la implementación de una concepción de la igualdad que es tanto sustantiva como remediadora. Esto implica un análisis de la conducta discriminatoria que tome en cuenta el contexto y sea capaz de entender y dar respuesta a la diferencia.

⁶ *Miron v. Trudel* [1995] 2 SCR 418 at 489. Este es un caso que involucra la exclusión de las concubinas de los derechos derivados del seguro de los esposos. Estos dere-

Prevenir la violación de la esencial dignidad humana y la libertad a través de la imposición de desventajas, estereotipos, o prejuicios políticos o sociales, y promover una sociedad en la cual todas las personas disfruten de un reconocimiento igual ante la ley como seres humanos y como miembros de la sociedad canadiense, igualmente capaces e igualmente merecedores de atención, respeto y consideración.⁷

El párrafo citado no sólo explica el propósito de la garantía de igualdad sino que también menciona formas en las que la dignidad humana es violada, tales como la imposición de desventajas, estereotipos y prejuicios políticos y sociales. Esto dicta algunas pautas para el desarrollo de una doctrina de la dignidad dentro del derecho anti-discriminatorio. Más en específico, en el caso *Law v. Canada* (Secretaría de Trabajo e Inmigración), el juez Iacobucci, abundó sobre el significado de la dignidad humana y sobre las formas en que se vulnera y enriquece:

La dignidad humana significa que un individuo o grupo siente amor propio y autoestima. Involucra integridad tanto física como psicológica y empoderamiento. La dignidad humana se daña a través del trato injusto basado en características o circunstancias ajenas a las necesidades, capacidades o méritos de la persona. La dignidad humana se respeta a través de leyes que son atentas a las necesidades, capacidades y méritos de las personas en su individualidad, tomando en cuenta el contexto que rodea las diferencias entre las personas. La dignidad humana se daña cuando los individuos y los grupos son marginalizados, ignorados o devaluados, y se enriquece cuando las leyes dan pleno reconocimiento y lugar a todos los individuos dentro de la sociedad canadiense. La dignidad humana no se relaciona con el estatus o posición de un individuo en la sociedad en sí, sino con la manera en que la persona se siente legítimamente frente a una norma jurídica

chos sí están garantizados para las esposas cuando hubo matrimonio. La Corte concluyó que dicha exclusión violaba los derechos de igualdad previstos en el artículo 15 de la carta canadiense y que el estado civil es también uno de los motivos de discriminación. La juez McLachlin concluyó que en el caso en cuestión hubo una violación a la dignidad de un grupo históricamente desaventajado y que hubo discriminación basada en estereotipos de grupo (concubinas), para. 156.

⁷ Juez Iacobucci en el caso *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 SCR 497, para. 51. Este propósito ha sido reiterado en varias ocasiones; por ejemplo, en *Miron v. Trudel* [1995] 2 SCR 418; *Eagan v. Canada*, [1995] 2 SCR 513; *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143.

¿la ha tratado el derecho de manera injusta tomando en cuenta las circunstancias de los individuos afectados y excluidos por la norma?⁸

Este análisis de lo que significa la dignidad humana es específico pero no limitativo. Es problemático con respecto a su énfasis en el mérito. Las referencias al mérito suelen involucrar estándares preestablecidos que los individuos quizá no puedan alcanzar debido a desventajas históricas o atributos personales. Si la diversidad y la diferencia deben respetarse y ser aceptadas como partes fundamentales de la dignidad humana, nuestro entendimiento del mérito debe ser capaz de acomodar la diferencia, a fin de evitar que el criterio del mérito enmascare o perpetúe desventajas.⁹ Por otro lado, se entiende que la dignidad humana comprende amor propio y autoestima. Estos son conceptos que el derecho no ha abordado abundantemente. La autoestima o el amor propio no es algo que pueda ser distribuido de manera igualitaria. Se trata de sentimientos que se crean o destruyen dentro y a raíz de relaciones sociales, las cuales a su vez, están sujetas a eventos y procesos históricos, institucionales, estructurales y culturales que determinan el respeto y/o reconocimiento que se confiere a determinados grupos y que por ende influyen en la autoestima de los individuos pertenecientes al grupo. Determinar cuándo existe un daño a la autoestima o al amor propio de los individuos es problemático, generalmente, las cortes se basan en lo que una persona “razonable” sentiría. El juez Iacobucci lo explica de la siguiente manera:

Todas las características, historia y circunstancias del individuo o del grupo deben ser consideradas cuando se evalúa si una persona razonable en circunstancias semejantes a las del quejoso sentiría que la ley que impone trato diferencial tiene el efecto de menoscabar su dignidad.¹⁰

El problema es ¿cómo determinar quién es una persona “razonable”? Y si es que la cultura, religión u otras características y/o lealtades marcan la pauta de lo que se considera “razonable”, ¿quién sería una persona

⁸ *Law v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1991] 1 SCR 497 para. 53.

⁹ Small, Joan y Grant, Edvané, “Dignity, Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law”, *Human Rights Review*, col. 6, núm. 2, 2005, p. 39.

¹⁰ *Law v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 SCR 497 para. 60.

razonable que en circunstancias semejantes a las de un grupo de mujeres sometidas a acoso sexual sistemático, no pensaría que el derecho laboral la está tratando de manera diferente al ignorar sus denuncias de acoso por parte de colegas y jefes? Quizá no sea necesario encontrar alguien con quién comparar, toda vez que la comparación puede ser injusta, sino aprender a entender el daño tal cual lo experimenta la persona que ve su dignidad mermada.

En Sudáfrica, el valor de la dignidad humana guía la garantía de igualdad en respuesta a la historia de humillación y degradación del régimen de *apartheid*. Por ejemplo, la sección primera de la Constitución establece que el nuevo Estado Sudafricano está fundado en los valores de la dignidad humana, la consecución de la igualdad y el fomento de los derechos y libertades humanas. En Sudáfrica la dignidad humana se entiende con respecto a lo que fue negado a los individuos durante el régimen de *apartheid*.¹¹

De manera más concreta, puede decirse que dentro del derecho anti-discriminatorio, el valor de la dignidad humana influye y contribuye a:

1. Determinar los límites de los derechos constitucionales.
2. Decidir si un grupo determinado ha sido o no discriminado.
3. Determinar cuándo una supuesta conducta es en efecto discriminatoria.

En el primer caso, el valor de la dignidad humana es útil para determinar los límites de los derechos constitucionales. Por ejemplo, en Sudáfrica, la cláusula general de limitación en la Constitución establece que un derecho consagrado en la Constitución únicamente puede ser limitado en la medida en que tal limitación sea razonable y justificable en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad.¹²

La segunda y tercera forma en que la dignidad humana guía al derecho anti-discriminatorio están íntimamente relacionadas. La dignidad humana está a menudo presente en las cláusulas que prohíben la discriminación, complementando la lista de rasgos vedados. Por ejemplo, en el caso mexicano, el artículo primero de la Constitución establece que:

¹¹ Cowen, Susie, "Can Dignity Guide South Africa's Equality Jurisprudence?", *South African Journal on Human Rights*, vol. 17, 2001, p. 54.

¹² Constitución Sudafricana, ss. 39 (I) y 2.

... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Inclusive en jurisdicciones en las que no hay cláusula anti-discriminatoria, el valor de la dignidad humana es utilizado con el propósito de extender la lista de rasgos vedados hacia grupos que inicialmente no fueron previstos; por ejemplo, en Canadá la jurisprudencia indica que:

La igualdad significa que nuestra sociedad no puede tolerar distinciones legislativas que tratan a ciertas personas como ciudadanas de segunda clase, que las degradan, que las tratan como menos capaces sin razón justificada o que, de cualquier otra forma ofenden la fundamental dignidad humana.¹³

Tomar en cuenta la dignidad humana ofrece la posibilidad de extender la protección que ofrecen los preceptos anti-discriminatorios hacia grupos no previstos originalmente en las cláusulas relevantes. Esto significa que el análisis de lo que implica la dignidad humana ayuda a decidir si la discriminación en contra de un rasgo no especificado es injusta y es en efecto discriminación. Por ejemplo, si existe violación a la dignidad humana basada en la transexualidad, aun cuando la transexualidad no esté específicamente incluida dentro de la cláusula anti-discriminatoria, se considera que hay discriminación y en consecuencia este rasgo debe ser protegido.

En Canadá han habido varios casos que ejemplifican que la lista de rasgos vedados incluida en la sección 15 de la Carta Canadiense no es exhaustiva. El caso *Vriend v. Alberta* es un ejemplo en el cual la orientación sexual, aún no estando incluida como rasgo vedado, se incorporó a través del análisis de la dignidad humana. La Suprema Corte de Justicia Canadiense sostuvo unánimemente que la omisión de la orientación sexual por parte del gobierno de Alberta en su *Individual Rights Protection Act* (IRPA) violaba la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. La Corte consideró que tal omisión representaba un daño

¹³ *Egan v. Canada* [1995] 29 CRR (2d) 79 AT 104-5. En este caso la Suprema Corte estableció que la orientación sexual constituye un rasgo vedado de discriminación de acuerdo con la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

psicológico, por ejemplo, sostuvo que “el miedo a la discriminación lógicamente conlleva a la ocultación de la identidad de la persona y esto sin duda daña la seguridad y autoestima de la misma”.¹⁴ Tal omisión enviaba el mensaje de que “los gays y las lesbianas, a diferencia de otros individuos, no merecen protección”.¹⁵ La Corte estimó que este es un claro ejemplo de distinciones que humillan a los individuos, reforzando y perpetuando la idea de que gays y lesbianas no merecen protección como individuos dentro de la sociedad canadiense. Además, sostuvo que el daño a la dignidad y estima social que se confiere a gays y lesbianas constituye una forma de discriminación particularmente cruel. Por ende, la Corte concluyó que la IRPA debía incluir la orientación sexual como rasgo vedado.

En Sudáfrica, el análisis de la dignidad humana es útil no sólo para extender la lista de rasgos vedados sino también, para determinar si una conducta específica es discriminatoria o no. Para esto, la Corte considera:

varios factores (no exhaustivos), incluyendo la posición social de los quejosos, si es que han sufrido en el pasado patrones de desventaja, si la discriminación en el caso de que se trate está basada en alguno de los rasgos incluidos o en algún otro, así como la naturaleza, finalidad o propósito de la provisión o decisión que se considera supuestamente discriminatoria. Todos estos factores se toman en cuenta para determinar el grado en que la supuesta discriminación afecta los derechos o intereses de los quejosos y si la conducta menoscaba la dignidad humana o constituye un daño similarmente grave.¹⁶

Esto significa que la determinación de si una conducta constituye discriminación o no, depende de la evaluación del impacto de la conducta,

¹⁴ *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493. Casos como este a menudo combinan el análisis de la dignidad humana junto con el de la desventaja. Así por ejemplo, con respecto a la ciudadanía como rasgo potencialmente protegible se encuentra el caso *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 SCR 143. Otros casos similares son *Eagan and Nesbitt v. Canada* [1995] 2 SCR 513. Este caso es sobre la negación de derechos a la pensión para las esposas, basada en la definición de esposa heterosexual. *Canada v. Hislop* [2007] 1 SCR 429, por su parte, se refiere al diferente trato que reciben las esposas del mismo sexo con respecto al Plan de Pensiones Canadiense, lo cual viola la sección 15.

¹⁵ *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493, para. 102.

¹⁶ *Harsken v. Lane* NO 1998 (1) SA1 (CC); 1997 (11) BCLR 1489 (CC) para. 51.

decisión o norma, tomando en cuenta varios factores contextuales. Asimismo, determinar si existe discriminación basada en un rasgo no considerado originalmente como prohibido, depende del grado en que el trato diferencial basado en un determinado rasgo, tenga o no el efecto de menoscabar la dignidad humana o tener un efecto similar. Por ejemplo, en el caso *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education*, la Corte sostuvo que las diferenciaciones sobre la base de la ciudadanía en la contratación de maestros tenía el impacto de menoscabar la fundamental dignidad humana de los aplicantes. Los factores que contribuyeron a la decisión de este caso incluyeron el hecho de que los no-ciudadanos son una minoría, que carece de poder político y además, que los individuos no tienen control sobre su ciudadanía. Asimismo, se tomó en cuenta la evidencia de que hubieron amenazas e intimidación en contra de las escuelas que se atrevieron a considerar la contratación de maestros extranjeros y la historia de desventaja que han padecido las personas negras privadas de ciudadanía en el régimen de *apartheid*.¹⁷

Es posible concluir que el desarrollo jurisprudencial sobre el significado legal de la dignidad humana en Canadá y Sudáfrica proporciona algunas pautas para comprender la manera en que la dignidad humana es dañada pero también sobre la manera en que puede protegerse. La dignidad humana significa que el individuo siente autoestima y amor propio. Tiene que ver con la integridad física, psicológica y empoderamiento. Determinar cuándo existe violación a la dignidad humana, requiere de un análisis contextual; es decir, tomar en cuenta las circunstancias históricas, económicas, políticas y sociales que rodean una determinada conducta; por ejemplo, el hecho de que un grupo haya sufrido en el pasado de patrones de desventaja como el *apartheid* en Sudáfrica. Dicho lo anterior, el contexto no sólo se refiere a patrones de discriminación en el pasado, sino también contemporáneos, por ejemplo, en el caso de la preferencia sexual, la desventaja no es sólo histórica sino también notablemente contemporánea. El análisis de la dignidad humana está íntimamente ligado al análisis de los patrones de desventaja. El siguiente apartado expone la manera en que el derecho anti-discriminatorio aborda el tema de la desventaja fundamentalmente como un criterio que determina cuándo y contra quién hay discriminación.

¹⁷ *Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education (North West Province) and Another* 1998 (1) SA 745 (CC); 1997 (12) BCLR 1655 (CC).

IV. DESVENTAJA

La existencia de la desventaja es el resultado de vivir en un mundo desigual, en donde hay diferencias enormes en el ingreso, la salud, el estatus social, etcétera. Tomar en cuenta la existencia de la desventaja es separarse de la noción de igualdad formal, la cual implica tratar a todas las personas de manera igual, sin importar sus “diferencias”. Esta concepción de la igualdad ignora desigualdades fácticas y por tanto pierde contacto con la realidad. La desventaja a menudo es entendida como patrones históricos de discriminación, tales como el *apartheid* en Sudáfrica, la discriminación religiosa en Irlanda, la esclavitud y el nazismo alemán de los cuales quedan resabios en sociedades contemporáneas y perpetúan la subordinación y discriminación en contra de ciertos grupos. Sin embargo, la desventaja también comprende formas más sutiles pero no menos insidiosas y que están presentes en sociedades contemporáneas. Quizá el ejemplo más claro sea la opresión de las mujeres.¹⁸

La desventaja puede percibirse de varias maneras, incluyendo la subrepresentación crónica en ciertos tipos de trabajo, posiciones de poder, acceso desigual a bienes y servicios o la imposición de cargas en contra de aquellos que insisten en mantener preferencias culturales o religiosas que están en conflicto con aquellas de los grupos dominantes. Todo esto en junto, a menudo se conoce como discriminación estructural.

La palabra “dominación” es un término común para referirse a estos patrones de desventaja. Sin embargo, hablar de dominación va más allá de una mera localización de desigualdades existentes y desventajas sociales. Hablar de dominación es poner estas desventajas en contexto e identificar la realidad social que las ha creado. Por ejemplo, optar por el lenguaje de la dominación es referirse a la discriminación en contra de las mujeres en vez de a la desigualdad de género.

Refiriéndose a la dominación de las mujeres, Catharine Mackinnon enlista varios abusos basados en el sexo que operan mayoritariamente en contra de las mujeres. La autora en comentario se refiere a hechos de los que antes de 1970 se hablaba muy poco; por ejemplo, la pobreza ligada al género, la violencia familiar, la segregación en los trabajos menos remunerados y menos reconocidos, la violación, el intento de violación (contra el cual se hace virtualmente nada), la violencia física como parte integral de

¹⁸ Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2002, p. 19.

la prostitución, prostitución como condición económica de las mujeres, es decir, lo que las mujeres tienen que hacer cuando todo lo demás fracasa, y a menudo las cosas fracasan para muchas mujeres y la pornografía, la industria multimillonaria que no sólo se basa en la existente subordinación de las mujeres sino que al mismo tiempo la crea y recrea.¹⁹

Los ejemplos mencionados anteriormente revelan el hecho de que la desventaja es ante todo, una “relación”. Esto significa que ser mujer, por ejemplo, no representa en sí mismo una desventaja, sino que son las relaciones —de dominación— las cuales cargan a las mujeres de estereotipos y malos tratos. Igualmente, el racismo puede entenderse como el producto de relaciones. El racismo, de acuerdo con este enfoque, no se refiere a características objetivas de la persona sino a relaciones de dominación y subordinación, de odio hacia los “otros” en aparente defensa de uno mismo, perpetradas y supuestamente legitimadas a través de imágenes de los “otros” como inferiores, aborrecibles e inclusive subhumanos.

El combate a la desventaja en el derecho antidiscriminatorio es tanto una meta como un principio que guía los preceptos antidiscriminatorios. Esto involucra, por un lado, abandonar una visión abstracta de la igualdad y la justicia y en cambio, optar por un enfoque sociolegal en el cual lo fundamental es la manera en que las personas experimentan en los hechos la desigualdad y la injusticia. Por otro lado, combatir la desventaja significa reconocer y atacar las relaciones de poder que resultan en discriminación.

La desventaja es a menudo estructural. Esto significa, por un lado, que existen patrones de desventaja, es decir, que hay grupos que se encuentran desproporcionada y persistentemente en las peores circunstancias, y por el otro, que existen ciertos arreglos, prácticas, estructuras sociales, culturales e institucionales que producen estos resultados. Combatir la desventaja es, en suma, una meta que el derecho antidiscriminatorio debe cubrir para ser efectivo, toda vez que las leyes en contra de la discriminación son efectivas únicamente cuando responden a las desigualdades históricas y políticas de las sociedades que regulan. Es precisamente su conexión con la realidad lo que hace del derecho antidiscriminatorio una herramienta útil.

¹⁹ MacKinnon, Catharine, “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en Fredman, Sandra (coord), *Feminism Unmodified*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1987, pp. 40 y 41. Véase también, MacKinnon, Catherine, “Francis Biddle’s Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech”, en *ibidem*.

Tener el combate a la desventaja como meta del derecho antidiscriminatorio significa en la práctica un límite. Es decir, el combate a la desventaja circunscribe el ámbito de acción del derecho antidiscriminatorio, lo limita a enfocarse a las experiencias y obstáculos que enfrentan determinados grupos. El derecho antidiscriminatorio tiene su razón de ser en la existencia de la subordinación de ciertos grupos y la existencia de relaciones desiguales de poder sistémicas. En otras palabras, el derecho antidiscriminatorio se concentra en ciertos grupos dadas las relaciones de dominación y desventaja que experimentan. Algunos de estos grupos son, por ejemplo, las mujeres debido a la dominación masculina en sociedades, incluyendo las más democráticas; las personas homosexuales, especialmente en contextos en donde la religión les desprecia; los grupos indígenas en sociedades excoloniales principalmente; etcétera. El derecho antidiscriminatorio debe tender al combate de la desventaja y es precisamente la existencia de desventajas lo que explica la existencia de esta rama del derecho. La desigualdad que los grupos mencionados experimentan en los hechos es un recordatorio de las relaciones de poder existentes, las diversas formas en que estos grupos experimentan la discriminación es el *estatus quo* que se intenta pelear a través del combate a la desventaja.

Finalmente, cabe recalcar que el problema no es la diferencia, dado que en muchas ocasiones, lo que se busca en realidad es un trato diferente. El problema real es la desventaja. Como resulta evidente, en no pocas ocasiones es precisamente el hecho de ser diferente lo que resulta en relaciones de dominación y consecuente desventaja; sin embargo, es necesario remover la denotación peyorativa que se tiene de la diferencia. Ser “diferente” de manera aislada no representa desventaja alguna, la desventaja es el resultado de relaciones de dominación. Ser diferente no implica protección “especial”, ni hace a las personas menos o más valiosas, ni más o menos débiles. La diferencia no es más que una relación social que necesita ser mejor entendida a fin de que las cualidades de la persona o del grupo al que pertenece no sean vistas como “desviadas de la norma” sino como parte de la humanidad tal cual son parte las demás personas. Por ejemplo, el momento en que las mujeres dejen de ser evaluadas con estándares masculinos, derechos tales como los derivados de la maternidad no serán considerados como cargas “extra” para las instituciones sino derechos fundamentales igualmente valorados como lo son derechos a la libertad de expresión o el voto.

V. CONCLUSIONES

El desarrollo del derecho antidiscriminatorio revela que no podemos entender los objetivos de esta rama del derecho en referencia a una concepción puramente formal de la igualdad en donde las personas deben ser tratadas de forma igual sin importar sus diferencias. El concepto de igualdad sustancial recoge de mejor manera las demandas contemporáneas de igualdad y el consecuente desarrollo de los preceptos y estrategias que responden a estas demandas. La igualdad, cuando es entendida de manera sustancial, significa valorar la diferencia y el combate a la discriminación tal cual se manifiesta en los hechos.

Cuando el derecho antidiscriminatorio toma la igualdad sustancial como su objetivo principal, debe tender a la protección de la dignidad humana y combatir la desventaja. Estas dos condiciones pueden considerarse las herramientas y propósitos clave del derecho antidiscriminatorio.

Si bien el significado de la dignidad humana es complejo e inacabado, también es cierto que existen patrones claros de su interpretación por parte de dos de las jurisdicciones más avanzadas en el tema del derecho antidiscriminatorio, a saber, Canadá y Sudáfrica. La dignidad humana ha sido interpretada de manera que el individuo sienta autoestima y amor propio. Tiene que ver con integridad física, psicológica y empoderamiento. La dignidad humana se protege a través de leyes que son atentas a las necesidades, capacidades y méritos de las personas en su individualidad, tomando en cuenta el contexto que rodea las diferencias entre las personas y se enriquece cuando las leyes dan pleno reconocimiento y lugar a los individuos y grupos dentro de la sociedad. La dignidad humana se daña cuando los individuos y los grupos son marginalizados, ignorados o devaluados.

Determinar cuándo existe violación a la dignidad humana, requiere de un análisis contextual; es decir, tomar en cuenta las circunstancias históricas, económicas, políticas y sociales que rodean una determinada conducta o norma y que resultan en patrones de desventaja en contra del individuo y del grupo al que pertenece; por ejemplo, el hecho de que un grupo haya sufrido en el pasado de patrones de desventaja como el *apartheid* en Sudáfrica, ésta es una circunstancia histórica de la que quedan resabios en el presente; por ejemplo la subrepresentación en ciertas profesiones y el menor nivel educativo de ciertos grupos raciales. Dicho lo anterior, el contexto no sólo se refiere a patrones de discriminación en

el pasado, sino también contemporáneos, es decir, eventos y/o prácticas políticas, económicas y culturales que influyen en la manera en que los grupos son tratados en el presente.

La desventaja puede percibirse de varias maneras, incluyendo la subrepresentación crónica en ciertos tipos de trabajo, posiciones de poder, acceso desigual a bienes y servicios o la imposición de cargas en contra de aquellos que insisten en mantener preferencias culturales o religiosas que están en conflicto con aquellas de los grupos dominantes.

La protección de la dignidad humana junto con el combate a la desventaja en el derecho antidiscriminatorio son tanto metas como guías de los preceptos antidiscriminatorios y decisiones judiciales. En la práctica, proteger la dignidad humana y combatir la desventaja han sido útiles para entender y extender las listas de rasgos protegidos en las cláusulas antidiscriminatorias hacia grupos no originalmente previstos y para determinar si una conducta o ley es discriminatoria o no. Tanto la protección de la dignidad humana como el combate a la desventaja involucran por un lado, abandonar una visión abstracta de la igualdad y la justicia y en cambio, optar por un enfoque socio-legal en el cual lo fundamental es la manera en que las personas experimentan en los hechos la desigualdad y la injusticia. Por otro lado, involucran reconocer y tomar medidas en contra de los patrones estructurales, institucionales y culturales, y las relaciones desiguales, poder y opresión, que resultan en discriminación. Es decir, que para ser efectivo, el derecho antidiscriminatorio debe responder a las desigualdades fácticas de las sociedades que regulan porque es finalmente su conexión con la realidad y con los grupos desaventajados lo que hace del derecho antidiscriminatorio una herramienta realmente efectiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

COLLINS, Hugh, "Discrimination, Equality and Social Inclusion", *The Modern Law Review*, vol. 66, 2003.

COWEN, Susie, "Can Dignity Guide South Africa's Equality Jurisprudence?", *South African Journal on Human Rights*, vol. 17, 2001.

FREDMAN, Sandra, "Equality: A New Generation?", *Equality Law: Reflections from South Africa and Elsewhere*, *Acta Juridica*, Faculty of Law, University of Cape Town, 2001.

- , *Discrimination Law*, Reino Unido, Oxford University Press, 2002.
- GRANT, Edvané, “Disadvantage and Discrimination: The Emerging Jurisprudence of the South African Constitutional Court”, *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 61, núm. 2, 2000.
- HEPPLE, Bob, Coussey, Mary and Choudhury, Tufyal, *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, The University of Cambridge, Centre for Public Law and Judge Institute of Management Studies, Hart Publishing, 2000.
- HURLEY, Mary C, *Charter Equality Rights: Interpretation of Section 15 in Supreme Court of Canada Decisions*, Library of Parliament, Law and Government Division.
- LACEY, Nicola, *Unspeakable Subjects*, Oxford, Hart Publications, 1998.
- MACCRUDDEN, Christopher, “Human Dignity”, *University of Oxford Faculty of Law. Legal Studies Research Paper Series*, documento de trabajo núm. 10, 2006.
- MACKINNON, Catharine, “Difference and Dominance: On Sex Discrimination”, en MACKINNON, Catharine (coord.), *Feminism Unmodified*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1987.
- MACKINNON, Catharine “Francis Biddle’s Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech” en MACKINNON, Catharine (coord.), *Feminism Unmodified*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1987.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación”, en CARBONELL, Miguel y VALADÉS, Diego (coords), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, t. I.
- , *Principio de Igualdad. Alcances y Perspectivas*, México, 2a. ed., Porrúa-UNAM, 2007.
- RÉAUME, Denise, “Discrimination and Dignity”, *Louisiana Law Review*, vol. 63: 645, 2003.
- SMALL, Joan y GRANT, Edvané, “Dignity, Discrimination and Context: New Directions in South African and Canadian Human Rights Law”, *Human Rights Review*, col. 6, núm. 2, 2005.
- THOMAS, Clarence, “Affirmative Action Goals and Timetables: Too Tough? Not Tough Enough!”, *Comentario para Yale Law and Policy Review*, Estados Unidos, vol. 5.

- , “Lasting Stigma: Affirmative Action and Clarence Thomas’ Prisoners’ Rights Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, Jurisprudence Note, vol. 112, núm. 6, abril de 1999.
- TOWNSHEND-SMITH, *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Cavendish, UK, 2004.
- YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, University Press, 1990.

VII. CASOS CONSULTADOS

Canadá

- Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 SCR 143.
- Canada v. Hislop* [2007] 1 SCR 429.
- Eagan v. Canada*, [1995] 2 SCR 513.
- Eagan and Nesbitt v. Canada* [1995] 2 SCR 513.
- Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 SCR 497.
- Miron v. Trudel* [1995] 2 SCR 418.
- Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493.

Sudáfrica

- Harsken v. Lane* NO 1998 (1) SA1 (CC); 1997 (11) BCLR 1489 (CC).
- Larbi-Odam and Others v. Member of the Executive Council for Education (North West Province) and Another* 1998 (1) SA 745 (CC); 1997 (12) BCLR 1655 (CC).
- President of the Republic of South Africa v. Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC).