

La igualdad y la diferencia en el Estado constitucional de derecho. Una reflexión feminista a la luz del pensamiento garantista

Gerardo González Ascencio*

Este artículo se refiere a cómo deben ser tratados los diferentes en el Estado constitucional de derecho. Inicia con una larga revisión sobre las posturas de la cultura jurídica, y de los teóricos, en relación con la manera en la que se ha abordado la igualdad y la diferencia entre los géneros y formula una crítica a las respuestas que sostienen como suficiente la igualdad declarativa a nivel constitucional; también a quienes son partidarios de su negación y, por lo tanto, reivindican modelos legales singulares en donde la diferencia sea reconocida; da cuenta, por último, de aquellos que llaman la atención sobre la labor legislativa para incorporar paradigmas normativos más universales.

Esencialmente, invita a repensar el principio de igualdad jurídica como constitutivo de la cultura normativa y como *derecho fundamental* de todos, incluyendo a los diferentes. Para garantizarlo, apunta la necesidad de pensar en establecer un conjunto de *garantías sexuadas* y, en algunos casos, un *derecho sexuado*, como parte de un horizonte democrático en donde los diferentes tengan plena seguridad jurídica de su reconocimiento como iguales ante la ley.

This article is about the way the different ones are treated in the state constitutional right. It begins with a long revision about the positions of the juridical culture and the theorists in relationship with the form in which the equity and the difference between the genders. At the same time, it formulates a critic to responses that uphold declarative equality as sufficient in the constitutional level. Here, we also criticize those who are in favor of its denial; therefore, they claim singular legal models in which the difference is recognized. Finally, this article describes people who turn our attention to the legislative work to add more universal normative paradigms.

In essence, this paper invites to think over the principle of juridical equality as constitutive of the normative culture and everybody fundamental right including the different ones. To guarantee it, there is a necessity of thinking to establish a series of sexed guarantees and, in some cases, a sexed right, as part of a democratic horizon where the different ones have full juridical security of their acceptance as equal in the presence of the Law.

SUMARIO: Introducción. El feminismo, la igualdad y la diferencia. Conclusiones. Bibliografía.

* El autor es profesor-investigador de tiempo completo, adscrito al Departamento de Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, actualmente se encuentra elaborando su tesis de Doctorado en el Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma Metropolitana.

Introducción

En la última mitad del siglo pasado nuestro país dejó de ser una nación eminentemente rural, la proporción de habitantes de zonas urbanas, desde la posguerra, se ha constituido como el segmento mayoritario; predominan, ahora, las familias monoparentales con relación a los modelos extensivos de familia, los miembros de las familias han transformado profundamente sus roles y funciones, de hecho, se puede afirmar que en la actualidad aproximadamente el 25% de los veintitrés millones de hogares mexicanos tienen como cabeza de familia a una mujer. La economía mexicana ha vivido un profundo cambio al desarrollarse un intenso proceso de industrialización, mismo que ha generado una creciente incorporación de las mujeres a la vida pública productiva; el promedio de vida alcanza ya los 79 años y el acceso a los métodos anticonceptivos y a la planificación familiar ha reducido el crecimiento poblacional a porcentajes menores al 3% anual (En una generación, el número de nacimientos pasó de 5.8 [1979], a 2.3 por familia en el año 2000); también, en la última mitad del siglo xx se logró una enorme participación del género¹ femenino en los diferentes niveles de la instrucción escolar, elevando con ello los promedios de educación y modificando patrones tradicionales de comportamiento y la relación del sujeto femenino con su entorno.

El Derecho mexicano ha sido reflejo fiel, aunque generalmente retrasado, de estos cambios. En el tema de las mujeres este sujeto político emergió desde los albores del siglo pasado; ya desde la constitución de 1917, en el artículo 123 de nuestra carta magna, se hacía evidente la necesidad de reconocer la especificidad del trabajo femenino. La anterior modificación del marco legal de actuación de los sujetos sociales se vio acompañada, en la época de la institucionalización de la Revolución Mexicana,² de disposiciones particulares en la Ley Federal del Trabajo, promulgada en 1931, en donde se reconocen los cuidados maternos, la licencia por maternidad, la prohibición de realizar trabajos peligrosos y una serie de disposiciones similares tendientes a protegerla; cabe señalar también la aparición, en ese cuerpo normativo, de un capítulo de trabajos especiales referido al quehacer doméstico. También en 1929 se promulga un

¹ El concepto de “género” es más que una categoría relacional: “es una teoría amplia que abarca categorías, hipótesis, interpretaciones y conocimientos relativos al conjunto de fenómenos históricos construidos en torno al sexo” (Lagarde, 1996: 26). El género como construcción simbólica capta los atributos asignados a las personas a partir de su sexo. Estamos hablando de atributos biológicos, físicos, económicos, sociales, psicológicos, eróticos, jurídicos, políticos, y culturales que influyen sobre la organización de la sociedad en todas sus vertientes y sirven como la base de la creación de cierto orden de poder. “En conjunto es un complejo mosaico de generación y reparto de poderes que se concretan en maneras de vivir y en oportunidades y restricciones diferenciales” (*Ibid.*, 29).

² Una vez derrotados los ejércitos campesinos de Villa y Zapata, el Constitucionalismo triunfante inició el proceso de institucionalización de la Revolución Mexicana. Se puede afirmar que éste no terminó sino hasta 1940, al final del sexenio Cardenista.

nuevo Código Civil en donde se reconocen 17 causales de divorcio, además de tutelar el Régimen del matrimonio y lo referido a las instituciones jurídicas de la Patria Potestad y los alimentos, entre otras grandes transformaciones.³

En 1953 se le reconoce el derecho de voto a la mujer para las elecciones federales y en 1974, con motivo del año Internacional de la Mujer, a celebrarse el año siguiente en nuestro país, se eleva a rango constitucional la igualdad jurídica de la mujer con respecto al varón y se establece, en el Artículo 4º de dicho ordenamiento, la posibilidad de que la pareja decida de manera libre, responsable, e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

En adición a los cambios legislativos señalados y a algunos otros que atienden a su condición de vulnerabilidad, como las reformas integrales en materia de delitos sexuales de 1991 y la promulgación de la primera Ley de Asistencia y Prevención en materia de Violencia Intrafamiliar, de 1996, durante las últimas décadas también se ha vivido un profundo proceso de crítica a las instituciones totales⁴ y, por consiguiente, un incremento de estructuras descentralizadas, entre las que sobresalen los servicios de asistencia social, servicios de salud mental, programas de distribución de alimentos (dentro de los que destacan la tortilla, la leche y los desayunos escolares), servicios relacionados con la seguridad social, de asistencia sanitaria y una enorme cantidad de programas de carácter social estimulados y apoyados por fondos públicos.

Por lo que hace a la práctica jurídica, aparecieron agencias especializadas en materia de delitos sexuales, desde 1989, fiscalías en esa materia, centros de orientación y terapia, unidades de atención a la violencia intrafamiliar y comisiones de equidad y género en las distintas secretarías de Estado y en el poder legislativo, también existen comisiones de la mujer a nivel Estatal y a nivel nacional un Instituto de las mujeres. Fue así como culminó, en apariencia, un largo camino de transformaciones sociales y culturales tendientes a elevar el estatus de la mujer y a reconocer, *en los hechos*, su igualdad jurídica frente al varón.

³ No está por demás recordar que durante el periodo Juarista (1857), al separarse los negocios de la Iglesia de los negocios Civiles, el Estado Mexicano formalizó el matrimonio civil y reconoció el divorcio. Algunas naciones modernas como España y Argentina lo aceptaron hasta las últimas décadas del siglo xx.

⁴ Las instituciones totales son caracterizadas por Edwin Goffman como aquellas en que “Primero, todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se dá el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntos las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone de arriba mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución. Ver: (Goffman, 1992: 19-20).

El feminismo, la igualdad y la diferencia

A pesar de esas reformas, la condición marginal de la mujer mexicana es evidente, de manera que resulta indispensable reflexionar sobre las implicaciones que conllevó el reconocimiento constitucional de la igualdad jurídico-formal de hombres y mujeres; sobre todo si se considera que esta ruta se constituyó en la principal vía de acceso para modificar estructuralmente su situación.

Frente al problema del rezago estructural de la condición de las mujeres, a la cultura jurídica se le planteó el problema práctico de ¿qué hacer con el diferente?, ¿cómo tratarlo? En este escenario, desde los inicios de la década de los setenta, destacó la postura de quienes señalaron como solución a la inequidad entre los géneros la posibilidad de reconocer la igualdad jurídica formal entre el hombre y la mujer (esta posición se volvió hegemónica con la reforma al Artículo 4° Constitucional, en 1974).

Sin embargo, después de tres décadas podemos afirmar que dicho planteamiento no constituyó una alternativa real frente a los problemas del discrimen en función del sexo, puesto que, desde mi perspectiva, tal modificación, importante en su momento, escondió o volvió invisibles las diferencias reales y culturales entre los géneros.

De origen, esta postura descuidó la función que cumple la norma jurídica al promulgarse. En el trabajo de legislar, al producir una norma se capturan paradigmas ideales de comportamiento, tomados por el legislador como “el modelo de lo humano”, mismos que operan como referentes frente al conjunto de la sociedad, de manera especial frente al resto de los diferentes al comportamiento normado; es decir, frente a los que quedan fuera de la norma, frente a los *a-normales*. El problema se complica cuando se comprende que, de manera lógica, en la captura de comportamientos ideales se encierra la visión hegemónica sobre dicho paradigma. En otras palabras y pensando en la condición de las mujeres, el problema del Derecho es que al legislar se capturan comportamientos típicamente masculinos y al establecerse la igualdad jurídica formal entre hombres y mujeres, la visión y los comportamientos de los diferentes, en este caso la visión femenina, han sido, coercitivamente –bajo la amenaza de la *anormalidad*–, compelidos a comportarse tal y cual imperan en el modelo normativo. Ana María Fernández le llama al anterior problema metodológico “la episteme de lo mismo”, comenta que:

Con la modernidad, el Hombre, “medida de todas las cosas”, funda en sí un lugar excepcional, pero en ese “todas las cosas” sigue estando él, sólo él; no tiene otra medida que él mismo; no ya una reflexión del orden de las identidades y diferencias entre todos los seres humanos, sino un pensamiento hacia el develamiento de *lo mismo*.

Se construyen así desde determinadas condiciones de posibilidad –y no otras–, desde el a priori de *lo mismo*. Esto significa, en primer término, que las condiciones de posibilidad de un saber sobre lo humano estarán dadas desde categorías que abrirán identidades

y no diferencias. En consecuencia, se fundarán en un principio de ordenamiento que consiste en la exclusión, la segregación, la jerarquización inferiorizante de la alteridad, lo otro, lo diferente. Al entronizarse *lo mismo*, se pierde el juego dialéctico entre Identidad y Diferencia. Al cristalizarse lo *uno* en figura y lo *otro* en fondo, no alcanzan su reversibilidad. *Lo mismo* será siempre eje de medida, positividad. *Lo otro* será siempre margen, negatividad, doble, sombra, reverso, complemento. *Lo mismo*, al no poder pensarse nunca como *lo otro*, se ha transformado en lo único. (Fernández, 1994: 35).

Decía en el párrafo anterior que la captura normativa de comportamientos ha sido la típicamente masculina. Habría que reconocer excepciones en Derecho Laboral, como la licencia por maternidad y los cuidados maternos, o en el caso del Derecho Penal delitos *típicamente femeninos*, como el aborto o el filicidio, sin embargo es de llamar la atención que precisamente en el único espacio en donde el Derecho reconoce especificidad de la diferencia entre los géneros sea en el relacionado con la reproducción de la especie y, precisamente entonces, la norma termina por reforzar el control social⁵ sobre los roles socialmente determinados para las mujeres.

Es así como el mito de la igualdad jurídica formal termina convirtiéndose en una enorme desventaja para los diferentes, en este caso para las mujeres, al tratarlas como iguales frente a una referencia previa del paradigma ideal del comportamiento normado (Baratta, 1986: 168 y ss.).

De manera que la reforma de 1974 al artículo 4º constitucional originó un triple escenario teórico: aquel que declara que con este reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres se han satisfecho los reclamos femeninos y que su marginalidad será superada por una especie de prescripción positiva, en donde lo que hay que hacer es que la reivindicación de sus derechos y el tiempo cumplan su función; el que niega que este nuevo estatus permita transformar estructuralmente la condición marginal de las mujeres y reclama una incorporación de la perspectiva de género⁶ haciendo una

⁵ Entiendo por control social los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones. Puede verse: (Cohen, 1988: 15 y Bustos y Hormazábal, 1997: 15).

⁶ De acuerdo con la primera nota, la teoría que alimenta esta perspectiva proporciona recursos ausentes en otros enfoques, para comprender la complejidad social, cultural y política existente entre mujeres y hombres. Es una visión explicativa, analítica, y alternativa, como política y crítica, “que reclama el fin de la intolerancia y la construcción de la mutua aceptación basada en el reconocimiento de la equivalencia humana” (Lagarde, 1996: 11). Propone una visión de la humanidad diversa y democrática que requiere que las mujeres y los hombres seamos distintos a lo que somos y éramos; sólo así se construye una democracia genérica que nos reconoce en nuestra diversidad. Uno de los primeros fines de la perspectiva de género es participar en la construcción de una “nueva configuración de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres” (*Ibid.*, 13). Desde luego, revelar esta nueva configuración de la realidad nos obliga a plantearnos nuevos problemas y alternativas, y a incluir a las mujeres dentro de la sociedad, el proceso de desarrollo, la política, el Estado y la vida en democracia.

lectura de tal categoría referida exclusivamente a la visión de las mujeres y reclamando, por lo tanto, un derecho singular para su condición y; finalmente, existe también el escenario de quienes señalan la necesidad de que la cultura jurídica mexicana reconozca que, para que la declaración formal de igualdad jurídica sea eficaz, hace falta romper el paradigma masculino que se toma como ejemplo normativo y reclama, sin divorciarse de la perspectiva de género, que en la función creativa del legislador se parta de paradigmas más incluyentes.

De manera que, frente al problema práctico de ¿cómo tratar diferente?, los teóricos del Derecho alternativo han sugerido varias estrategias de reformas legislativas. Dado que la postura de quien sostiene la tesis de prescripción positiva para igualar al varón y a la mujer ha probado, en los hechos, su escasa viabilidad, la estrategia más socorrida ha sido la derivada del segundo escenario que reclama un derecho singular para el diferente. Esta posición, que goza de amplias simpatías, se ha desarrollado sobre todo alrededor de la construcción de un *derecho paralelo*, identificado con los partidarios de “los Derechos de las minorías”. El problema del anterior planteamiento teórico proviene desde su génesis, pues ubica y reconoce como minorías a amplios sectores de la población (mujeres, niños, envejecientes, discapacitados, minorías étnicas, minorías sexuales, religiosas y políticas, etc.). Así, en países del primer mundo, principalmente en los Estados Unidos, de donde proviene el mayor impulso al modelo referido, existe y se ha desarrollado una larga escuela de derecho de minorías y, sin temor a dudas, se puede reconocer un derecho para los discapacitados, otro para los negros, otro para los indios, uno más para los homosexuales, otro para las mujeres, y así hasta el infinito (Hughes, 1994: 210 y ss.).

La crítica más poderosa frente a la ruta norteamericana de caminar, reconociendo a las minorías, por el sendero de los estancos, consiste en la enorme compartimentalización que se hace de la sociedad y su diversidad. Terminando todos, según su diferencia, aislados los unos de los otros, sin posibilitar la solidaridad social y el cambio estructural de su estatus.⁷

De manera que a mí me parece que el último de los escenarios es el más acertado para enfrentar el problema de tratar a los diferentes como iguales; tiene, como primer punto de partida, el reconocimiento de que los paradigmas de comportamiento que encierra la norma jurídica deben partir de un modelo integrador, universal. Se trata, en última instancia, de exigirle al legislador la ardua responsabilidad de pensar en la complejidad humana, de retomar modelos de comportamiento universales, a partir del reconocimiento de las diferencias.

⁷ Elena Larrauri da cuenta de un esfuerzo similar para corregir el problema señalado, le denomina derecho penal de la diferencia pero, como ella misma reconoce, se debe estar consciente “...de que el precio que se paga es seguir presentando a la mujer como un ser distinto y necesitado de un trato especial”. (Larrauri, 1994: 100).

Éstos son los problemas que aborda Luigi Ferrajoli en *igualdad y diferencia*, el tercer capítulo de “Derechos y Garantías. La ley del más débil”. Para este profesor de filosofía del derecho de la Universidad de Camerino es posible distinguir cuatro posibles modelos de configuración jurídica de las diferencias y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia:

El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia (s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según esto, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora. [...] Un paradigma anarquista, que en sus formas extremas coinciden con la ausencia no sólo de derecho sino de derechos, [...] En tales sociedades, el destino de las diferencias aparece confiado a las relaciones de fuerza. [...]

El segundo modelo es el de la *diferenciación jurídica de las diferencias*, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Según esto, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras resultan asumidas como *status* privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; [...] Éste es el paradigma discriminatorio de los ordenamientos jerarquizados de casta o de clase propios de las fases más arcaicas de la experiencia jurídica y todavía dominantes en el mundo jurídico premoderno. Pero también el paradigma que persiste en los orígenes de la modernidad, cuando la igualdad y los consecuentes derechos “universales” aparecen pensados y proclamados, en las primeras constituciones liberales, únicamente con referencia al sujeto macho, blanco y propietario, [...] Es claro que las diferencias [...] se encuentran en este modelo pensadas y sancionadas como desigualdades. [...]

El tercer modelo es el de la homologación jurídica de las diferencias: las diferencias, empezando por la del sexo, son también en este caso valorizadas y negadas; pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. [...] en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogo al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad. [...] Es [...] el modelo de la asimilación propio de los ordenamientos liberales, que sin poner en cuestión la parcialidad del sujeto universalizado del modelo precedente, lo asumieron como término “normal” y “normativo” de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás sólo en cuanto homologados con él. [...] Pero, precisamente porque desconocida de derecho, aquella resulta penalizada de hecho [...] por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad.



[...] existe también un cuarto modelo de configuración jurídica de las diferencias, el de la igual *valoración jurídica de la diferencias*, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales [...] y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. A diferencia del primero, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todos su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales. Del segundo se distingue porque no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento. Del tercero le separa el dato de que no desconoce las diferencias, sino que, al contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una

funda su amor propio y el sentimiento de la propia autonomía en las relaciones con los demás. La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad (Ferrajoli, 1999: 74 y ss.).

Como se puede fácilmente comprender, el estatus legal de la mujer mexicana, en relación con el problema de su diferencia, se encuentra ubicado precisamente dentro del tercer escenario planteado por Ferrajoli, pues en la reforma del artículo 4º Constitucional, vigente desde 1974, el modelo paradigmático que sirvió para igualar a la mujer es parcial, al tomar como medida de lo humano el comportamiento típicamente masculino. De ahí que frente a las diferencias ignoradas por la homologación de la abstracta igualdad entre hombres y mujeres, una parte de la crítica feminista sostenga la necesidad de su negación; esto es, la conveniencia de reconocer al sujeto femenino no como igual, sino como diferente y, por lo tanto, con estatus jurídico singular; precisamente en esa diferencia, construir un escenario fincado en la igualdad de derechos.

Esta postura, en los hechos, negaría la igualdad como principio fundamental. Frente a esa posición, sostenida incluso por el autor de este artículo hace ya algunos años (González, 2000: 102), Luigi Ferrajoli nos sugiere una mayor y radical reflexión: la conveniencia de reformular el principio de igualdad, rastreando los orígenes racionales del mismo, plasmado por los liberales ilustrados en la *Declaración de Derechos* de 1789. Así, a diferencia de las lecturas críticas que se le han hecho, muchas de ellas, como ya dijimos, provenientes del feminismo, nos propone hacer una lectura radicalmente diferente: se trata, dice, de considerarlo **“no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser.”** (Ferrajoli, 1999: 78). De manera que, entonces, el principio de igualdad se convierte, así, en algo más que una mera declaración abstracta. Según Ferrajoli, en realidad se trata de un principio normativo, es decir, la igualdad no se declara, se alcanza. Para este autor, que el término “igualdad” fuese establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un principio normativo no significa otra cosa que **“los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla.”** (Ferrajoli, 1999: 79).

La “diferencia” sí constituye un término descriptivo, dada la indudabilidad de esta condición entre los seres humanos. De hecho, la conformación de la identidad individual se funda, precisamente, en este reconocimiento: la diferencia con el otro, la diferencia con los demás.⁸ De forma tal que, al postularse como principio, la “igualdad” se constituye en un enunciado por alcanzar, en un deber ser, como ya se dijo, de la norma jurídica. En el fondo, la interpretación Ferrajoliana nos pide que la diferencia no sea tratada como igualdad normativa sino que en la tarea legislativa y en el modelo garantista de Estado Constitucional de Derecho la función de la norma jurídica será, precisamente, que estas diferencias sean reconocidas, que se tutelen, respeten y garanticen, en congruencia con el proclamado principio de igualdad. (Ferrajoli, 1999: 79).

El siglo de las luces y su racionalidad dieciochesca, en su disputa con el despotismo monárquico –que se basó en la desigualdad en el trato para los distintos estancos sociales–, reclamó la igualdad de todos los hombres frente a la ley, haciendo de su ideario un modelo normativo que ocultó lo que las propias relaciones sociales generaban: la desigualdad. Este implícito de la igualdad frente a los demás y entre todos los seres humanos ocultó el modelo que sirvió de base para proclamarla: eran iguales los Hombres (excluyendo a las mujeres), Blancos (excluyendo a las otras razas), propietarios (excluyendo a los expropiados y despojados), instruidos e ilustrados (excluyendo a los analfabetos) y, finalmente, los ciudadanos, es decir, los habitantes de la ciudad (excluyendo a quienes vivían en el campo).

En estos modelos rígidos, de fuerte estructura jerárquica, donde las diferencias con respecto al paradigma implican desigualdad, se tolera, o en el mejor de los casos se reglamenta, el empleo de la violencia para controlarlos. Los diferentes, la *otredad*, en los modelos autoritarios son forzados a partir del establecimiento de “normas” que regulan el intercambio entre los sexos, además de privilegiar los valores masculinos, otorgándoles el poder –real o simbólico– para dirigir los destinos de los *anormales*, es decir, los que están fuera de la “norma”. De esta manera, el otro, el diferente, no sólo quedó fuera de lo normado; también en los hechos se reforzó su marginación.

Es así como de hecho el modelo universalista ha podido ser desatendido durante mucho tiempo, no sólo en el plano de los hechos, sino también en el del derecho a través de múltiples discriminaciones de mujeres, proletarios, analfabetos y, hoy

⁸ Para Ferrajoli, “*Las diferencias* –sean naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los *derechos fundamentales*. *Las desigualdades* –sean económicas o sociales– son en cambio las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus *derechos patrimoniales*, así como de sus posiciones de poder y sujeción.”; *Op. cit.*; p. 82.

todavía, de todos los no ciudadanos, siempre excluidos de la clase de los “iguales”. Pero esto quiere decir, simplemente, que aquél ha sido y continúa siendo violado, como por desgracia ha acaecido y sigue acaeciendo con muchos otros principios y derechos constitucionales. (Ferrajoli, 1999: 80).

En la propuesta Ferrajoliana la “igualdad jurídica” no sólo es un principio constitutivo de la cultura normativa, sino que, a diferencia de lo que algunos sectores del feminismo llegamos a sostener, es base del Estado constitucional de Derecho y forma parte de las garantías fundamentales, junto con el derecho a la vida y a la libertad, pero también junto a los derechos políticos y a los sociales.⁹

Ahora bien, si se asume que los seres humanos somos diferentes pero en el escenario del reconocimiento y ejercicio de los derechos que nos corresponden a todos, tal diferencia no debe constituir una desigualdad normativa, sino todo lo contrario, es decir, el respeto y reconocimiento pleno para que el diferente tenga la garantía jurídica de su reconocimiento como igual, entonces no tendremos por que retroceder al “paradigma premoderno”, como le llama Ferrajoli, de la diferenciación jurídica. De esta manera, resulta equivocado insistir en la necesidad de tratar al diferente a partir de reconocer la necesidad de un derecho singular para los indios, uno más para las mujeres, otro para los gay’s, uno para las personas con capacidades disminuidas, y así... hasta el infinito. Lo indicado será profundizar la convicción de que en la labor del legislador y de quienes aplican la normatividad se afirmen, y sobre todo se garanticen, los derechos fundamentales, en donde, además, se incluya el derecho a la igualdad a partir del reconocimiento de las diferencias.

Sin embargo, por lo que hace a las reivindicaciones feministas, pareciera ser que se requiere, además de todas las garantías contempladas para todos, **“formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres.”** (Ferrajoli, 1999: 84). De manera tal que este derecho “sexuado” en realidad posibilite el trato igual de los diferentes y se garantice, así, con esta especie de acciones afirmativas¹⁰ de la norma jurídica, el principio garantista de igualdad de derechos fundamentales.

Se trata, pues, de acercarnos al ideal del *deber ser* entre los diferentes, estableciendo los principios y las garantías que faculden plenamente el ejercicio del derecho

⁹ Afirma Ferrajoli que sostener un derecho como fundamental del Estado constitucional significa que todos, incluyendo al otro, al diferente, son igualmente titulares del mismo. De hecho este autor sostiene dos consecuencias: “una relativa a las dimensiones de la igualdad jurídica, la otra a la distinción entre diferencias, desigualdades y discriminaciones; *Op cit.*; p. 81.

¹⁰ Las acciones afirmativas, en este caso en función del género, consisten en estrategias destinadas a alcanzar la igualdad de oportunidades a través de medidas que permitan contrastar o corregir discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales. Su finalidad es poner en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas que las coloquen en condiciones de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales.

fundamental a la igualdad. De tal forma que se revierta la situación actual en donde la diferencia se subsume en el paradigma dieciochesco de igualdad, transgrediendo y lesionando el igual valor de las personas, esto es, la igualdad de todos ante la ley. Para el modelo garantista de Estado constitucional de derecho, las acciones afirmativas que tiendan a establecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales entre hombres y mujeres consistirán, entonces, en la puesta al día de las garantías que Ferrajoli llama *sexuadas*

idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir, [...] no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia. (Ferrajoli, 1999: 86).

Lo anterior resulta pertinente para el caso de un derecho fundamental para todos los seres humanos pero de especial relevancia para las mujeres: la inviolabilidad del cuerpo. El feminismo lo destacó desde los sesentas y la reflexión sobre la violencia de género se ha traducido en todo el mundo, incluido por supuesto nuestro país, en nuevos paradigmas culturales y legales para erradicarla.

Esos nuevos paradigmas han roto, casi siempre, con la ortodoxia legislativa y con la inercia de la cultura jurídica y de sus operadores para introducir novedades que nos acercan a un *derecho sexuado* y a una serie de *garantías sexuadas* que equilibran al diferente con los postulados de igualdad jurídica propia de un Estado garantista en donde el ejercicio de los derechos fundamentales sea una posibilidad para todos.

De esta transformación universal de la cultura jurídica y su justificación argumentativa da cuenta Ferrajoli cuando nos pone en el horizonte democrático un orden constitucional de derechos y garantías también para el más débil:

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

rían ser configuradas como delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado, que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la prueba del hecho señalado como violento o molesto, que obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer además de la tutela de su autodeterminación deberán asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal (Ferrajoli, 1999: 87-88).

De alguna forma esto ha empezado a ocurrir ya en nuestro escenario legislativo, a pesar de las incomprendiones y resistencias tradicionales; estas garantías sexuadas han sido reconocidas por la legislación mexicana en materia de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual. Desde 1991 se aprobó la posibilidad de iniciar una averiguación previa en materia penal a partir de la declaración del ofendido, requiriéndose además de cualquier otro elemento de prueba que la robustezca.¹¹ Tanto en los trabajos de cabildeo como en la labor propiamente legislativa, el argumento de quienes propusimos esta reforma fue el de revertir las representaciones sociales¹² que especialmente sospechan de la declaración de los afectados por estos delitos (obviamente mujeres y niños en su inmensa mayoría). También a nivel penal se defendió, frente a los argumentos de tutela excesiva que esconden la discrecionalidad de la autoridad investigadora y limitan la autodeterminación de la víctima, la procedibilidad de oficio sólo en el caso de menores e incapaces y el requisito de querrela para los ofendidos adultos (obviamente también, como en el caso anterior, en su mayoría mujeres).¹³

Finalmente, de lo que se trata es de la posibilidad de construir una cultura jurídica que parta del reconocimiento de los obstáculos reales y de la manera en la que operan al discriminar al diferente, en este caso a la mujer víctima de la violencia de género, como pilares fundamentales para la construcción de una serie de *garantías sexuadas* que remonten, precisamente, esos obstáculos.

¹¹ Esta disposición la derogó posteriormente la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

¹² El *concepto* de *representaciones sociales*, aparece en la sociología a través de E. Durkheim, quien las definió como "... estructuras psicosociales intersubjetivas que representan el acervo de conocimiento socialmente disponible y que se despliegan como formaciones discursivas más o menos autonomizadas, en el proceso de autoalteración de significaciones *sociales*" las *representaciones* colectivas se constituyen en portadoras de significaciones *sociales*, de interpretaciones, de formas de ver el mundo, etc. (Beriain, 1990).

¹³ Ver último párrafo del artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal.

Conclusiones

La ilustración significó, ni duda cabe, un avance considerable en el reconocimiento de los derechos ciudadanos. En su pelea con el orden absolutista que discriminaba a los estamentos, fundó un nuevo pacto social a partir de principios racionales entre los que destacó el de igualdad; sin embargo, al dar por sentado que su modelo de persona y ciudadano incorporaba a la heterogeneidad, las constituciones hicieron del ideal soñado una mera declaración abstracta.

El paradigma de la igualdad jurídico-formal ha sido duramente criticado desde la posguerra, el movimiento feminista lo cuestionó para reivindicar el derecho de las mujeres a ser tratadas como diferentes, señalando como programa un diseño del orden en donde diferencia no fuera sinónimo de desigualdad.

La propuesta de Ferrajoli, para volver a pensar el principio de igualdad en un sentido más complejo y articulado que como comúnmente lo observamos, permite valorar la diversidad humana. Hoy es posible afirmar que porque somos diferentes el Estado constitucional de derecho tiene el gran reto de garantizarnos a todos los mismos derechos fundamentales. Esa es, por cierto, la gran misión de la cultura jurídica democrática: servir de instrumento para romper paradigmas que la limitan y establecer un sistema de garantías que hagan efectiva la igualdad de los diferentes.

Es, finalmente, obvio que el sólo mecanismo que provea la cultura jurídica para garantizar el ejercicio pleno de la igualdad en la diversidad, por mucho que nos empeñemos en repensarlo y actualizarlo, será siempre insuficiente. La igualdad, fundada en el nuevo paradigma de reconocerse a partir de las acciones positivas que le garanticen al distinto el goce pleno de los derechos fundamentales que a todos nos debe de garantizar el Estado constitucional de derecho, será, a pesar de esa limitante, ingrediente consubstancial. La igualdad, dice Ferrajoli, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que permitan la reproducción del orden diseñado; una forma de irlas minando consiste, aquí y ahora, en ese reconocimiento para los diferentes.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Edit. Siglo XXI, México, 1986.
- BERIAIN, Josetxo, *Representaciones colectivas y proyecto de modernidad*, Anthropos, Barcelona, España, 1990.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal* (volumen I), Edit. Trotta, Madrid, España, 1997.
- COHEN, Stanley, *Visiones de control social*, Edit. PPU, Barcelona, España, 1988.
- FERNÁNDEZ, Ana María, *La mujer de la ilusión. Pactos y contratos entre hombres y mujeres*, Edit. Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, España, 1999.
- GONZÁLEZ A. Gerardo, *El control social y la violencia de género en México*, tesis para obtener el grado de “master internacional en sistemas penales comparados y problemas sociales por la Universidad de Barcelona, España, inédito, 2000.
- HUGHES, Robert, *La cultura de la Queja*, Edit. Anagrama, Madrid, España, 1994.
- LAGARDE, Marcela, *Desarrollo humano y democracia*, Horas y horas editorial, *Cuadernos inacabados*, #25, España, 1996.
- LARRAURI, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Edit. Siglo XXI, Madrid, España, 1994.