



**FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE INVESTIGACION JURIDICA
CENTRO DE INVESTIGACION EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

TRABAJO DE INVESTIGACION:

**“ALCANCES DEL PRINCIPIO DE
IGUALDAD”**

RESPONSABLE:

Edgar Carpio Marcos / Omar Sar Suárez

PARTICIPANTES:

*Oscar Pazo Pineda
Omar Sar Suárez
Luis Portugal Pizarro
Rosemary Ugaz Marquina
Ricardo Bolaños Salazar
Miguel Avalos Alva
Astrid Cabezas Poma*

LIMA-PERU

- 2014 -

INDICE

<i>LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / OSCAR ANDRES PAZO PINDA</i>	<i>1</i>
<i>LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD /OMAR SAR</i>	<i>29</i>
<i>LA PROHIBICIÓN DEL DISCURSO DE ODIO COMO LÍMITE FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN/ LUIS ANDRES PORTUGAL PIZZARRO</i>	<i>59</i>
<i>LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD/ROSEMARY UGAZ MARQUINA Y RICARDO BOLAÑOS SALAZAR</i>	<i>83</i>
<i>LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDIOMA COMO MECANISMO DE ASIMILACIÓN LINGÜÍSTICA/MIGUEL ÁVALOS ALVA</i>	<i>96</i>
<i>IGUALDAD Y DISCAPACIDAD/ ASTRID CABEZAS POMA</i>	<i>130</i>

LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

OSCAR ANDRÉS PAZO PINEDA¹

I.- INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad ha sido objeto de diversos sentidos interpretativos, los cuales han sido, en cierta manera, asociados a distintos momentos históricos. El problema no es de reciente data, ya que, en 1945, Chaim Perelman ya advertía las distintas connotaciones que podía advertirse sobre este principio. En el presente trabajo, se hará referencia a una tradicional clasificación con la finalidad de determinar el impacto de las medidas afirmativas en una sociedad democrática.

Ahora bien, cualquier enfoque relacionado con el principio de igualdad se encuentra fuertemente interrelacionado con distintas teorías de la justicia. Es así que, en el primer acápite, se efectuará un breve análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, el cual será examinado desde una particular teoría de la justicia. En ese marco, se analizarán los conceptos de igualdad formal y material, a fin de advertir la evolución que ha experimentado el principio general de igualdad.

En todo caso, es común que el principio de igualdad material vaya aparejado con el reconocimiento de ciertos grupos especialmente protegidos, como ocurre con las mujeres, los niños, las personas con discapacidad o las personas afrodescendientes. Precisamente, estos grupos tutelados suelen ser objeto de las medidas afirmativas, las cuales tienen su razón de ser en el otorgamiento de ciertas ventajas con el propósito de revertir una situación histórica de discriminación, lo que busca la equiparación de estos grupos con el resto de la sociedad. Por ello, al momento de abordar lo relacionado con el principio de igualdad material, se hará también referencia a la noción de “categorías

¹ Profesor de los Cursos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres. Ha sido profesor del Centro de Evaluación Continua de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de Especialización en Derechos Humanos por la American University Washington College of Law. Ha realizado una estancia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica.

sospechosas”. Sin embargo, también se precisará que la sola distinción en función de la pertenencia a uno de estos grupos especialmente protegidos no justifica una declaratoria de inconstitucionalidad, ya que, si así fuera, la inconstitucionalidad de las medidas afirmativas sería manifiesta.

En ese sentido, Pizzorusso precisa que “[l]a prohibición de diferenciaciones fundadas sobre el sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas, o sobre las condiciones personales y sociales implica, más que una radical exclusión de debate acerca de la racionalidad o la oportunidad de las distinciones mismas, una apelación o recordatorio de los factores que, en el pasado, se han tomado más frecuentemente como elementos para proceder a discriminaciones injustificadas”². En este punto se puede advertir la relevancia en cuanto a la utilización de estos criterios sospechosos a fin de examinar la eventual inconstitucionalidad de un trato diferenciado. Sin embargo, la función de las medidas afirmativas no es solamente vinculada a una regla de presunción, sino que además es una manifestación de la dimensión social de la igualdad, y también refleja cómo es que en algunos casos su adopción no solamente es recomendable, sino que también resulta obligatoria³.

Finalmente, se examinarán distintos casos, tanto en el contexto peruano como en el derecho comparado, en los que se ha cuestionado la aplicación de medidas afirmativas como una forma de aplicación del principio de igualdad. Ello permitirá determinar como es que, en la práctica, los tribunales de justicia han tenido que resolver si es que la expedición de leyes que contienen medidas afirmativas es o no compatible con la Constitución.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO A LA IGUALDAD

En el escenario actual, no existe prácticamente controversia alguna en afirmar que la igualdad no solo demanda un trato similar para todas las personas, sino que, además, requiere que se adopten medidas con el propósito de promover que exista una igualdad

² Pizzorusso, A. (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I. España: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 170.

³ *Cfr.* Lothar, M. (2011) *Los derechos de igualdad como principios fundamentales*. En: Sieckmann, Jan-R (Coordinador). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. España: Editorial Marcial Pons, pp. 142.

efectiva entre todos los miembros de una sociedad. Desde el punto de vista histórico, pensadores como Aristóteles ya habían pensado en distintas ideas respecto de “lo justo”⁴. Sin embargo, esos planteamientos o no fueron aceptados o simplemente no tuvieron mayor aceptación. Ello, por lo demás, fue frustrado con ocasión de la revolución francesa de 1789, la cual intentó insertar una noción de igualdad formal que permitiera que únicamente la burguesía sea la que acceda a los beneficios que antiguamente solo recibía la nobleza, pero que no promovía una igualdad real en relación con todas las personas que, pese a su extrema indigencia, siempre habían sido ignoradas por el Estado⁵. Este panorama se modificó cuando se advirtió que la igualdad no podía suponer que se tratara a todas las personas como si se encontraran en la misma situación. En efecto, como sostuvo Norbert Hoerster, “[p]ero una real igualdad de tratamiento de todos los afectados por una institución parece exigir que todos los afectados se beneficien de ella en la misma medida”.

Evidentemente, y es algo que se asume en el presente ensayo, pareciera materialmente imposible que todas las personas sean colocadas en una misma grada en una situación absoluta de igualdad. La propia idea de dignidad y las siempre presentes dificultades que deben afrontar los grupos en situación de desventaja se opondrían a considerar que todas las personas carecen de diferencias y que, en efecto, nacen libres e iguales. Lo que

⁴ Como sostiene Carnes Lord, Aristóteles reconoce en esencia dos clases de “justicia”: una relacionada con la distribución de honores o distinciones, lo cual amerita una igualdad en las proporciones otorgadas. Esta clase de justicia, denominada *distributiva*, apunta a determinar que una distribución justa incluye la asignación de partes iguales a personas iguales y de partes desiguales a personas desiguales. La otra clase de justicia se denomina *correctiva*, y básicamente se trata de una justicia de carácter aritmético, y se otorga a las personas proporciones iguales. Ver: Lord, C (2012). *Aristóteles*. En Strauss, L y Cropsey, J. (compiladores) *Historia de la Filosofía Política*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 133.

⁵ Así, Jean Touchard ha tenido la oportunidad de mencionar que “la Declaración (se refiere a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) ha sido calificada de incompleta y de tendenciosa. Es evidentemente la obra de una Asamblea burguesa, en lucha contra los privilegios y poco preocupada por conceder a todas las clases de la sociedad el beneficio de los principios de igualdad y libertad que solemnemente había afirmado [...]”. Ver: Tuchard, J. (2010) *Historia de las ideas políticas*. España: Editorial Tecnos, pp. 358. Sin embargo, desde un punto de vista contrario, también existen autores que han legitimado la concepción de igualdad asumida por la Declaración. Así, Luigi Ferrajoli ha mencionado que la “gran innovación introducida por la Declaración de 1789 [...] fue haber hecho del principio de igualdad una norma jurídica. Esto quiere decir que desde entonces la igualdad no es un hecho, sino un valor; no una aserción, sino una prescripción, establecida normativamente [...], precisamente porque se reconoce que de hecho los seres humanos son diversos y se quiere impedir que sus diversidades pesen como factores de desigualdad”. Ver: Ferrajoli, L. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. España: Editorial Trotta, pp. 78 y 79.

el principio de igualdad debe garantizar se relaciona más con la posibilidad que todas las personas se beneficien de la misma manera de una institución. Este punto se precisará cuando se aborde la cuestión de las medidas afirmativas y los ajustes razonables. Por ahora, basta mencionar que la idea de igualdad debe orientarse a tratar de suprimir las barreras o diferencias que impiden que las personas desfavorecidas no accedan, en igualdad de oportunidades, a los beneficios de las instituciones que usualmente ofrece el Estado.

En todo caso, el derecho a la igualdad, como ocurre con cualquier otro derecho fundamental, padece de una dolencia, la cual, sin insalvable, complica en gran medida su adecuada tutela. Y es que este principio, al insertarse dentro del lenguaje de los derechos constitucionales y, en general, de todos los preceptos constitucionales, ostenta el máximo grado de indeterminación⁶. Este principio puede ser vulnerado a través de prácticas discriminatorias. Ahora bien, resulta evidente que, en el pasado, no era difícil detectar una práctica que pudiera ser considerada como discriminatoria, al menos analizada desde el punto de vista actual. Sin embargo, actualmente las leyes discriminatorias se advierten más por sus impactos desiguales que por sus propósitos⁷ manifiestamente discriminatorios. En nuestro contexto, resulta evidente la manera en que la legislación genera impactos desiguales. Sin embargo, el catalogar esos impactos como discriminatorios puede generar diversas consecuencias jurídicas. Como sostiene Richard Primus, la prohibición de expedir disposiciones o leyes que generen impactos desiguales en su aplicación depende de la manera en que se conciban las leyes antidiscriminatorias⁸.

⁶ Cfr. Martínez, D. (2007) *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. España: Editorial Marcial Pons, pp. 57.

⁷ Resulta curioso que, incluso en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados hayan coincidido en la siguiente definición de discriminación, la cual está contenida en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: se trata de “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (énfasis es nuestro). Como se puede advertir, la Convención resalta que los tratos discriminatorios que pueden ser adoptados lo son por sus propósitos manifiestamente discriminatorios (objeto), o que, en todo caso, apunten a sus resultados, independientemente de la intención del legislador o de quien adoptó la política o medida cuestionada (resultado).

⁸ Primus, R. (2003) *Equal Protection and Disparate Impact: Round Three*. *Harvard Law Review*. Volumen 117, pp. 495.

Ahora bien, una importante precisión respecto de lo que significa el principio de igualdad se encuentra en la obra de Perelman, quien inicia su obra sosteniendo que el principio de justicia formal es, por sí mismo, insuficiente, por lo que propone los siguientes criterios materiales de justicia: “a cada uno lo mismo; a cada uno según lo atribuido por ley; a cada uno según su rango; a cada uno según sus méritos o su capacidad; a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades”⁹. Dentro de estas teorías materiales en relación con la igualdad, se examinará cómo es que las medidas afirmativas se encuentran muy cerca de la concepción de “a cada quien según sus necesidades”. En efecto, el principio de igualdad en sentido material permite concretar no solamente un derecho fundamental, sino que además permite garantizar la autonomía de la persona, lo cual tiene un impacto inmediato en cualquier sociedad democrática.

Evidentemente, dentro de otras clasificaciones, las medidas afirmativas también obedecen al principio de “igualdad de oportunidades”. Como hace recordar Sartori, “[l]a igualdad que hoy más nos interesa es la igualdad de oportunidades; y también esa igualdad es bicéfala, puede entenderse de dos formas radicalmente distintas. En una primera acepción, las oportunidades iguales vienen dadas por un acceso igual. En la segunda, vienen dadas por puntos de partida iguales”¹⁰. En el presente trabajo, también se advertirá cómo es que las medidas afirmativas permiten garantizar que las personas que parten de grupos desfavorecidos partan desde puntos de inicio iguales, ya que, al ser históricamente discriminados, no cuentan con las mismas posibilidades reales de poder satisfacer el ejercicio de sus derechos.

La igualdad de oportunidades, así, deviene en un presupuesto indispensable para la protección de las personas históricamente desfavorecidas. También esta idea tiene como antecedente remoto a la Revolución Francesa, toda vez que la misma supuso la eliminación de los tratos inequitativos. Como recuerda Barry, “[e]l ideal de la igualdad de oportunidades comenzó estando relacionado de un modo evidente con el de equidad: dadas dos personas, una de las cuales está más calificada para un trabajo que la otra, es injusto que la más calificada tenga que ser eliminada en virtud de, digamos, el

⁹ Atienza, M. (2007) *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 46.

¹⁰ Sartori, G. (2009) *La democracia en 30 lecciones*. México: Editorial Taurus, pp. 72.

parentesco”¹¹. Es de esta manera que el principio de igualdad, en lo que se refiere a la adopción de medidas afirmativas, tiene como punto de partida fundamental el principio de igualdad de oportunidades, esto es, que todas las personas se encuentren en un mismo punto de partida, lo cual legitimará que el Estado actúe de manera activa con el fin de consagrar esa posibilidad.

a. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD FORMAL COMO UNA PRIMERA MANIFESTACIÓN

La revolución francesa tuvo entre sus principales postulados el reconocimiento de la igualdad. Evidentemente, la igualdad que era postulada en el marco de la revolución, al ser una exigencia de la burguesía, se orientaba fundamentalmente de carácter formal, toda vez que el referido grupo social buscaba, en esencia, la posibilidad de acceder a cargos que, por tradición, solo estaban reservados a la nobleza. Ciertamente, en la Edad Moderna ya se había superado, hasta cierto punto, la idea de “a cada quien según su rango”. En efecto, esta primera visión del principio de igualdad es propia de la Edad Moderna, época en la que los distintos pensadores adjudicaron un rol pasivo al Estado. Es por ello que la “teoría jurídica legalista moderna se expande de la mano de una ideología política en la que juega papel central la igualdad formal de todos los ciudadanos. La generalidad de sus dictados, alejados de todo particularismo, convierte a los textos legales en el instrumento decisivo para garantizar esa condición básica de todos ellos: su igualdad ante la ley”¹².

Así, Garrorena recuerda que, en esta sociedad, al Estado “solo le quedaba asumir respecto de la sociedad una mera función de policía dirigida a asegurar a los particulares la posibilidad de desarrollar sus actuaciones con seguridad y libres de trabas”¹³. Sin embargo, sobre todo en el caso francés, ese postulado de cierta forma se mantuvo a través de la separación entre la nobleza y lo que se denominó “el Tercer Estado”. Es por ello que la burguesía pretendía un trato igualitario, el cual se asocia más a la vertiente formal de igualdad, o, en la misma clasificación de Perelman, a la idea de “a cada quien por igual”. Los resultados de esta visión del principio ya son conocidos, ya que generaron el surgimiento de diversos movimientos obreros que reclamaron un trato

¹¹ Barry, B. (2001) *Teorías de la Justicia*. España: Editorial Gedisa, pp. 238.

¹² Ollero, A. (2005) *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 20.

¹³ Garrorena, A. (2011) *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Madrid, pp. 50.

igualitario, ya que, pese a sus recargadas labores, no recibían asistencia por parte del Estado.

Ahora bien, la idea del igual tratamiento resultó fundamental en el estadio histórico posterior a la Revolución francesa, ya que buscó precisamente la eliminación de los privilegios. Sin embargo, una sociedad equitativa no podía quedarse estancada en dicha fase. Como refiere con mucha claridad Sartori, “dado que iguales tratamientos no llevan a resultados iguales y, viceversa, iguales resultados requieren tratamientos desiguales. El dilema es éste: *para ser igualados (en los resultados) es necesario ser tratado de forma desigual*” (énfasis del original)¹⁴.

Precisado lo anterior, resulta evidente que el principio de igualdad en sentido formal no solamente resulta trascendental por su significado histórico (ya que aun sigue vigente a través de la interdicción del tratamiento discriminatorio en supuestos análogos), sino porque aun suele ser muy aplicado en las controversias de carácter constitucional. Incluso va a permitir, como de advertirá con posterioridad, que exista una fuerte corriente de pensamiento que cuestione la constitucionalidad de las medidas afirmativas, a las cuales considera discriminatorias por intentar atribuir cargas de responsabilidad a personas que no estuvieron involucradas en los actos de discriminación.

Del mismo modo, la igualdad tomada desde un punto de vista formal dejó varias interrogantes. Y es que, tal y como lo recuerda Bobbio, “[e]l principio de igualdad, en el que se resuelve la idea de justicia formal en el sentido tradicional de la palabra, dice pura y simplemente que todos aquellos que pertenecen a la misma categoría deben ser tratados del mismo modo. Pero ¿con qué criterio establecer las categorías? ¿Cuántas deben ser y cuál es su magnitud?”¹⁵. Varias de estas interrogantes serán trasladadas al principio de igualdad material, el cual pretende otorgar algunas respuestas tomando en consideración las necesidades de ciertos grupos especialmente protegidos.

¹⁴ Sartori, G. (2012) *Elementos de Teoría Política*. España: Alianza Editorial, pp. 109.

¹⁵ Bobbio, N. (2009) *Teoría General de la Política*. España: Editorial Trotta, pp. 527.

b. LA IGUALDAD MATERIAL Y LA EXISTENCIA DE GRUPOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

La aplicación estricta de la igualdad formal resultaba incompatible con la realidad. Las crecientes brechas existentes entre los grupos sociales generaron una serie de reclamos para un tratamiento más equitativo. Ello se acentuaba en los casos en que existían grupos que habían sido históricamente relegados. Por ello, era necesario construir una noción de igualdad que permita que, en ciertos casos, se permitan tratos preferentes con el propósito de equiparar dicha situación, lo cual también permitiría revertir la discriminación histórica que padecían.

Es en este contexto que surgen las “medidas afirmativas”, esto es, aquel conjunto de políticas o disposiciones adoptadas, tanto en sector público como privado, que buscan otorgar tratos diferenciados preferentes para revertir dicha situación. Tal y como precisa Alexy, “[q]uien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad jurídica. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad jurídica deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza”¹⁶.

Tal y como se indicó en la presentación, la adopción de medidas afirmativas se encuentra especialmente vinculada con la existencia de grupos especialmente protegidos. En el caso del derecho estadounidense, a estos grupos se les denominó como “categorías sospechosas”, ya que las clasificaciones que empleaban a esas categorías hacían presumir la inconstitucionalidad de las disposiciones que las efectuaban. Esta noción encuentra con un importante antecedente en la nota al pie del juez Stone en el caso *Carolene Products*, el cual fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En dicha nota, se sostuvo que “el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial [...] que limite seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y [así] puede requerir de una mayor supervisión judicial”¹⁷.

¹⁶ Alexy, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 368.

¹⁷ Corte Suprema de Estados Unidos. (1938) *Caso Carolene Products vs. Estados Unidos*, 304 U.S. 144, 152 n. 4.

Ahora bien, en el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se emplea la denominación de “categorías sospechosas”, sino que prefiere hacerse mención de grupos en una situación de vulnerabilidad, lo cual resulta de fácil identificación debido a la existencia de diversos tratados internacionales que reconocen la protección de ciertos colectivos. Al respecto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas ha solicitado a los Estados que empleen políticas de fomento de empleo para las personas con discapacidad, “tanto en la función pública como en el sector privado incluyendo la adopción de medidas de acción afirmativa, así como oportunidades para que las personas con discapacidad puedan optar al empleo por cuenta propia [...]”¹⁸. Ahora bien, por lo común estas medidas son de carácter temporal, lo cual se relaciona con el ámbito temporal en el que es posible advertir la desigualdad, lo cual precisa justamente la adopción de tratamientos diferenciados que son favorecedores a determinadas personas. En efecto, tal y como ocurre en el caso de las mujeres -grupo que, al igual que las personas con discapacidad, demandan la adopción de medidas especiales de protección-, el propósito de estas medidas es

“acelerar la mejora de la situación de la mujer para lograr su igualdad sustantiva o de facto con el hombre y realizar los cambios estructurales, sociales y culturales necesarios para corregir las formas y consecuencias pasadas y presentes de la discriminación contra la mujer, así como compensarlas. Estas medidas son de carácter temporal”¹⁹.

Si algo caracteriza a las medidas afirmativas es el deseo de contribuir con el quehacer social a través de la colocación de los seres humanos en un mismo punto de partida en relación con la concreción de su proyecto de vida, lo cual puede generar que los Estados adopten determinadas medidas compensatorias, a las cuales debería brindárseles legitimidad constitucional a fin que puedan cumplir los propósitos u objetivos que se han trazado. Ello sin descuidar que las diferencias que causen perjuicios y que sean realizadas por pertenecer a esos grupos protegidos debe presumirse como inconstitucional. En una línea similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

¹⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013, párr. 64.

¹⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer. Recomendación General 25, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319, párr. 12.

señalado que “[s]i una restricción de los derechos fundamentales se aplica a un grupo particularmente vulnerable de la sociedad que ha sufrido discriminación considerable en el pasado, entonces el margen de apreciación del Estado es bastante más reducido y debe tener razones de mucho peso para las restricciones en cuestión”²⁰.

Ahora bien, suele ocurrir que las cláusulas constitucionales que reconocen el derecho fundamental a la igualdad no solamente están redactadas de manera indeterminada, sino que, por lo demás, suelen estar vinculadas al principio de igualdad en un sentido formal. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido de ese derecho, con el propósito que también reconozca un cierto ámbito de justicia material. En palabras de Díaz Revorio, quien analiza el caso de la constitución de España de 1978, se podría afirmar que “al menos un cierto grado de igualdad material parece estar incluido en el artículo 14; o, dicho de otro modo, este precepto permite una cierta desigualdad formal, cuando va dirigida a conseguir la igualdad real o material, ya que los supuestos desiguales - entre ellos, la desigualdad fáctica- pueden tratarse de desigual manera”²¹.

III. LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS Y SU IMPACTO EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Dentro de la idea relacionada con el principio de igualdad en un sentido material aparecen las denominadas “medidas afirmativas”, las cuales consisten en el otorgamiento temporal de ciertas ventajas o privilegios a determinados grupos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, con el propósito que puedan colocarse, de manera progresiva, en una auténtica posibilidad de competir con el resto de integrantes de una comunidad. También se suele afirmar que la finalidad de estas medidas es compensar injusticias del pasado a través del otorgamiento de ciertas ventajas a estos grupos, con el propósito que puedan partir desde el mismo punto de salida que el resto de integrantes del colectivo. Es por ello que las medidas afirmativas tienen un especial impacto en relación con el principio de igualdad, ya que su adopción

²⁰ TEDH. *Caso Kiyutin vs. Rusia*. Sentencia de 10 de marzo de 2011. Aplicación 2700/10, párr. 63.

²¹ Díaz, F. (1997) *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 190.

implica que el Estado no solo adopta un rol de simple espectador, sino que además debe fomentar la implementación de decisiones que permitan revertir los casos en los que la desigualdad sea palpable.

Existen discrepancias en cuanto a su origen. Si bien es cierto la mayoría de la doctrina estima que su surgimiento se remonta a las políticas estadounidenses relacionadas con las personas de raza negra, lo cierto es que no han faltado autores que, como Alfonso Ruiz Miguel, han estimado que “[l]a discriminación inversa, al parecer, nació en la India, ya en los años 30, como una política aceptada por los colonizadores británicos para intentar superar la aguda división en castas de aquella sociedad”²².

En todo caso, al menos el sector mayoritario de la doctrina coincide en sostener que “[l]a acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales”²³.

Como bien se sabe, el público destinatario de estas medidas dependerá del especial contexto socio-cultural de cada Estado, así como el de las necesidades de los grupos protegidos. En efecto, si bien es cierto las medidas afirmativas surgieron para enfrentar el creciente problema de la segregación racial en Estados Unidos, ello no ha impedido que la lógica de estas políticas se extienda hacia otros grupos que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad. Por ello, no sorprende que en diversos países sea posible encontrar esta clase de políticas pero direccionadas a mujeres, miembros de pueblos indígenas, o personas con discapacidad.

Sin embargo, pese a sus propósitos, estas medidas no han sido acogidas de manera incontrovertida. En el derecho norteamericano, por ejemplo, un considerable sector de la doctrina estima que no existe una obligación de adoptar esta clase de políticas. En efecto, si es que se estima que la cláusula de “igual protección” contiene, también, una

²² Ruiz, A (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 19, pp. 125.

²³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-293-10*. Fallo de 21 de abril de 2010.

prohibición general de adoptar tratos diferenciados²⁴, se podría interpretar que las medidas afirmativas resultarían discriminatorias al permitir el otorgamiento de ciertas ventajas a determinados colectivos. Michael Sandel también ha cuestionado seriamente la adopción de esta clase de medidas, toda vez que considera que “los que se benefician [de las medidas afirmativas] no son necesariamente quienes han sufrido, y los que pagan la compensación rara vez son responsables de las injusticias que se rectifican”²⁵.

Es por ello que válidamente se puede sostener que las medidas afirmativas, en los países que las han implementado, han generado un profundo debate respecto del significado que debería ostentar el principio de igualdad, y si es que es posible que ello justifique el otorgamiento de tratamientos preferentes a determinadas personas. Como bien sostiene Ashutosh Bhagwai, las medidas afirmativas han dividido en dos a la judicatura: o bien los jueces consideran que las medidas afirmativas fomentan la toma de conciencia en torno a la cuestión racial, o son simplemente serias restricciones a las facultades gubernamentales en la adopción de políticas públicas²⁶. Creemos que, en esta crítica, también se encuentra involucrado el sector privado. En este debate, al parecer, no hay términos medios. Corresponde, en este punto, examinar cómo han sido abordadas las medidas afirmativas en el derecho constitucional peruano.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS

El desarrollo de las medidas afirmativas también ha sido respaldado por nuestro Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional peruano ha asumido una posición sobre el particular al señalar que el principio de igualdad no solamente reconoce el derecho fundamental de una persona a no recibir un tratamiento diferenciado en supuestos idénticos, sino que además permite advertir una vertiente material según la cual

“el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, **una exigencia positiva** por parte del Estado, que se

²⁴ Cfr. Wolf, M. (1998) Louisiana's Equal Protection Guarantee: Questions about the Supreme Court Decision Prohibiting Affirmative Action. *Louisiana Law Review*. Volumen 58, Número 4, pp. 1209.

²⁵ Sandel, M. Justicia. (2012) *¿Hacemos lo que debemos?* España: Editorial Debolsillo, pp. 193.

²⁶ Bhagwai, A. (2002) Affirmative Action and Compelling Interests: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads. *Journal of Constitutional Law*. Volumen 4, Número 2, pp. 260.

inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales. Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o la circunstancias en las que un sujeto se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual²⁷ (resaltado es nuestro).

En el contexto de “tratar desigual a los desiguales” se enmarca las políticas de acciones afirmativas, las cuales, como sostuvo el mismo Tribunal, consisten en la “adopción de medidas que remuevan los obstáculos que restringen, en la praxis, la plena vigencia del principio de igualdad. La igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes:

- a) Paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes; y
- b) Paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones²⁸.

En buena cuenta, se puede apreciar que el Tribunal asocia también las medidas afirmativas no solo a la visión de igualdad material, sino también a la de igualdad formal. Es así que el supremo intérprete de la Constitución estima que todas las personas, en supuestos semejantes, deben recibir el mismo tratamiento (igualdad formal), por lo que es constitucionalmente permisible que los Estados adopten medidas a fin de garantizar dicha equiparación. Del mismo modo, también tutela que, ante hechos o supuestos semejantes, el ordenamiento jurídico deba otorgar una respuesta similar. Ello podría evidenciarse, por ejemplo, en el caso de las prestaciones de salud para las personas con discapacidad. Así, las medidas de trato preferente obligan que los Estados busquen otorgar un tratamiento similar frente a hechos que, cuando se hayan presentado, puedan generar diversas consecuencias en la población.

En el desarrollo de su jurisprudencia, el Tribunal ha definido a las medidas afirmativas como aquellas que, con el propósito de promover una igual aplicación en la ley, promueven determinados tratos diferenciados a favor de ciertos grupos, con la finalidad

²⁷ Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00606-2004-PA/TC*, párr. 11.

²⁸ Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00018-2003-AI/TC*, párr. 2.

de brindarles ventajas o incentivos, lo cual “en doctrina constitucional se conoce como discriminación positiva o acción positiva –*affirmative action*–. La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente; persigue, pues, que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado”²⁹.

El fundamento normativo de esta adopción parece desprenderse del propio artículo 2.2° de la Constitución. En efecto, aunque en dicha cláusula constitucional no se reconoce de manera expresa un derecho a que se adopten medidas afirmativas, el Tribunal ha precisado que:

“[e]n ese sentido, cuando el artículo 103° de la Constitución prevé la imposibilidad de dictar leyes especiales “en razón de las diferencias de las personas”, abunda en la necesaria igualdad formal prevista en el inciso 2) de su artículo 2°, según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; pero en modo alguno este artículo puede ser interpretado de forma tal que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos”³⁰.

En el caso peruano, los grupos que merecen una atención prioritaria por parte del Estado son, en principio, los que se encuentran reconocidos en el artículo 2° de la Constitución, es decir, a las personas discriminadas en función del origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o, como una cláusula abierta, que sea de cualquiera otra índole, con la condición que sean grupos vulnerables.

En su desarrollo jurisprudencial, el Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse específicamente al caso de las mujeres. Es así que el Tribunal ha indicado que, respecto del referido colectivo social, “las acciones positivas constituyen medidas (normas jurídicas, políticas, planes, programas y prácticas) que permiten compensar las desventajas históricas y sociales que impiden a las mujeres y a los hombres actuar en igualdad de condiciones y tener las mismas oportunidades, es decir, que tienen la finalidad de conseguir una mayor igualdad social sustantiva. En tal línea, el Tribunal

²⁹ Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00033-2007-AI/TC*, párr. 58.

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00015-2008-AI/TC*, párr. 9.

Constitucional [...] ha destacado que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante acciones positivas o de discriminación inversa”³¹. En el caso peruano, como se indicó, el artículo 2.2 ostenta una particular importancia porque representa un serio indicio respecto de qué colectivos de personas pueden merecer un tratamiento diferenciado a través de acciones positivas.

V. LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

Las medidas afirmativas no solo han sido reconocidas o legitimadas por los tribunales locales. Como se tuvo la oportunidad de precisar anteriormente, el reconocimiento del deber de adoptar medidas afirmativas bien puede efectuarse de manera directa a través de una cláusula constitucional, o bien puede ser un desarrollo jurisprudencial a propósito del principio de igualdad. Un claro ejemplo de la primera forma se puede advertir en el artículo 3 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone que “[e]l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados”. En virtud del deber de promover esas medidas es que se ha reconocido una especial tutela a determinados colectivos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, entre ellos, las personas con discapacidad.

En efecto, la Corte Constitucional de Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estas medidas en lo que respecta a la adopción de disposiciones de carácter laboral a favor de las personas con discapacidad. Es así que el referido tribunal sostuvo que:

“[e]l Estado está en la obligación de realizar todas las acciones posibles que permitan igualar las condiciones de acceso laboral de dichas personas. En consecuencia, la Corte Constitucional ha establecido la importancia de dar especial protección a las personas con discapacidad, resaltando la orden constitucional de realizar acciones efectivas que pongan a esta población en igualdad de condiciones al resto de la sociedad y su total integración”³².

³¹ Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 05652-2007-AA/AA*, párr. 27.

³² Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-684A/11*. Fallo de 14 de septiembre de 2011.

En este mismo, la Corte Suprema de Canadá también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con las medidas afirmativas a favor de las mujeres para los casos de contratación laboral³³. El referido caso es de suma relevancia en relación con los fundamentos que generan la adopción de estas medidas, toda vez que la Corte sostiene de manera expresa que su propósito no es el de compensar injusticias del pasado, o incluso el de otorgar ciertas ventajas a un grupo determinado de personas, sino que radica principalmente en evitar que las personas que hubieran sido discriminadas no enfrenten las mismas barreras que sus antepasados.

Del mismo modo, la Corte precisó que, en los casos en los que existe discriminación sistemática, la adopción de esta clase de medidas es la única forma de efectivizar el principio de igualdad contenido en la *Canadian Human Rights Act*. En efecto, se puede apreciar que la Corte no parte de la premisa de la obligatoriedad de la adopción de medidas afirmativas, sino que considera que su emisión tiene que obedecer a un contexto de discriminación histórica, esto es, que sea el único medio eficaz para poder combatir los tratos inequitativos. En este punto, la Corte Suprema de Canadá no pareciera distanciarse mucho de la posición de Ronald Dworkin, quien, según se desprende de sus escritos, pareciera admitir la adopción de esta clase de medidas en los casos en los que sea la única salida posible para revertir una situación discriminatoria. En efecto, a criterio del pensador estadounidense, “[u]na prueba de ingreso basada en criterios raciales, aun cuando asigne vacantes exclusivas para postulantes de una minoría dada, está orientada a objetivos que son inobjetables en sí mismos, e incluso urgentes. Tales programas, además, **representan la única promesa significativa de conseguir esas metas**”³⁴ (resaltado es nuestro).

De manera reciente, en Estados Unidos las medidas afirmativas han sufrido un revés. Es así que en un reciente caso³⁵, relativo a ciertas iniciativas del Estado de Michigan, a

³³ *Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Comm.) and Action travail des femmes* (1987), 8 C.H.R.R. D/4210 (S.C.C.).

³⁴ Dworkin, R. (2012) *Una cuestión de Principios*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores, pp. 367.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso “*Schuette, Attorney general of Michigan v. Coalition to defend affirmative action, integration and immigration rights and fight for equality by any means necessary* (bamn) et al. Decisión de 22 de abril de 2014.

través de las cuales se intentaba evitar lo que la Corte Suprema reconociera el deber de adoptar medidas afirmativas a favor de las personas de raza negra con la finalidad que puedan estudiar en distintos centros universitarios. Debido a los constantes rechazos de sus iniciativas, en dicho Estado se planteó lo que se ha denominado como la Propuesta 2 o "Iniciativa de Derechos Civiles de Michigan", aprobada en un referéndum de 2006, y que modificó la Constitución de dicho Estado con la finalidad de eliminar el "trato preferencial" en la educación pública, los contratos estatales y el empleo público, basados en la raza, el origen étnico, el sexo o el origen nacional.

El Tribunal precisó que la cuestión radicaba no tanto en determinar cómo debía resolverse la cuestión relacionada al otorgamiento de medidas afirmativas a favor de las personas de raza negra. El Tribunal, en realidad, estimó que lo que se debatía en ese caso era "quien" podía resolver la controversia. Por ello, tuvo que determinar si es que la modificación, a través del referéndum, de la Constitución de Michigan, respetaba o no la cláusula de igual protección contenida en la décimo cuarta enmienda. De esta forma, a criterio de la Corte Suprema, no existían argumentos ni en la Constitución Federal de los Estados Unidos ni en la jurisprudencia que ha emanado en relación con el derecho a la igualdad, que permitirían rebatir o cuestionar la "fuerza democrática" de los votantes de Michigan. Del mismo modo, el Tribunal Supremo indicó que las medidas afirmativas son "permitidas" dentro de las decisiones de los Estados, lo que origina que, si bien podrían ser reconocidas en algunas universidades, su no regulación tampoco generaba una vulneración del principio de igualdad.

VI. LA IMPORTANCIA DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Las medidas afirmativas también permitan que se plasme el principio de autonomía. En efecto, en tanto se logran eliminar las barreras o tratos discriminatorios que sufren algunos grupos especialmente protegidos, las posibilidades que los mismos tengan de decidir en torno a sus proyectos de vida se vuelven más concretas. En una gran cantidad de casos, la falta de oportunidades reales de desarrollar el proyecto de vida afecta el principio de autonomía, toda vez que las personas, al encontrarse relegadas por discriminaciones históricas, no cuentan con una efectiva posibilidad de adoptar decisiones.

Tal y como sostiene Zagrebelsky, “la disponibilidad de recursos económicos es muchas veces condición para la realización de los derechos de la voluntad. Cuanto más se tiene, mayor es la posibilidad de llevar a la práctica los contenidos de la voluntad. Parece así claro que los derechos económicos, aunque en general vengan adscritos a la categoría de la justicia, no tienen un sentido o un significado en sí mismos, sino que su significado y sentido dependen del contexto”³⁶.

Así, el desarrollo del contenido de la voluntad por lo común se encuentra asociado a la adopción de medidas positivas por parte de los Estados, como son aquellas a las que se ha denominado como acciones afirmativas. En tanto no se adopten disposiciones que fomenten que las personas puedan “partir desde un mismo punto”, el proyecto de vida, y, con ello, la autonomía, se verán truncados. Es por ello que no sorprende que incluso en algunos casos deban adoptarse sistemas que tornen en obligatoria la contratación de personas con discapacidad y la participación política de las mujeres. El proyecto de vida en muchos casos no será posible si es que no se torna en obligatoria la posibilidad de ejercer derechos fundamentales. Como precisa John Rawls, “los ciudadanos realizan la plena autonomía cuando actúan en conformidad con principios de justicia que especifican los términos justos de la cooperación que están dispuestos a tener entre sí, cuando están representados de manera justa como personas libres e iguales”³⁷.

El principio de autonomía carece de practicidad si es que no se dota a las personas de una mínima posibilidad real de acceder, en igualdad de condiciones, a cuestiones tan elementales como pueden ser la salud o el trabajo. Las medidas afirmativas precisamente pretenden dotar de esas posibilidades mínimas de participación a favor de los grupos desprotegidos, sobre todo cuando su adopción deviene en la única manera de plasmar el principio de igualdad. En esa clase de situaciones, los tratamientos diferenciados no solo resultan opcionales, sino que además devienen en obligatorios.

En este punto resulta fundamental la acotación que menciona Jose Luis Martí al sostener que “[l]os que no tienen aseguradas las necesidades básicas, y no puedan alcanzarlas sin un esfuerzo ímprobo o heroico, fuera de los que se pueden exigir a seres humanos normales, pueden considerar razonable –y un análisis objetivo, lo puede

³⁶ Zagrebelsky, G. (1997) *El derecho dúctil*. España: Editorial Trotta., pp. 82.

³⁷ Rawls, J. (2006) *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 91.

confirmar- que la satisfacción de esas necesidades se haga en forma de derechos, diferenciándolos respecto de aquellos que tengan necesidades resueltas”³⁸.

Al momento en que se adoptan decisiones, las personas (y, en particular, aquellas históricamente desfavorecidas por situaciones de discriminación estructural) solamente deberían tener en cuenta lo que resultara vital para su proyecto de vida, siempre y cuando no afecte el interés general de la población u otros derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso de las denominadas “categorías sospechosas”, suele ser común que no sea la racionalidad la pauta que determine una elección, sino que es algo que obedece a pasiones o necesidades que el Estado no se ha encontrado en la posibilidad de satisfacer. Sin ello, la autonomía carece de sentido, por cuanto la persona estaría actuando en función de factores externos a los de su voluntad real. En efecto, como sostiene Laporta

“[s]i alguien se ve impelido por fuerzas externas, es instrumento de la voluntad de otros o es un objeto impulsado por causas que le afectan desde fuera, movido por la naturaleza o por otros como si fuera una cosa, etc., entonces no cabe considerarle un agente que participa en nuestras prácticas sociales normativas ni puede ser descrito con el lenguaje en que estas se expresan”³⁹.

En una sociedad democrática la falta de posibilidad o recursos para las personas que pertenecen a grupos históricamente desprotegidos representa una afrenta a su igual participación política. Cuando las personas deciden fuera de parámetros de racionalidad no se les permite desarrollar su proyecto de vida, por lo que la autonomía carecería de sentido. Es así que Martí sostiene que “[o]torgamos valor a la libertad o autonomía, tanto a la autonomía privada como a la pública, porque reconocemos que los seres humanos están dotados de la capacidad de tomar decisiones valiosas desde el punto de vista de la racionalidad (instrumental) y de la razonabilidad (sustantiva), una capacidad de determinar sus planes de vida así como sus acciones concretas”⁴⁰.

³⁸ Peces Barba, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. España: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 290 y 291.

³⁹ Laporta, F. (2007) *El Imperio de la Ley: una visión actual*. España: Editorial Trotta., pp. 20.

⁴⁰ Martí, J. (2006) *La república deliberativa*. España: Editorial Marcial Pons, pp. 207.

Cuando las personas no cuentan con esa posibilidad, porque, entre otros motivos, no cuentan con las mismas oportunidades que el resto de personas, la autonomía se ve severamente restringida. Es por ello que las medidas afirmativas representan una notable opción para que, de manera progresiva, se permita que las personas que pertenecen a grupos históricamente desfavorecidos puedan participar, en igualdad de condiciones, en la posibilidad de desarrollar sus proyectos de vida en efecto, la adopción de medidas afirmativas también es una oportunidad de desarrollo personal, ya que favorece a las personas con mayores necesidades.

Las instituciones deberían garantizar que las personas se puedan favorecer en similares términos de las políticas implementadas a favor de estos grupos. Es por ello que debe considerarse que “una real igualdad de tratamiento de todos los afectados por una institución parece exigir que todos los afectados se beneficien de ella en la misma medida. Los derechos garantizados por la protección de la propiedad y la libertad contractual no son para el individuo ningún fin en sí mismos sino que le interesan sólo en la medida en que mejoran su calidad de vida”⁴¹.

VII. LA TRASCENDENCIA Y EL IMPACTO DE LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Las medidas afirmativas, en cuanto permiten materializar en ciertos casos el principio de igualdad, no solamente resultan trascendentales en cuanto permiten garantizar determinados derechos fundamentales a favor de un grupo colectivo de personas. Del mismo modo, una adecuada tutela del principio de igualdad también fomentará la protección del mismo sistema democrático al fomentar una actuación relevante y equiparable de todos los actores sociales.

En efecto, en una sociedad en la que se permite que todas las personas cuenten con las mismas herramientas de desenvolvimiento social, la voluntad política se torna en genuina, y los ciudadanos que acuden a las urnas pueden decidir sin mayores sesgos que puedan tergiversar sus verdaderas convicciones democráticas. Tal y como lo refiere Nagel, “[u]na sociedad que permite desigualdades significativas entre sus miembros, en forma de ventajas e inconvenientes que no son responsabilidad personal, será percibida

⁴¹ Hoerster, N. (1992) *En defensa del positivismo jurídico*. España: Editorial Gedisa, pp. 164.

como una sociedad que no logra satisfacer la condición de trato igual: distingue en su tratamiento siguiendo líneas moralmente arbitrarias”⁴².

Es por ello que no sorprende que diversos constitucionalistas efectuaran diversos estudios en los que conectaban en principio-derecho de igualdad con la conformación de un sistema democrático. En el caso estadounidense, por ejemplo, Ely evidenció la inextricable relación existente entre el principio de igualdad y el proceso democrático. A criterio del referido autor, las leyes que otorguen tratamientos diferenciados a ciertos grupos insulares o aislados debe ser presumida como inconstitucional, ya que “en la sociedad pueden existir grupos de personas que, aunque pueden participar en el proceso político, son víctimas de prejuicios y, en consecuencia, no logran que sus intereses sean tenidos en cuenta con la misma consideración con la que se sopesan los intereses de los demás”⁴³.

Es así que las medidas que buscan equiparar desventajas permiten, al mismo tiempo que tutelar derechos fundamentales, lograr que toda la sociedad se encuentre en una posición semejante, lo que permite que las convicciones que reflejen en los actos públicos no sean por la necesidad o el interés personal, sino que sean decisiones que estén orientadas a garantizar el bien común. Ahora bien, difícilmente el principio de igualdad en su vertiente formal será suficiente para combatir esta clase de vicios que se presentan en los regímenes democráticos. Por el contrario, se requerirá que, en determinadas situaciones, el mismo Estado pueda intervenir con el propósito de tutelar una participación activa de la ciudadanía en la causa democrática. Tal y como precisa Marcela Rodríguez, haciendo alusión al caso particular de la participación política de las mujeres

“[c]uando la desigualdad social es la norma imperante en el contexto inicial previo a la distribución de herramientas, no podemos esperar que la mera igualdad abstracta de oportunidades sea capaz de asegurar la igualdad de resultados. Esto es especialmente

⁴² Nagel, T. (2006) *Igualdad y Parcialidad. Bases éticas de la teoría política*. España: Editorial Paidós, pp. 117.

⁴³ Ferreres, C. (2012) *Justicia Constitucional y Democracia*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 58.

relevante a la hora de evaluar la legitimidad del sistema de cuotas para mujeres en un contexto donde la discriminación de género y la jerarquía social son norma⁴⁴.

En el caso de derechos de carácter político quizás esta conexión sea más evidente, por cuanto las libertades otorgadas permitirán un efecto de carácter inmediato en la toma de decisiones. Sin embargo, ello no impide que deba ser necesaria la adopción de medidas en un ambiente como el social o económico a fin que esa participación política no sea simplemente formal, sino que también se vea aparejada de un progreso material a favor de estos grupos especialmente protegidos. Desde este punto, se puede advertir que, en el caso del ejercicio de los derechos y la democracia, existe una indesligable relación. Como sostiene Bobbio, “[c]ualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos [denominados inviolables], ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan a un régimen democrático”⁴⁵.

De esta forma, los regímenes democráticos no solo deben permitir una igualdad de acceso o el sistema de “democracia de mercado”, el cual considere que lo único trascendental en una sociedad es que las personas sean consideradas de igual manera en cuanto a los sistemas de votación, sino que además deben ofrecer posibilidad reales de superación y desarrollo para sus habitantes, lo cual redundará en la misma mejora del sistema. En tanto existan grupos desfavorecidos la legitimidad de los sistemas será menor, por cuanto su nombramiento no obedece a una elección libre de prejuicios, ya que por lo común los votantes utilizan como parámetro de su decisión no el bienestar general, el progreso o el bien común, sino que, al encontrarse en una situación desfavorable, utilizan otros criterios en las votaciones. Es por ello que “[n]ingún proceso deliberativo podrá ser calificado como democrático mientras siga favoreciendo a quienes disfrutan de mayores niveles de instrucción o tienen acceso a informaciones relevantes y, en general, a quienes poseen mayores recursos argumentativos”⁴⁶.

⁴⁴ Rodríguez, M. (2008) *Igualdad, Democracia y Acciones Positivas*. En Gargarella, R. (Coordinador). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Argentina: Editorial Abelado Perrot, pp. 624.

⁴⁵ Bobbio, N. (2012) *El Futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, pp. 26.

⁴⁶ Greppi, A. (2006) *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. España: Editorial Trotta. (2006), pp. 62.

La adopción de medidas afirmativas, al materializar el principio de igualdad, no solamente están, pues, relacionada a la satisfacción del referido derecho fundamental, sino que también ostenta un función social, por cuanto permite generar conciencia en cuanto a los parámetros históricos de distinción, los cuales resultaban discriminatorios. Es por ello que las actuales democracias no solamente suponen la adopción de procedimientos de carácter político que permitan elegir a las autoridades, sino que además deben erigirse en sistemas que resguarden los derechos fundamentales como condiciones especiales para el funcionamiento de la democracia. Tal y como mencionada el italiano Luigi Ferrajoli, “igualdad y garantía de los derechos no son solamente condiciones necesarias, sino lo único que se requiere para la formación de identidades colectivas que se quieran fundar sobre el valor de la tolerancia, en vez de sobre recíprocas exclusiones de las diferencias étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas”⁴⁷.

VIII. CONCLUSIONES

- El principio de igualdad ha experimentado una constante evolución en cuanto a su contenido constitucionalmente protegido.
- En un inicio, la protección brindada por la cláusula de igualdad se relacionaba con el tratamiento uniforme frente a los casos análogos.
- Sin embargo, con posterioridad evolucionó hacia la necesidad positiva de implementar un conjunto de acciones positivas que revirtieran situaciones de desigualdad.
- Estos deberes de actuación suelen incrementarse en los casos en los que se atente contra minorías especialmente protegidas por haber sido víctimas históricas de discriminación sistemática.

⁴⁷ Ferrajoli, L. (2010) *Democracia y Garantismo*. España: Editorial Trotta, pp. 50.

- En el caso peruano, la mayoría de estos grupos se encuentra reconocido en el artículo 2.2° de la Constitución. A esta clase de colectivos se les ha denominado en el derecho norteamericano como “categorías sospechosas”.
- Estos grupos especialmente protegidos requieren de medidas adicionales a las usualmente adoptadas por los Estados a fin de contar con iguales oportunidades que el resto de la sociedad.
- En la doctrina estadounidense, con el propósito de revertir esta situación de discriminación, se han adoptado las denominadas “medidas afirmativas”, con el propósito que estos grupos puedan recibir un tratamiento que, en algunos casos, resulta preferente al del resto de integrantes de un colectivo social.
- No han faltado críticos a esta clase de medidas, los cuales estiman que las medidas afirmativas se aplican contra personas que no necesariamente cometieron los abusos del pasado. También mencionan que los beneficios que las mismas brindan no solo se orientan a favor de las personas que, de hecho, han recibido los tratos discriminatorios.
- La falta de equiparación o la falta de adoptar un igual trato genera serias consecuencias al principio de autonomía y a la vigencia de una sociedad democrática.
- Las medidas afirmativas permiten promover el principio de autonomía, toda vez que, al dar un trato que busca colocar en igualdad de oportunidades a las personas desfavorecidas, buscan que también desarrollen un proyecto de vida similar al de sus semejantes.
- Si se permite garantizar que las personas desfavorecidas tengan la posibilidad de decidir por sí mismas, se favorece y legitima el sistema democrático, por cuanto no se presentarían vicios de voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Alexy, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2007) *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barry, B. (2001). *Teorías de la Justicia*. España: Editorial Gedisa.
- Bhagwai, A. (2002) Affirmative Action and Compelling Interests: Equal Protection Jurisprudence at the Crossroads. *Journal of Constitutional Law*. Volumen 4, Número 2.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría General de la Política*. España: Editorial Trotta. Impreso en Madrid, España
- Bobbio, N. (2012) *El Futuro de la Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lothar, M. (2011) *Los derechos de igualdad como principios fundamentales*. En Jan-R, S. (Coordinador). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*. España: Editorial Marcial Pons.
- Díaz, F. (1997) *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (2012) *Una cuestión de Principios*. Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Ferrajoli, L. (2010) *Democracia y Garantismo*. España: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006) *Derechos y garantías. La ley del más débil*. España: Editorial Trotta.
- Ferreres, C. (2012) *Justicia Constitucional y Democracia*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garrorena, A. (2011) *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Greppi, A. (2006) *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. España: Editorial Trotta.
- Hoerster, N. (1992) *En defensa del positivismo jurídico*. España: Editorial Gedisa.

- Laporta, F. (2007) *El Imperio de la Ley: una visión actual*. España: Editorial Trotta.
- Lord, C. (2012) *Aristóteles*. En. Strauss, L. y Cropsey, J. (compiladores) *Historia de la Filosofía Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Martí, J. (2006) *La república deliberativa*. España: Editorial Marcial Pons.
- Martínez, D. (2007) *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. España: Editorial Marcial Pons.
- Nagel, T. (2006) *Igualdad y Parcialidad. Bases éticas de la teoría política*. España: Editorial Paidós.
- Ollero, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Madrid, España (2005).
- Peces Barba, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. España: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Pizzorusso, A. (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I. España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Primus, R. (2003) Equal Protection and Disparate Impact: Round Three. *Harvard Law Review*. Volumen 117.
- Rawls, J. (2006) *Liberalismo Político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, M (2008) *Igualdad, Democracia y Acciones Positivas*. En Gargarella, R (Coordinador). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II. Argentina: Editorial Abelardo Perrot.
- Ruiz Miguel, A (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 19.
- Sandel, M. (2012) *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?* España: Editorial Debolsillo.
- Sartori, G. (2012) *Elementos de Teoría Política*. España: Alianza Editorial.
- Sartori, G. (2009) *La democracia en 30 lecciones*. México: Editorial Taurus.
- Tushnet, J. *Historia de las ideas políticas*. Editorial Tecnos. Impreso en Madrid, España (2010).

- Wolf, M. (1998) Louisiana's Equal Protection Guarantee: Questions about the Supreme Court Decision Prohibiting Affirmative Action. *Louisiana Law Review*. Volumen 58, número 4.
- Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Impreso en Madrid, España (1997).

Documentos de organismos internacionales

- Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer. Recomendación General 25, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 319.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial del Paraguay. CRPD/C/PRY/CO/1. Observaciones de 15 de mayo de 2013.

Jurisprudencia del TEDH

- TEDH. *Caso Kiyutin vs. Rusia*. Sentencia de 10 de marzo de 2011. Aplicación 2700/10.

Jurisprudencia de Tribunales Internos

- Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Carolene Products vs. Estados Unidos*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938)
- Corte Suprema Federal de los Estados Unidos . Caso "*Schuetz, Attorney general of Michigan v. Coalition to defend affirmative action, integration and immigration rights and fight for equality by any means necessary (bamn) et al.*" Decisión de 22 de abril de 2014.
- Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Comm.) and Action travail des femmes (1987), 8 C.H.R.R. D/4210 (S.C.C.).
- Canadian National Railway Co. v. Canada (Human Rights Comm.) and Action travail des femmes (1987), 8 C.H.R.R. D/4210 (S.C.C.).
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00015-2008-AI/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00018-2003-AI/TC*.

LAS MEDIDAS AFIRMATIVAS COMO FORMA DE MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00033-2007-AI/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 00606-2004-PA/TC.*
- Tribunal Constitucional del Perú. *Expediente 05652-2007-AA/AA.*

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

OMAR SAR¹

« La jubilación forzada constituye un crimen lento y silencioso pero fatal para el mayor »

Camilo José Cela, Premio Nobel de literatura 1989, obtenido a los 73 años de edad.

I.- TENDENCIA GLOBAL AL ENVEJECIMIENTO

Las fluctuaciones de la población dependen de la relación de dos variables, la tasa de fertilidad o cantidad de nacimientos y la tasa de mortalidad o cantidad de fallecimientos. Si ambas se desplazan en un mismo sentido y a la misma velocidad la población se mantiene constante, si la primera sube y la segunda baja (por aumento de la expectativa de vida, por ejemplo) la población aumenta y si, por el contrario la tasa de natalidad es menor a la de mortalidad entonces la población global disminuye.

La curva ascendente que ha experimentado la población total en las últimas décadas se explica si tomamos en cuenta el crecimiento sostenido de la expectativa de vida a pesar de que la tasa de natalidad también tendió a bajar, pero como queda claro ambas variables no se movieron a la misma velocidad generando índices de crecimiento permanentemente positivos.

El desarrollo de la técnica y de la ciencia (particularmente en los países desarrollados) eliminó las pestes que diezmaron la población en el pasado, mejoró los tratamientos médicos y perfeccionó las drogas multiplicando la expectativa de vida.

Por otra parte, los horrores producidos por la segunda guerra mundial ha favorecido el desarrollo de una conciencia global contraria a conflictos internacionales de gran escala.

¹ Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asesor Principal de la Comisión de Constitución del Congreso de la República, Docente de Derecho Procesal Constitucional en el pre y postgrado de la Universidad de San Martín de Porres.

Las políticas de igualdad de la mujer repercutieron en un rápido incremento de la cantidad de mujeres trabajadoras y universitarias lo que a su vez influyó negativamente en la tasa de natalidad pero esta desaceleración no alcanzó el ritmo de contracción de la tasa de mortalidad y el resultado matemáticamente previsible es el crecimiento de la población total.

Por el juego de estas variables pasamos de familias numerosas, predominantemente rurales y con muertes tempranas a un modelo de composición más reducida, mayoritariamente urbana y mucho más longevas².

En el cuadro siguiente puede apreciarse la evolución de la expectativa de vida y de la tasa de natalidad pero muestra también la tasa de crecimiento (que como podrá apreciarse ha sido permanentemente positiva) y el dramático envejecimiento de la población.

Tendencias de la Población Mundial						
Año	Expectativa de vida	Tasa de natalidad	Población total	Tasa de crecimiento	Población <15 años	Población > 65 años
1700	27	6.0	0.68	0.50	36	4
1800	27	6.0	0.98	0.51	36	4
1900	30	5.2	1.65	0.56	35	4
1950	47	5.0	2.52	1.80	34	5
2000	65	2.7	6.07	1.22	30	7
2050	74	2.0	8.92	0.33	20	16
2100	81	2.0	9.46	0.04	18	21

Fuente: Elaboración propia en base a datos de Lee, Ronald, *The Demographic Transition: Three Centuries of Fundamental Change*, en *Journal of Economic Perspectives*, Volumen 17, Nº 4, Nueva York 2003, p 175.

La proyección muestra también que la población mundial tiene hoy alrededor de un 20% menos de personas menores de 15 años, y cerca de un 100% más de personas mayores de 65 que en 1700, y la tendencia de ambas variables es a acentuarse.

² Si se observan los gráficos de población por grupo de edad, a los que históricamente se les ha denominado “pirámide” (porque en la cúspide se encontraba el grupo de mayor edad y en la base los recién nacidos) observaremos que hacia el 2050 la imagen tenderá a ser la de un rectángulo.

Para el 2050 la población de menores de 15 superará apenas a los adultos mayores de 65 cuando hace apenas 300 años el primer grupo era 9 veces mayor que el segundo.

La tasa de nacimientos tiende a estabilizarse en aproximadamente 2 hijos por mujer (un tercio de la que era hace apenas medio siglo) mientras que la expectativa de vida tiende a crecer, el resultado es una tendencia global al envejecimiento y habrá que adoptar medidas para enfrentar este escenario.

En este contexto para algunos países como Japón o en general los europeos la migración cobrará más importancia y la xenofobia tendrá que retroceder impulsada por la necesidad mucho más que por el espíritu de tolerancia.

El crecimiento sostenido de la expectativa de vida supone un aumento proporcional de la cantidad de pensionistas y de los recursos que se requerirán para atender sus derechos. Si combinamos este fenómeno con una menor tasa de natalidad llegaremos a la conclusión de que los sistemas pensionarios tenderán a colapsar.

Los demógrafos sostienen que es una locura obligar a la gente a retirarse a los 65 años pues quienes se mantienen en actividad viven mejor, son más felices y mueren más tarde.

Es decir que el tratamiento de las personas mayores constituye un problema que resulta de gran trascendencia y lo será aún más en el futuro.

La Defensoría del Pueblo ha analizado 67 casos de discriminación que se presentaron entre enero del 2006 y mayo del 2007, según la causa y el ámbito de ocurrencia. Dichas quejas están referidas a presuntas conductas discriminatorias en el ámbito educativo (23 casos), laboral (23 casos), en las gestiones realizadas ante la administración pública (13 casos), en las relaciones de consumo (seis casos) y en el sector salud (dos casos). Asimismo, del total de casos, 18 han estado basados en razones de discapacidad, 15 en

sexo de las personas, siete en la raza y/o identidad étnica, seis en la indumentaria, cinco en la edad y tres en la orientación sexual, entre otras³.

Es decir que en el 7,5% de los casos denunciados se habría producido una discriminación por razón de la edad, y asumimos que existe un importante número no reportado.

De lo expuesto se deduce que la discriminación por razón de la edad constituye un problema cuantitativamente significativo y cualitativamente relevante que ha sido objeto de escasos trabajos de investigación.

II.- NORMATIVA SOBRE PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN APLICADA AL TEMA DE LA EDAD

La constitución en el inciso 2° del artículo 2 garantiza que toda persona tiene derecho:

“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

La norma fundamental garantiza entonces el tratamiento equitativo y si bien no proscribire las diferenciaciones fija una serie de criterios “sospechosos”, a los que, en principio, no se puede recurrir, pero como podrá observarse la enumeración no es cerrada ya que concluye con la referencia a condiciones “... de cualquier otra índole” entre las que cabe la edad como vamos a ver más adelante.

Determinar si un criterio se encuentra comprendido en este ámbito resulta claramente relevante ya que cuando una norma legal introduce diferenciaciones que los involucra se debilita su presunción de constitucionalidad y la intervención se juzga como grave de acuerdo con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en el expediente 00045-2004-AI (Fundamento Jurídico 35).

En doctrina se ha afirmado que existe una gradualización de la presunción de constitucionalidad que tiene su correlato en tres tipos de escrutinios judiciales diferentes:

³ Defensoría del Pueblo (2007) “La discriminación en el Perú – Problemática, normatividad y tareas pendientes”. *Documentos Defensoriales*. Lima, Número 2, pp. 16 y 17.

“a) Test débil, donde el legislador tiene un amplio margen de definición en la ley, por ejemplo en materia económica; b) Test estricto, cuando se legisle sobre grupos usualmente marginados –sospechosos- en el que el Juez realiza una protección especial a los derechos de los grupos ‘potencialmente discriminados’, y; c) Test intermedio, se protege a los grupos usualmente discriminados pero favoreciéndolos positivamente, por ejemplo con cuotas”⁴.

Es decir que si una norma legal introduce límites de edad se mantiene su presunción de constitucionalidad pero el escrutinio judicial debe ser especialmente intenso a fin de constatar la legitimidad y proporcionalidad de la medida.

Por otra parte, el Código Penal establece a la igualdad como bien jurídico digno de tutela⁵ ya que en el artículo 323 incluye a la discriminación como delito.

Dicha disposición establece que debe sancionarse a quien:

“... por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas”.

Esta figura, introducida por la ley 27270⁶, que se encuentra vigente desde el 30 de mayo del 2000 introduce en el Código Penal dos figuras específicas:

- a. Discriminar a una o más personas o a un grupo de ellas; y
- b. Incitar o promover en forma pública actos discriminatorios.

Además esas conductas deben referirse a criterios prohibidos como raza, religión, sexo, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural,

⁴ Landa, C. (2013) *Estudio Introductorio*, en Tushnet, Mark, “Constitucionalismo y *Judicial Review*”. Lima: Editorial Palestra, pp. 48.

⁵ Un análisis sobre el bien jurídico tutelado y en general sobre la figura penal de discriminación puede encontrarse en Arbulú, V. (2010) “El delito de discriminación en la legislación penal peruana”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 139, pp. 165.

⁶ Texto vigente según Ley 30096.

indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica. Por último se requiere que los actos hayan sido realizados con la intención de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

La pena para el delito (que no parece admitir forma culposa o tentativa) es no menor de dos ni mayor de tres años de privación de la libertad o prestación de servicios a la comunidad de 60 a 120 días.

En el mismo artículo se han introducido, además, dos agravantes, la primera para el caso de que el autor sea funcionario o servidor público, y la segunda cuando los actos discriminatorios se hayan materializado mediante violencia física o mental.

Como podrá apreciarse el legislador tipifica la conducta de “discriminar” e incluye a la edad como criterio específicamente prohibido, siempre y cuando la medida tenga por objeto anular o menoscabar derechos de la persona.

En materia vinculada con la penal, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece una garantía reforzada del derecho a la vida, aplicable al caso de los menores de edad y de las personas mayores de 70 años que fueran condenadas por delitos que tengan asociada la pena de muerte⁷.

El numeral 5 del artículo 4 de dicho tratado establece que:

“No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

El principio general de igualdad incluido en el 2.2 de la Constitución que citáramos *supra* tiene su correlato específico en materia laboral en el inciso 1° del artículo 26 en cuanto establece que:

"En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación".

⁷ Exclusivamente para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior como autorizaba el artículo 235 de la Constitución de 1979 que era el que se encontraba vigente al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica.

En la misma línea, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo⁸, relativo a la “Discriminación en materia de empleo y ocupación” determina el alcance del término "discriminación" señalando en su artículo 1° que comprende:

"a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Si bien en este literal no se incluye a la edad entre los criterios prohibidos, el literal b) agrega:

"... cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas y de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados".

Nuestro criterio sobre la inclusión de la edad como criterio prohibido de diferenciación se confirma cuando en el informe del Director General de la OIT del año 2003, titulado “La hora de la igualdad en el trabajo”, se afirma que:

“Con la garantía de la «remuneración igual por un trabajo de igual valor», el Convenio sobre igualdad de remuneración, introdujo un concepto radicalmente innovador - ya presente en la Constitución de la OIT - que permite el análisis de los prejuicios por razón de género en las estructuras del mercado de trabajo. Más recientemente, otros motivos de discriminación como son la edad, la discapacidad, la infección - supuesta o real - por el VIH/SIDA y la nacionalidad han suscitado preocupaciones similares y han desembocado en la adopción de más medidas en los planos nacional e internacional”

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que el contenido y alcance de los derechos fundamentales se interpreta de conformidad con lo dispuesto

⁸ Adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958, Aprobado por Decreto Ley 17687 del 6 de junio de 1969. Instrumento de ratificación expedido el 30 de junio de 1970.

por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados que sobre dicha materia haya ratificado el Estado Peruano.

El inciso 1° del artículo 2 de la Declaración Universal establece que:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

El de la misma agrega en su artículo 7 que:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Estas disposiciones son reproducidas, en lo esencial, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 4.1 y 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 7.a.i), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 23 y 24), entre otros tratados de los ámbitos europeo y africano.

Por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹ desarrolla en su artículo 25 lo que denomina “Derechos de las personas mayores” en los siguientes términos:

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.

A tenor de la interpretación de la Constitución que se esbozara y de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Peruano, se adoptó la Ley 26772, sobre

⁹ Este artículo se encuentra relacionado con el artículo 23 de la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La participación en la vida social y cultural mencionada incluye, por supuesto, la participación en la vida política. El inciso 1° del artículo 34 de la misma Carta agrega que también se garantiza protección en caso de vejez o pérdida del empleo.

prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa¹⁰.

Luego de señalar que la oferta de empleo y el acceso a centros de formación educativa no podrán contener requisitos discriminatorios, el artículo 2° establece que:

“Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”.

Dicha norma ha sido reglamentada mediante el Decreto Supremo 002-98-TR que además de prever que no se consideran prácticas discriminatorias las que estén sustentadas justificaciones objetivas y razonables, como las basadas en las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado, establece que:

“No se considera justificación objetiva y razonable y por lo tanto constituye práctica discriminatoria, para los fines del Artículo 2 de la Ley, aquella referida a las preferencias subjetivas de los clientes, o a los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona. Tampoco se considera que existe una justificación objetiva y razonable cuando se excluye al postulante, en función de su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos”.

III.- DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

Cuando se aborda el tema de la edad en el ámbito laboral encontramos tres aspectos problemáticos centrales como son los relacionados con el acceso (tanto en el caso de jóvenes como en el de personas mayores aunque por diferentes razones en cada uno), la conservación del puesto, y el cese de la relación.

¹⁰ Una crítica en torno a la redacción de la disposición puede encontrarse en Dolorier, J y Del Carpio, P. (2005) “El principio de no discriminación en el acceso al empleo por razón de la edad”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 87, pp. 29.

1. Restricciones en el acceso al empleo por razones de edad:

Las restricciones en el acceso presentan dos ámbitos con problemáticas claramente diferenciadas:

- a. El de los jóvenes que pretenden acceder al mercado laboral; y
- b. El de las personas mayores de edad enfrentan especiales dificultades para ingresar al mercado laboral o para reinsertarse en caso de que hubiese sido despedido¹¹.

Los jóvenes que intentan acceder al mercado laboral enfrentan dificultades relacionadas con la falta de experiencia o capacitación ya que ante la duda sobre su rendimiento los empleadores optan por trabajadores de mayor edad.

Constatar esta modalidad de la discriminación es bastante complicado ya que no siempre se puede determinar que los requisitos de experiencia o calificación profesional no resulten indispensables para el desarrollo de la función requerida y que por lo tanto vengan a constituir un criterio arbitrario¹².

En el otro extremo encontramos la situación de las personas mayores de 40 años de edad que enfrentan dificultades crecientes para acceder a un empleo o reengancharse en el mercado luego de haber perdido el que tenían.

La determinación de límites máximos de edad para el acceso al empleo se viene extendiendo a pesar de que constituye una práctica arbitraria cuando no se relaciona con criterios objetivos y proporcionados vinculados a la naturaleza de la actividad a desarrollar.

De hecho la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica abordó un caso sobre indemnización por discriminación en la oferta de trabajo y señaló que al impedir la postulación a una plaza de abogado en la Junta de Regantes del Distrito del Chira por superar la edad máxima fijada en el concurso (50 años) se ha

¹¹ Organización Internacional del Trabajo (1999) *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999*, Ginebra, pp. 207-211.

¹² En este ámbito deberían jugar un rol importante los sindicatos de trabajadores.

cometido un acto de discriminación en el acceso al empleo, proscrito por la ley y su reglamento.

El máximo tribunal de justicia, luego de afirmar que la institución demandada no ha podido demostrar la existencia de una justificación objetiva y razonable respecto de dicha medida, sostiene que:

“... la Ley 26772, modificada por la Ley 27270, busca que la oferta laboral no contenga prácticas discriminatorias de ninguna clase, no fija límites; es decir, que si se da desde su inicio, durante o en la conclusión de la oferta laboral, se estaría incurriendo en la violación de la referida norma legal” (Considerando Sétimo)¹³.

La Defensoría del Pueblo recibió 11 denuncias relacionadas con discriminación por edad, referidos a restricción en el acceso a un puesto de trabajo¹⁴ o a centros de educación superior¹⁵ sin consideración a fundamentos razonables o proporcionales.

De acuerdo con el organismo:

"Las distinciones fundamentadas sobre la exigencia de tener determinada edad, aparecen como conculcatorias de derechos, en la medida en que las mismas no tengan justificación alguna o no guarden relación con los fines y objetivos de la medida o acto propuesto y los bienes en juego"¹⁶.

Desde nuestra perspectiva cabría tener en cuenta que para que una diferenciación entre personas que se encuentran en la misma posición quede excluida del artículo 2.2 de la Constitución, no basta que la opción establecida en la norma presente una justificación razonable pues en principio siempre debe haber alguna.

¹³ Sentencia de Casación N° 231-2004-Lambayeque, del 7 de junio del 2005, en los seguidos por José Gerardo Ramos Cabrejos con Seguro Social de Salud – ESSALUD sobre indemnización.

¹⁴ Por ejemplo en febrero del 2008 la Corte Superior de Justicia de Tacna publicó una convocatoria de personal que estableció entre otros requisitos el tener entre 18 y 30 años de edad.

¹⁵ Por ejemplo en julio del 2007 la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) convocó al “Cuadragésimo Octavo Curso de Administración Tributaria” señalando como requisito para postular el de no ser mayor de 28 años.

¹⁶ Defensoría del Pueblo (2009) *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*, Informe 005-2009-DP/ADHPD. Lima, pp. 57 y siguientes.

La justificación además debe perseguir la realización de bienes jurídicos, constitucionalmente apreciables y protegidos, en una medida que justifique la intervención a la luz del test de proporcionalidad.

En conclusión, la oferta de empleo debe realizar un manejo responsable de los requisitos especialmente en materia de edad, sin fijar topes arbitrarios desconectados de las necesidades objetivas del puesto y sin exigir preparación o experiencia innecesaria.

El acceso al empleo debe encontrarse íntimamente relacionado con la capacidad de las personas y no con otras características como la raza, la presencia o la edad.

2. Discriminación de los empleados antiguos o envejecientes

Las empresas tienden a asumir que los empleados antiguos en el puesto resultan más caros y menos flexibles que los trabajadores más jóvenes utilizando el criterio de edad de un modo prejuicioso y arbitrario.

La Asamblea General de Naciones Unidas en su Sexagésimo Séptimo período de sesiones de Diciembre de 2012, aprobó la Resolución 67/139 titulada “Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad”. En dicho documento se dispone que a partir del 2013 se examinarán propuestas “sobre la base del enfoque holístico adoptado en la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación” a partir de documentos como el “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos de las personas de edad”¹⁷ y el “Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”¹⁸, entre otros.

¹⁷ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos de las personas de edad. Consulta: 3 de Diciembre de 2013. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2012/51&referer=http://www.un.org/en/e/cosoc/docs/report2012.asp&Lang=S

¹⁸ Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Consulta: 3 de Diciembre de 2013. www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/67/139

En nuestro medio se han presentado casos de restricciones de derechos por razón de la edad como sucediera cuando el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú decidió que los funcionarios que tuvieran una edad superior a los 65 años de edad debían pasar a un cuadro especial sin acudir a consideraciones profesionales.

Esto implicaba que no podrían ser elegidos para desempeñar determinadas responsabilidades en el país ni desempeñar funciones de carácter permanente en el extranjero.

En el proceso de amparo entablado por los afectados el Tribunal Constitucional dejó resuelto que:

"... la futura inscripción de los recurrentes en el denominado Cuadro Especial del Escalafón del Servicio Diplomático y, por consiguiente, la imposición de la limitación de que puedan ocupar cargos en órganos de línea en el Ministerio de Relaciones Exteriores y cargos permanentes en el exterior, fundándose solamente en su edad, constituye una amenaza cierta e inminente de discriminación directa por razón de edad en relación a otros funcionarios diplomáticos de menor edad. Ahora bien, este Colegiado estima que debe quedar claramente establecido que la razón principal para estimar la demanda radica en que mientras la edad de jubilación de los diplomáticos sea de 70 años, no se puede imponer una limitación general en el ejercicio de las funciones basada únicamente en la edad –a aquellos que cumplen 65 años de edad–, sin considerar criterios objetivos" (Expediente 10078-2005-AA, Fundamentos Jurídicos 23 y 24)¹⁹.

La decisión se funda en un criterio razonable ya que es evidente que la medida no obedece al desempeño, la productividad o la conducta de los funcionarios sino a un prejuicio vinculado con la edad.

En un sentido opuesto al descrito, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 75/1983 dejó sentado que:

“La edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el artículo 14 pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier

¹⁹ En el mismo sentido se resolvieron los expedientes 09707-2005-AA y 01875-AA.

otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad, dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública, es una de las circunstancias comprendidas en el artículo 14 y en el artículo 23.2 desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios. Pero sería equivocado inferir de aquí que todo funcionario, desde el momento del acceso a la función pública y en tanto no se haya operado la extinción conectada a la edad de jubilación, tiene abiertas, cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto en la organización pública, pues, por el contrario, en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador, será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos”.

Desde esta perspectiva el legislador podrá establecer límites de edad para determinadas funciones públicas siempre que la medida resulte adecuada en relación con el puesto, pero agregaríamos nosotros que la restricción debería además resultar proporcional.

La Defensoría del Pueblo ha abordado el tema de la discriminación por razones de edad sosteniendo que:

“... las ofertas de trabajo publicadas en diversos medios de comunicación limitan la postulación a personas que no se encuentran en determinado rango de edad, debido a que actualmente la edad avanzada es asociada a la pérdida de capacidades y de un desempeño idóneo de las responsabilidades. Los estereotipos respecto a las personas de edad avanzada son numerosos, como que se les considere más vulnerables a las enfermedades y las lesiones, estar dotados de una menor curiosidad intelectual y mostrarse opuestos al cambio”²⁰.

La problemática apuntada no se presenta solo en el Perú, el Centro de Desarrollo Laboral de Wisconsin ha analizado y demostrado la falsedad de una serie de prejuicios sobre los trabajadores antiguos que se vinculan con su capacidad, adaptabilidad, creatividad y rendimiento²¹.

²⁰ Defensoría del Pueblo (2007) “La discriminación en el Perú – Problemática, normatividad y tareas pendientes”. *Documentos Defensoriales*. Lima, Número 2, pp. 107 y 108.

²¹ Los argumentos sobre los 6 mitos más comunes. Consulta: 26 de noviembre de 2013. <http://www.wisconsinjobcenter.org/ow/ow_myths.pdf>

Dicho estudio sostiene, entre otras cosas, que:

- a. Frente a la acusación de que presentan más dificultades para el aprendizaje debe tomarse en cuenta que, salvo el caso de problemas estrictamente médicos, no está demostrada la disminución en la capacidad cognitiva y su bagaje de experiencia reduce los costos de entrenamiento;
- b. En relación con el mito de que capacitarlos es poco rentable porque les quedan pocos años de trabajo corresponde poner de relieve que las tecnologías se desfazan en un tiempo todavía más corto;
- c. Sobre la afirmación de que los trabajadores antiguos son menos productivos que los jóvenes es necesario tomar en cuenta que en realidad los trabajadores mayores son más fiables y tienen mayor capacidad para detectar errores.

Parecen razones interesantes que refuerzan la legitimidad de nuestro criterio en el sentido que la mera constatación de la edad avanzada de una persona no demuestra su incapacidad y que discriminar por tal concepto resulta claramente arbitrario y lesivo de la dignidad de la persona.

En la sabiduría popular que reflejan los refranes la vejez es tratada con respeto y sin los prejuicios a los que se hiciera referencia ya que se la observa como sinónimo de:

- a. Experiencia: “gallina vieja da buen caldo”, “Buey viejo mal tira, pero bien guía” o “a mono viejo no se le hace morisqueta”²²;
- b. Sabiduría: “El diablo sabe por diablo, pero más sabe por viejo”;
- c. Prudencia: “Pájaro viejo no entra en jaula”; o
- d. Constancia: “viejo es el viento y todavía sigue soplando”.

Frente al problema de la discriminación de las personas de edad, en los Estados Unidos se encuentra vigente una ley específica sobre la materia aplicable al empleo que data de 1967²³ y brinda protección a aquellos trabajadores mayores de 40 años de edad.

²² Aplicado al mundo jurídico se dice que “El joven conoce las reglas pero el viejo las excepciones”.

²³ Se trata de la Age Discrimination in Employment Act (ADEA por sus siglas en inglés) que aparece en el Volumen 29 del United States Code, y comienza por la Sección 621.

Conforme a la ADEA resulta ilegal que el empleador, las agencias de empleo o las organizaciones laborales utilicen arbitrariamente el criterio de edad para contratar, establecer condiciones de trabajo, capacitación o ascenso, así como para suspender, compensar o despedir trabajadores.

3. Despidos y ceses por razón de edad

Cuando el empleador decide poner fin a la relación laboral puede hacerlo por diversas razones vinculadas con la conducta o la productividad pero nunca con criterios arbitrarios o discriminatorios como la edad del trabajador²⁴.

El Tribunal Constitucional tiene decidido que el despido arbitrario fundado en razones discriminatorias es nulo y en consecuencia da lugar a la reincorporación del trabajador y habilita, por ende, la procedencia del amparo (Expediente 00206-2005-AA, Fundamento Jurídico 15).

Por el contrario, el retiro forzoso de los trabajadores al alcanzar la edad de jubilación no ha sido juzgado como inconstitucional, y aún más el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que la determinación de las edades de cese es competencia del legislador ordinario y dependerá del tipo de actividad de que se trate conforme a la política laboral y de fomento del empleo que se establezca.

Actualmente existen diferentes regímenes como por ejemplo:

- a. Funcionarios incluidos en el régimen de la carrera pública (incluyendo docentes de las Universidades Nacionales), profesionales de la salud y trabajadores del régimen de la actividad privada 70 años.
- b. Generales de las Fuerzas Armadas 60 años.
- c. Generales de la Policía 59 años
- d. Trabajadores mineros entre 45 y 55 años, etc.

En la Sentencia de Casación N° 397-2001-Arequipa, del 19 de junio del 2001, en los seguidos por Alberto Núñez Berrios contra la Universidad Católica Santa María, sobre

²⁴ Sobre los retos que supone la tendencia al envejecimiento en el empleo puede consultarse McCann, R. (2012) *Discriminación laboral por razones de edad*. España: Editorial Universitat Oberta de Catalunya.

indemnización por despido arbitrario, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema confirmó dicho criterio al establecer que:

“... una causa justificada para cesar definitivamente a un servidor privado es cumplir con los setenta años de edad, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el inciso g) del artículo 52 de la Ley número 23733, Ley Universitaria solo le es aplicable a los docentes universitarios de las universidades públicas sujetos al Decreto Legislativo 276 por lo que corresponde unilateralmente a la demandada cesar de su condición de docente al demandante por el solo hecho de haber alcanzado la edad de setenta años” (Considerando Noveno).

En el caso peculiar de la docencia universitaria en el ámbito privado el legislador no ha establecido límite preciso en virtud de las características especiales de la actividad como son la investigación, la capacitación permanente y la transmisión de conocimientos. Al respecto el Tribunal Constitucional ha dejado sentado que:

“... cuando lo que se pretende es el cese de un docente por razones de edad, se adopta una decisión contraria a la razón y el sentido común, pues el solo hecho de llegar a una edad determinada no significa necesariamente una disminución de las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico o de quien desarrolla funciones administrativas de alta dirección, que por ley le corresponden en el ámbito de las responsabilidades académicas que se le puedan encargar” (Expediente 00560-2002-AA, Fundamento Jurídico 3).

Aún más, el órgano de control de la Constitución subrayó que resulta inconstitucional que las universidades intenten introducirlo por vía reglamentaria en la sentencia recaída en el expediente 00594-1999-AA (Fundamento Jurídico 3).

El Tribunal Constitucional español ha introducido un interesante matiz en torno a la legitimidad de la jubilación obligatoria por motivo de edad. Al respecto sostuvo que:

“... la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo; es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo” (STC 22/1981, Fundamento Jurídico 9).

Este punto de vista se encuentra recogido también en la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa de fecha 27 de noviembre de 2000 (relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) en cuanto establece que:

“La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”²⁵.

Comienza a desarrollarse la idea, consecuente con la tendencia al envejecimiento de la población, de que la edad por sí misma considerada constituye un criterio irrazonable para decidir la jubilación del trabajador debiendo tomarse en cuenta otros factores como su productividad, capacidad, etcétera²⁶.

Pero también deben tomarse en consideración el hecho de que cuanto más tiempo permanezcan las personas en el mercado de trabajo más tienden a restringirse las oportunidades de los jóvenes que pretenden legítimamente acceder al empleo (sobre todo en el contexto de una economía global con bajas tasas de crecimiento) y por lo

²⁵ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, en el Caso de la Comisión Europea contra Hungría (asunto C-286/12), resuelto con fecha 6 de noviembre del 2012 ha priorizado el derecho al trabajo al entender que la normativa nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años incurre en una discriminación por razón de la edad que no resulta respetuosa del Derecho comunitario, sin mencionar que las normas nacionales controvertidas no constituyen medios adecuados y necesarios para alcanzar los objetivos esgrimidos que justificarían tal discriminación.

²⁶ Al respecto puede verse Barrios,G. (2013) “Crónica de una muerte anunciada: las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”. *Aranzadi Social*, número 11, pp. 155-186.

tanto cada Estado debe desarrollar una normativa que permita equilibrar estos factores atendiendo a su realidad concreta²⁷.

IV.- LA EDAD Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

Existen diversas disposiciones constitucionales y legales que establecen límites mínimos y máximos de edad para el desempeño de la función pública y algunas de ellas, como veremos a continuación, podrían suponer incluso alguna forma de restricción de derechos como el de participación en la vida política del país.

FUNCIONARIOS PUBLICOS	EDAD mínima
Fiscal Supremo	50 años
Juez de la Corte Suprema	45 años
Magistrado del Tribunal Constitucional	45 años
Presidente de la República	35 años
Defensor del Pueblo	35 años
Fiscal Superior	35 años
Juez de la Corte Superior	32 años
Juez de Paz	30 años
Juez Especializado o Mixto	28 años
Fiscal Provincial	28 años
Congresista de la República	25 años
Ministro de Estado	25 años

²⁷ La reducción de la jornada laboral y el establecimiento de incentivos fiscales o de subsidios focalizados son algunas medidas posibles. Al respecto puede verse Colldefors, J. *Discriminación laboral por edad*, en *Discriminación por edad*, Ponencias del VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores, Madrid, 23 al 25 de octubre de 2005, p. 172.

Juez de Paz Letrado	25 años
---------------------	---------

La introducción de límites mínimos de edad obedece a una expectativa, legítima en principio, de que con el paso de los años se acumula experiencia profesional y académica.

Si bien la edad avanzada del postulante no implica necesariamente madurez suele suceder que las personas mayores enfocan con más responsabilidad sus obligaciones, de modo que cuando se restringe el acceso a determinados cargos a una edad mínima se pretende asegurar que las decisiones que comprometen a la administración sean adoptadas con una importante cuota de equilibrio emocional.

El paso de los años tampoco garantiza que una persona adquiera mayor experiencia profesional y preparación académica, es verdad, pero en todo caso cuando se trata de un profesional de menos de 30 años podemos asegurar que no tendrá más de 7 u 8 años de experiencia y apenas si habrá obtenido grado de maestría en su disciplina.

Por las razones expuestas y atendiendo a la finalidad de obtener una administración pública seria, responsable y altamente capacitada la restricción en el acceso por razón de la edad parece una medida razonable y necesaria.

Podría debatirse si 35 años es una edad suficiente para ejercer el cargo de Presidente de la República o 45 para llegar a ser Magistrado del Tribunal Constitucional, con las graves responsabilidades que ello implica. En mi opinión dichas edades deberían aumentarse y ello por dos razones fundamentales:

- a. La tendencia al envejecimiento de la población que dejamos señalada al principio; y
- b. La postergación de la madurez en los jóvenes como fenómeno propio de nuestra sociedad.

Examinar una trayectoria más prolongada permitirá diferenciar entre quienes se mantuvieron activos en el ámbito de la preparación profesional y académica²⁸ y aquellos que descuidaron dichos aspectos, que consideramos de crucial importancia para el adecuado desarrollo de las altas magistraturas.

Otro límite de edad vinculado con la participación política es el establecido por el artículo 31 de la Constitución en cuanto establece que el sufragio es obligatorio hasta los 70 años momento a partir del cual pasa a ser optativo.

En cuanto a la representación de las personas mayores de edad podría decirse que el Congreso actual tiene una muy razonable proporción ya que el 10% de los parlamentarios tienen 65 años de edad o más y otro 3% los cumple el año próximo²⁹.

En sentido inverso, la ley 28869, que Promueve la Participación de la Juventud en las Listas de Regidores Provinciales y Municipales, introdujo el deber de incluir en las listas de candidatos para Regidores no menos de un 20% de candidatos menores de 29 años.

Es decir que se establece el deber de incluir personas menores de 29 años como una forma de discriminación positiva que favorezca la participación del sector juvenil en el ámbito de los gobiernos locales.

El Jurado Nacional de Elecciones convalidó la legitimidad de la disposición poniendo de relieve su finalidad en los siguientes términos:

²⁸ Sus publicaciones nos hablarán de sus puntos de vista teóricos, de su rigor profesional, y de su honestidad intelectual. La ausencia de trabajo no permitirá sacar ese tipo de conclusiones, pero nos habla con claridad de un profesional mediocre.

²⁹ Se trata de los Congresistas Lay, Belaunde, Kobashigawa, Wong, Cuculiza, Apaza, Mora, Cabrera, Castagnino, Simon, Hurtado y Bedoya. Se encontraría dentro de este grupo el fallecido parlamentario Javier Diez Canseco. Por último anotaremos que cumplen 65 el año próximo los Congresistas García Belaunde, Salgado, Tubino e Yrupailla.

En el período legislativo 2006-2011 la proporción era similar ya que ejercieron el cargo 12 parlamentarios de más de 65 años que eran: Hilderandt, Flores, Valle Riestra, Waisman, Estrada, De La Cruz, Negreiros, Giampietri, Alva Castro, Cuculiza, Mayorga y Carrasco.

En el continente europeo la situación es completamente diferente ya que los representantes que tienen más de 65 años de edad no constituyen más del 5%. Al respecto puede verse Cugat i Leseurs, M. *La discriminación política del Mayor*, en *Discriminación por edad*, Ponencias del VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores citado, p. 64.

“... la ley en referencia permitiría la inclusión de al menos el 20% de candidatos menores de 29 años en las listas para los concejos municipales, haciendo referencia como dato estadístico del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática – INEI, que la población menor de 30 años en el Perú asciende al 59% y en relación a la población electoral llegan al 32.85%” (Resolución 1630-2006-JNE, correspondiente al Expediente 1393-2006).

En el derecho comparado no han faltado los cuestionamientos de los límites máximos de edad para el acceso a determinadas funciones públicas. Por ejemplo, el Real Decreto 614/1995 aprobó el Reglamento de los Procesos selectivos y de formación en el Cuerpo Nacional de Policía de España, exigiendo para ser admitido a las pruebas selectivas que convoca:

“b) Tener dieciocho años de edad y no haber cumplido los treinta. No obstante lo anterior, para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en activo, que aspiren a ingresar en esta Categoría, la edad máxima se amplía a los treinta y cinco años”.

El demandante sostenía que la función policial se encuentra cada vez más vinculada al uso de tecnologías y menos al desarrollo de fuerza física o capacidad atlética. Señala que en el ámbito del deporte de elite muchas personas mayores de 30 años mantienen rendimientos óptimos y si quienes seleccionaron a los candidatos hubieran adoptado la lógica del proceso selectivo impugnado muchos campeones mundiales y olímpicos no habrían tenido una oportunidad.

Con razones semejantes a las que usó nuestro Tribunal Constitucional, y modificando parcialmente el punto de vista expresado en la STC 75/1983 que mencionamos *supra*, el Tribunal Supremo del país ibérico, en su Sentencia 2185/2011 sostuvo que:

“...a pesar de que el artículo 14 de la Constitución³⁰ no incluye la edad como criterio prohibido para establecer diferencias de trato, ésta es una circunstancia personal que ha de sumarse a ellas...” (Fundamento Jurídico 5).

³⁰ Dicha disposición establece que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Agregó que la discriminación prohibida no se identifica con cualquier diferencia de trato, sino solamente con aquellas que carezcan de una justificación objetiva y razonable desde las premisas sentadas por la propia Constitución.

No encontrando justificación suficiente la sentencia declaró nulo el límite de edad establecido en el Reglamento de los Procesos selectivos y de formación del Cuerpo Nacional de Policía.

V.- PRONUNCIAMIENTOS DE ÓRGANOS SUPRANACIONALES

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha examinado al menos 5 casos en los que se invocara discriminación por razones de edad a tenor de la cláusula contenida en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dicha disposición establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a **igual protección de la ley**. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o **cualquier otra condición social**”.

El criterio de edad, como en nuestra Constitución, no se encuentra enumerado positivamente en la disposición pero el Comité lo considerará incluido.

Los casos que sobre esta materia examinara dicho órgano de Naciones Unidas fueron los siguientes:

- a. En J.G. contra Holanda el recurrente alega que se le concedió una vivienda diseñada para minimizar las consecuencias de la discapacidad pero se le denegó un plan de asistencia para la recuperación y mantenimiento de la capacidad de trabajo que además incluía seguro médico por tener más de 65 años. En este caso el Comité declaró inadmisibile la petición toda vez que no se habían agotado los recursos internos³¹.

³¹ Comunicación 306/1988, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/306/1988 (1990).

- b. En *Anatolievich Cheban y otros contra la Federación Rusa*³² se argumentaba que los recurrentes no fueron juzgados por el delito de violación de sexual ante un jurado por resultar menores de edad. El Comité desestimó la petición señalando que el juzgamiento por jurados, de acuerdo con la legislación del Estado, correspondía a imputados que enfrentaran la pena de muerte que no resulta aplicable a menores.
- c. En *M. Schmitz de Jong contra Holanda* la denunciante señala que el Estado reconoce el derecho a recibir una tarjeta de jubilado, que permite acceder a determinados beneficios como tarifas reducidas en el transporte o el ingreso a los museos, a toda persona mayor de 65 años con una extensión para su cónyuge siempre que éste tenga más de 60 años. El Comité consideró que el límite de edad constituía un criterio objetivo de distinción y que la aplicación a la denunciante que tenía 44 años no resultaba irrazonable³³.
- d. En *Althammer y otros contra Austria*³⁴ se señala que al eliminar la asignación por unidad familiar e incrementar el subsidio por hijos menores de 27 años se favorece a los trabajadores activos y perjudica a los retirados. El Comité decidió que la disposición incluía dentro de su ámbito no solo a las personas mayores sino también a aquellas que no tuvieran hijos y en todo caso los denunciantes no demuestran que exista una restricción desproporcionada de sus derechos asumiendo que la medida estaba fundamentada en motivos objetivos y razonables.
- e. En *Love y Otros*³⁵ contra Australia se denunció que los contratos de trabajo de los recurrentes fueron rescindidos como consecuencia de la aplicación de una disposición que establecía que los pilotos de aerolíneas no podían continuar desarrollando su actividad más allá de los 60 años conforme a normas y extendida práctica internacional.

³² Comunicación 790/1997, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/790/1997 (2001)

³³ Comunicación 855/1999, U.N. Doc. CCPR/C/72/D/855/1999 (2001)

³⁴ Comunicación 998/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/998/2001 (2003).

³⁵ Se agrupó con los casos de William Bone, William Craig y Peter Ivanoff que enfrentaron la misma situación del primer recurrente.

En dicho caso el Comité dejó sentado, por primera vez, que: "...una distinción relacionada con la edad que no se base en criterios objetivos y razonables puede ser una discriminación por motivos de 'cualquier otra condición social' en el marco de la cláusula de que se trata, o una negación de la igual protección de la ley como se entiende en la primera oración del artículo 26"³⁶.

Sin embargo en el caso de los recurrentes concluye que la medida restrictiva persigue una finalidad legítima como es la de aumentar la seguridad del tráfico aéreo.

Como podrá apreciarse el Comité ha desestimado todas las denuncias de discriminación por edad aunque en el último de los casos señalados acaba sosteniendo que la seguridad en el transporte aéreo resulta una finalidad legítima para la restricción. Desde nuestra perspectiva esta afirmación resulta claramente discutible ya que si de lo que se trata es de garantizar la pericia de los pilotos una evaluación previa parecería resultar indispensable³⁷.

Adicionalmente, entendemos que la mera existencia de una justificación razonable no basta para admitir el tratamiento diferenciado, resultando exigible que resulte además proporcionada.

Sin perjuicio de la crítica planteada, han quedado establecidas dos cosas importantes que resultan pauta interpretativa vinculante para nuestros Magistrados a tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: la primera es que el criterio de edad se encuentra entre aquellos que tornan ilegítima la diferenciación y la segunda que debe comprenderse como "condición social" a los efectos del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸.

Aún cuando no tenga competencia contenciosa respecto del Estado peruano las interpretaciones realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden

³⁶ Fundamento 8.2.

³⁷ De hecho más tarde el propio Estado modificó su reglamento de aeronáutica civil autorizando que las personas que superen la edad indicada piloteen aviones siempre y cuando se haya podido verificar su aptitud y capacidad.

³⁸ De hecho, el fundamento del rechazo de las comunicaciones admitidas no fue la exclusión del criterio edad sino que la aplicación que había hecho el Estado era razonable y proporcionada.

resultar de interés. En lo que a nuestra materia respecta ha examinado los siguientes casos:

- a. En T. C.³⁹ y en V.C.⁴⁰ ambos contra Reino Unido se analizó la situación de dos menores de edad que fueron juzgados y condenados por un asesinato cometido cuando tenían diez años. Los demandantes alegan que por razón de su edad y presunta falta de madurez se les impidió participar activamente en su defensa. El Tribunal dejó sentado que cuando se procesa a un niño el Estado debe tomar en cuenta la edad, la madurez así como su capacidad para comprender el procedimiento de modo que pueda participar en el mismo. Concluyó que el Estado no había cumplido esta obligación vulnerando así el artículo 6 de la Convención.
- b. En D.G. contra Irlanda⁴¹ el recurrente fue detenido por las autoridades nacionales de un modo arbitrario y alegó además haber sido víctima un trato discriminatorio que el otorgado a los adultos. El TEDH concluyó que, aunque se había constatado una diferencia de trato entre adultos y menores de edad, esta resultaba justificada ya que la privación de libertad estaba dirigida a proteger a los niños, una consideración que no se aplica a los adultos.
- c. En Schwizgebel contra Suiza⁴² se resolvió el caso de una madre soltera de cuarenta y siete años a la que se rechazó su solicitud de adopción con fundamento en la importante diferencia de edad entre ella y agregó que la adopción habría generado una carga financiera importante para una persona sola que ya tenía un hijo. A pesar de que el TEDH constató que la recurrente fue tratada de modo diferente que las mujeres más jóvenes que presentaron la misma solicitud de adopción por razón de la edad sostuvo que los criterios señalados no resultaban arbitrarios ya que se basaban en consideraciones relativas al interés superior del niño.

³⁹ TEDH, sentencia del 16 de Diciembre de 1999, número 24724/94.

⁴⁰ TEDH, sentencia del 16 de Diciembre de 1999, número 24888/94.

⁴¹ TEDH, sentencia del 16 de Mayo del 2002, número 39474/98.

⁴² TEDH, sentencia del 10 de Junio del 2010, número 25762/07.

El único caso estimado por el Tribunal de Estrasburgo ha sido el que se refiere a la intervención directa de los menores de edad en el proceso penal siempre que demuestren poseer madurez suficiente aunque el fundamento de la decisión parece tener más relación con el derecho de defensa que con la proscripción de la discriminación por edad.

En el caso de la Señora Schwizgebel cabría anotar que el trato diferenciado respecto de mujeres más jóvenes que ella nos parece discriminatorio ya que no existe una causa justificada y mucho menos proporcional. Por el contrario, la denegatoria atendiendo a razones económicas (siempre que se hayan constatado), resultaría justificada atendiendo al interés superior del niño.

Hasta donde alcanza nuestro conocimiento en el ámbito americano no han existido pronunciamientos relevantes y específicos sobre el problema de la discriminación por razón de la edad.

VI.- CONCLUSIONES

La primer conclusión, y probablemente la más relevante de todas, es que la edad es un criterio de diferenciación prohibido implícitamente en la Constitución y expresamente contemplado en tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Perú es parte, sin mencionar que existen pronunciamientos de órganos como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o la Organización Internacional del trabajo que lo reconocen como tal.

Si bien la población de los países en desarrollo es relativamente más joven que la de los países industrializados la tendencia al envejecimiento que apuntamos al principio resulta mucho más vertiginosa y en consecuencia es indispensable asentar en nuestro ámbito la idea de que la discriminación por razón de edad resulta constitucionalmente proscribida.

Casi todos los criterios “sospechosos” reconocen supuestos de excepción más o menos fáciles de concebir:

1. La raza en el caso de la productora cinematográfica que busca un actor con determinadas características indispensables para el rol;

2. El sexo en el caso de las personas que deben atender en vestuarios o áreas exclusivas de hombres o mujeres;
3. El idioma en el caso de las empresas o instituciones que requieren traductores;
4. La religión en el caso de las instituciones confesionales que requieren profesores de la especialidad; o
5. La condición física en el caso de empresas funerarias que requieren personal con determinada talla para cargar los féretros, entre otras.

Sin embargo en el caso de la discriminación por razón de la edad parece bastante complicado encontrar excepciones legítimas salvo los límites máximos o mínimos que examináramos *supra* para el acceso a las funciones públicas o el caso de la jubilación de trabajadores cuando se persigan finalidades constitucionalmente relevantes y proporcionadas.

En general tiende a admitirse que basta con que existan causas de justificación de los límites de edad, pero desde nuestra perspectiva no basta con que las medidas diferenciadoras resulten justificadas sino que además deben superar el test de proporcionalidad.

Como habrá podido apreciarse a lo largo de este trabajo el único ámbito en el que se han detectado pronunciamientos jurisdiccionales estimatorios respecto de discriminaciones por razón de edad se han presentado en materia laboral y ninguno en materia de beneficios sociales, pensiones, acceso a créditos u otros.

Esta situación probablemente tenga que ver con que es en ese ámbito donde se hayan presentado más reclamos y además donde se patentizan de un modo más claro las desproporciones.

Si bien en todos los ordenamientos jurídicos se fijan edades mínimas para acceder a beneficios jubilatorios y esto parece lógico, se debate la legitimidad de proceder al retiro forzoso de los empleados que cumplen dicha edad, desarrollándose una tendencia a considerar que solo puede hacerse cuando existan políticas públicas que lo justifiquen y tomando en cuenta algunas condiciones vinculadas a la productividad o la capacidad del trabajador.

Parece evidente, aunque todavía faltan datos empíricos, que la discriminación por edad no se presenta solo en el ámbito laboral sino también en otros como el acceso a educación, planes de vivienda, productos financieros (créditos, tarjetas, etc.) o a seguros de salud privados, entre otros.

Por último puede concluirse que el criterio de edad, por sí mismo, no resulta un fundamento legítimo para decisiones diferenciadoras debiendo tomarse en cuenta otros criterios tendientes a satisfacer principios o directrices de rango constitucional salvo que la aplicación del test de proporcionalidad demuestre que este principio debe ceder en aras de finalidades constitucionalmente legítimas cuyo nivel de satisfacción supere la magnitud de la intervención.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Arbulú, V. (2010) “El delito de discriminación en la legislación penal peruana”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Número 139.
- Barrios, G. (2013) “Crónica de una muerte anunciada: las cláusulas convencionales de jubilación forzosa”. *Aranzadi Social*, Número 11.
- Colldefors, J. *Discriminación laboral por edad*, en *Discriminación por edad*, Ponencias del VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores, Madrid, 23 al 25 de octubre de 2005.
- Cugat i Leseurs, M. *La discriminación política del Mayor*, en *Discriminación por edad*, Ponencias del VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores, Madrid, 23 al 25 de octubre de 2005.
- Dolorier, J y Del Carpio Torres, P. (2005) “El principio de no discriminación en el acceso al empleo por razón de la edad”. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, número 87.

- Landa, C. (2013) *Estudio Introductorio*, en Tushnet, M. “Constitucionalismo y *Judicial Review*. Lima: Ed. Palestra.
- McCann, R. (2012) *Discriminación laboral por razones de edad*. España: Ed. Universitat Oberta de Catalunya.
- Defensoría del Pueblo (2007) “La discriminación en el Perú – Problemática, normatividad y tareas pendientes”. Documentos Defensoriales, Lima, número 2.
- Defensoría del Pueblo (2009) *Actuación del Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Informe 005-2009-DP/ADHPD, Lima.

Documentos de organismos internacionales

- Organización Internacional del Trabajo (1999) *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999*, Ginebra.

Jurisprudencia del TEDH

- *TEDH, sentencia del 16 de Diciembre de 1999*, número 24724/94.
- *TEDH, sentencia del 16 de Diciembre de 1999*, número 24888/94.
- *TEDH, sentencia del 16 de Mayo del 2002*, número 39474/98.
- *TEDH, sentencia del 10 de Junio del 2010*, número 25762/07.

LA PROHIBICIÓN DEL DISCURSO DE ODIOS COMO LÍMITE FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

LUIS ANDRÉS PORTUGAL PIZARRO¹

I. INTRODUCCIÓN

En cierta ocasión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentenció que el derecho a la libertad de expresión del Convenio de Europa debía ser interpretado, en la medida de lo posible, de forma armónica con las obligaciones que emanan de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Esto, sin lugar a dudas, marca una tendencia de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, respecto a la interpretación y aplicación del concepto del discurso de odio como límite en contra la discriminación.

Como se sabe, discursos que incitaban al odio discriminando a grupos de personas por su origen étnico, racial, religioso y demás razones, han existido a lo largo de la historia y en la actualidad², incluso George Orwell expuso en cierta ocasión las formas draconianas con que se puede alterar el lenguaje para trazar con sangre la línea entre

¹ Estudiante de la Universidad de San Martín de Porres - Perú. Miembro del Centro de Estudios de Derechos Humanos de dicha casa de estudios. Actualmente trabaja en la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Presidente electo para el XXXII Modelo de la Asamblea General de la OEA para universidades del Hemisferio 2014. Primer puesto en el Concurso "Eduardo Jiménez de Aréchaga", organizado por la Asociación Costarricense de Derecho Internacional y auspiciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebrado en San José, Costa Rica (2012). Becario por la Facultad de Derecho para la VI edición - Otzenhausen 2012. "Derechos Humanos en el Terreno: Europa 2012. Seguridad Humana, Fuerza Pública y Derechos Humanos". Diplomado en Relaciones Internacionales y Derechos Humanos. Organizado por la Universidad Alonso X El Sabio - España, en colaboración con el International Relations Berg Institute, desarrollado en los países de Holanda, Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Francia. Julio 2012, Europa

² Según reseña Cristina Pauner Chulvi en su artículo "La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión", Europa está presenciando el avance de partidos de ultraderecha con claros mensajes xenófobos en contra de la inmigración: Italia, Bulgaria, Austria, Letonia, Suecia, Dinamarca, etc. Del mismo modo, basta escuchar algunos comentarios de algunos sectores de la sociedad a raíz del proyecto de Unión Civil presentado en el Congreso de la República del Perú.

una tribu política y nosotros; y la pregunta inmediata sería ¿hasta dónde protege esta clase de discursos la libertad de expresión?

Al respecto, se han buscado formulas, propuestas y soluciones desde varias perspectivas del derecho, teniendo en consideración interpretaciones de la democracia y experiencias históricas. Sin embargo, tampoco deberíamos caer en el temor que nos lleve a intentar prohibir toda clase de discurso que consideremos irritante o chocante. En este sentido, Sánchez González expresaba que “la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas, después, y sociales, ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos.”³

El presente trabajo, cuya finalidad es descriptiva, desarrolla una exposición de la importancia, los derechos y las obligaciones que emanan de la libertad de expresión. Luego, procede a una aproximación hacia la definición del discurso de odio, para posteriormente abordar su tratamiento desde el derecho constitucional americano y desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, analizando en ambos casos el desarrollo histórico y fundamentos. Finalmente, se expone las conclusiones.

II. EL ROL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA.

La libertad de expresión y su importancia en la sociedad actual radica en la necesidad de todas las personas de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos e ideas.

Muchas son las teorías y análisis que se han hecho sobre la importancia del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido de manera certera, que este derecho entraña tres deberes esenciales. En primer término, la libertad de expresión es uno de los derechos individuales que refleja la virtud de expresar ideas o pensamientos desde nuestra propia perspectiva y de

³ Sánchez, S. (1992) *La libertad de expresión*. Madrid: editorial Marcial Pons, p.16.

comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir.⁴

En segundo lugar, se resalta el rol que tiene la libertad de expresión en la democracia. Al respecto, este rol determinante ha sido mencionado y desarrollado ampliamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁵ Así, el objetivo mismo del artículo 13 de la Convención Americana es el de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos mediante la protección y el fomento de la libre circulación de información, ideas y expresiones de toda índole⁶, combatiendo de esta manera el arraigo de sistemas autoritarios.⁷

Por último, la libertad de expresión tiene un rol instrumental por cuanto sirve como herramienta para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Por ejemplo, mediante el ejercicio sin interferencias de este derecho se garantiza el derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y a la igualdad.

⁴ OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 30 de diciembre de 2008, pp.2.

⁵ Corte IDH., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte IDH., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte IDH., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte IDH., *Caso Memoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2009. Serie C No. 265, párr. 119.

⁶ Corte IDH., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143. d); Corte IDH., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61. b).

⁷ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, párr. 70; Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*, párr. 116; Corte IDH., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*, párr. 86; Corte IDH., *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela* párr.105; Corte IDH., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116. CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 46

Ahora bien, lo anterior conlleva a señalar que la libertad de expresión es un derecho que presenta dos dimensiones: una dimensión individual, consistente en el derecho de cada persona a expresar los propios pensamientos, ideas e informaciones; y una dimensión colectiva o social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada.⁸ Las dos dimensiones de la libertad de expresión son igualmente importantes e interdependientes, y deben garantizarse simultáneamente en forma plena, para dar efectividad total al derecho consagrado en los instrumentos interamericanos⁹ y de esta forma, dar un cabal funcionamiento de este derecho.

III. LA PROTECCIÓN A DISCURSOS OFENSIVOS, CHOCANTES O PERTURBADORES.

Como todo derecho, la libertad de expresión tiene algunas permisibilidades y límites vinculados al fondo (contenido) o a la forma (procedimiento) en la que se efectiviza. En ese sentido, el ejercicio de este derecho implica deberes y responsabilidades al igual que cualquier derecho reconocido en tratados internacionales, no obstante, la doctrina y jurisprudencia ha hecho precisión a ciertas clases de discursos que, debido a particularidades, merecen una protección especial, como los discursos ofensivos, y perturbadores.¹⁰ Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática.¹¹

⁸ Corte IDH., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; *Caso Claude Reyes y otros*, párr. 75; Corte IDH., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999, párr. 51; CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996. Párr. 53.

⁹ Corte IDH., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 80; *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, párr. 149; Corte IDH., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, párr. 67.

¹⁰ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

¹¹ Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa*, párr. 113; *Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, párr. 69; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*, párr.105; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

IV. DISCURSOS NO PROTEGIDOS POR EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Bajo la cobertura del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, existen discursos que no encuentran amparo alguno bajo el derecho. Al respecto, tenemos en primer término la pornografía infantil cuya prohibición encuentra fundamento en el artículo 19° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 34°.c de la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 3°.b del Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

En segundo término, y sobre el cual descansa el presente trabajo, se encuentra la prohibición del discurso de odio.

V. EL DISCURSO DE ODIOS.

De manera general, podría decirse que el discurso de odio es “el que estigmatiza a su objetivo adscribiéndole un conjunto de cualidades constitutivas que son vistas de forma extendida como altamente indeseables.”¹²

Ahora bien, analizando diversas definiciones encontramos que el Consejo de Europa ha entendido al discurso de odio como aquel “que comprende todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y toda otra forma de odio fundado en la intolerancia”.¹³ En cuanto a los instrumentos internacionales, la definición más restrictiva es la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴ al señalar que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, a la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Así, esta definición es restrictiva en cuanto expresa un *numerus clausus* de las razones que incitan al odio. Por otro lado, el Convenio Europeo

¹² Pareck, B. (2006) “*Hate speech. Is there a case for banning?*” Public policy research, vol.12, núm. 4, pp. 213-223.

¹³ Consejo de Europa. Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997.

¹⁴ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁵ no contiene una disposición precisa que prohíbe la incitación al odio racial y religioso, al igual que la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.¹⁶ Sin embargo, es posible fundarse para justificar la legislación contra el discurso de incitación al odio en varias disposiciones de ambos instrumentos.¹⁷

A diferencia de lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ prevé específicamente la prohibición del discurso de odio al señalar que “estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, u origen nacional”. No obstante, no existe aún desarrollo jurisprudencia sobre el tema, lo cual genera incertidumbre respecto a su aplicación en casos concreto.

Por otro lado, y de gran importancia, es la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, que contempla un supuesto especialmente grave de incitación al odio. Así, teniendo en consideración la definición de genocidio¹⁹, a tenor del art. 3º será sancionable —la instigación directa y pública a cometer genocidio.

En concordancia, El Tribunal Penal Internacional para Rwanda en el caso Nahimana, entendió que el discurso del odio era "la generalización de la etnicidad combinada con su denigración", así como la forma discriminatoria de agresión que elimina la dignidad de aquellos pertenecientes al grupo sometido al ataque. Crea un estatus inferior no sólo

¹⁵ Adoptado en Roma, 4 de noviembre de 1950.

¹⁶ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia.

¹⁷ NN.UU. Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos*. A/HRC/2/6. 20 de setiembre de 2006. Párr. 28.

¹⁸ Firmada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

¹⁹ Se considera como genocidio una serie de actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) la matanza de miembros del grupo; b) la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y e) el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

a los ojos de los propios miembros del grupo sino también a los ojos de los demás que los perciben y tratan a esas personas de forma infra-humana.²⁰

En ese sentido, es evidente que no existe una definición universalmente aceptada.²¹ No obstante, se puede entender, tras analizar las definiciones precedentes, que el discurso de odio es aquel que impone la existencia de dos elementos: a) la incitación a la violencia u otra acción ilegal y, b) que este dirigida contra una persona o un grupo de personas por diversos motivos.

Por último, debe recordarse que frente a estos discursos no cabe protección jurídica alguna.²²

Debido a ello, se ha generalizado el estudio de dos sistemas que tienden a interpretar y aplicar de manera diferente el discurso de odio y las prohibiciones que de esto deviene.

IV.I EL DISCURSO DE ODIOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO.

Como es sabido, en Estados Unidos el alcance de la libertad de expresión es el más amplio de los que existe en las democracias occidentales y la protección del discurso extremo, radical o subversivo la más fuerte de las imaginables.²³ La Primera Enmienda a la Constitución Americana señala que “el Congreso no hará ninguna ley recortando la libertad de expresión o de la prensa.” Este precepto ha tenido un largo desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, sufriendo diversas interpretaciones en la historia.

Como consecuencia de ello, se habla de la existencia de un mercado de las ideas, lo cual implica que una sociedad pueda albergar distintas opiniones que, en un debate justo y libre, compitan entre sí y en donde las que tengan mayor calidad de argumentos y de

²⁰ Pérez- Madrid, F. (2009) “*Incitación al odio religioso o “hate speech” y libertad de expresión.*” *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19, pp. 16.

²¹ Pérez-Madrid, F. (2009) *Incitación al odio Religioso o Hate Speech y Libertad de Expresión.* En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19, p.7.

²² TEDH, *Caso Müslüm Günduz v. Turquía*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003, párr. 41. *Caso Jersild v. Dinamarca*. Sentencia de 23 de septiembre de 1994, párr. 49.

²³ Rodríguez, T. (2012) *La Libertad de Expresión, discurso extremo y Delito*. Valencia: editorial Alternativa, pp. 132-133.

seguidores será la que tenga más éxito y quede vigente. Esto conlleva la existencia de una libertad negativa, que comporta la no interferencia en el ámbito individual y, por tanto, el aumento de la libertad se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio.²⁴

Ahora bien, antes de iniciar con el desarrollo histórico de la aplicación del discurso de odio y el mercado de las ideas en los Estados Unidos, es menester hacer precisión en la distinción existente para el tratamiento a la libertad de expresión en el derecho constitucional americano. Al respecto, la existe una restricción entre normas que reglamentan la libertad de expresión en razón a su contenido (content based regulation) y normas neutrales ajenas al contenido del mensaje (content neutral regulation).²⁵

En relación a las normas neutrales, estas pretenden proteger a la sociedad de cualquier consecuencia negativa que pudiera tener el ejercicio de la libertad de expresión sin tener en cuenta el contenido del mensaje. Generalmente, regulan el tiempo, lugar y forma de las manifestaciones de la libertad de expresión, dentro de estas podrían considerarse los permisos administrativos respectivos para exposiciones o protestas públicas.

En cuanto a las normas que regulan la libertad de expresión por su contenido, estas buscan la restricción de ciertas ideas o mensajes que se debe evitar transmitir a la sociedad debido a que son nocivas o peligrosas para el resto. En ese sentido, estas normas mencionadas presentan una alta presunción de inconstitucionalidad, y en cada caso debe aplicarse un escrutinio estricto según el cual cada gobierno debe demostrar que la restricción es necesaria para alcanzar un apremiante interés legítimo en la sociedad y que no existe otro medio menos lesivo de la libertad de expresión capaz de alcanzar tal interés legítimo.²⁶ Dentro de este supuesto encontramos a los discursos racistas, xenófobos, entre otros.

a) Desarrollo jurisprudencial.

²⁴ Pérez de la Fuente, O. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, p. 71.

²⁵ Cfr. Tribe, L. (1998) *American Constitutional Law*, 2 ed, The Foundation Press, Mineola, p. 789.

²⁶ WIDMAR V. VINCENT 454 US 263 270 (1972) Citando: Rivera, J. *La Libertad de Expresión y el Discurso de Odio*. Buenos Aires: editorial Abeledo Perrot, p. 7.

En un inicio se consideraba que la primera enmienda a la constitución norteamericana tenía como único objetivo la protección contra la censura previa de las publicaciones.²⁷ Sin embargo, con el transcurrir de los años surgió el concepto de mercado de las ideas, que apareció por primera vez en un voto discrepante del Juez Holmes en el caso *Abrams v. Estados Unidos*. Fue por vez primera, que el juez Holmes, en su voto discrepante del caso *Abrams Vs. Estados Unidos*, que versaba sobre unos militantes socialistas que habían sido condenados por distribuir panfletos en los que se urgía a unos obreros a dejar de fabricar balas que podían llegar a usarse contra la Revolución Rusa; desarrolló el test del peligro claro y actual al señalar que “el principio del derecho a la libertad de expresión es siempre el mismo. Es solamente el peligro actual de un mal inminente o la intención de producirlo lo que justifica que el congreso establezca un límite a la libertad de expresión.”²⁸

No obstante, fue recién en 1930 que el mercado de las ideas, y en especial el test del peligro claro y actual, iba finalmente a emerger de gran manera en la Corte Suprema. Así, en el caso *Stromberg*²⁹, el colegiado sostuvo que era inconstitucional una ley del Estado de California que prohibía el despliegue público de una bandera como un signo, símbolo o emblema de oposición al gobierno organizado.”³⁰ Años después, en *West Virginia Board of Education Vs. Barnette*, la Corte señaló que “la censura o supresión de la expresión de una opinión es tolerada solo cuando la expresión presenta un peligro claro y actual de una acción de cierta clase que el Estado tiene poder de prevenir y castigar.”³¹

- El caso *Brandenburg vs Ohio*.

Este caso implica la consolidación del test del peligro claro y actual en el derecho constitucional norteamericano. En el célebre caso *Brandenburg Vs. Ohio*, que trataba sobre el derecho del Ku Klux Klan de llamar públicamente a la expulsión de los afroamericanos y los judíos de los Estados Unidos y el derecho a sugerir la

²⁷ *Patterson Vs. Colorado* 205 US 454, 462 (1907)

²⁸ *Abrams Vs. United States* 250 U.S. 628 (1919)

²⁹ *Stromberg Vs. California* 283, US 359 (1931)

³⁰ Rivera, J. (2009) *La Libertad de Expresión y las Expresiones de Odio*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, pp. 23.

³¹ *West Virginia Board of Education's Vs. Barnette*, 319 US 624 (1943).

deseabilidad de la violencia; se creó y consolidó el estándar vigente en materia de expresiones que incitan a la violencia y a la realización de conductas delictivas. En ese sentido, la Corte Suprema americana sostuvo que la prédica de una acción violenta o criminal puede ser penalizada cuando: a) está dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y b) dicha prédica resulta suficiente para incitar o producir la acción. De esta forma, todo aquel que exhorta a la realización de una determinada acción delictiva se encuentra en principio protegido por la constitución, a no ser que dicha exhortación se encuentre dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente.³² Si bien ya había desde antes una ligera distinción entre prédica y prédica que incita, esta era ambigua y fragmentaria, y fue recién en este caso que se estableció de manera precisa y concreta.³³ En consecuencia, LA Corte determinó que la ley que restringía el derecho a la libertad de expresión era inconstitucional por cuanto tuvo por propósito “reprimir la mera prédica y prohibir, bajo amenaza de castigo penal, la reunión con otros sólo para predicar la acción descrita”.³⁴

- El caso Collin VS. Skokie

En primer término, es necesario hacer mención que el caso Collin es una decisión del Tribunal Federal de Apelaciones del séptimo circuito. En este caso, el señor Collin, en su calidad de líder del Partido Nacional Socialista de América (que reivindicaba al nacional socialismo alemán de Hitler) solicitó al municipio los permisos correspondientes para marchar por diversas calles, incluyendo una vecindario de judíos sobrevivientes al holocausto de la segunda guerra mundial. Frente a ello, el municipio dictó tres ordenanzas que, de una u otra forman, buscaban restringir la posibilidad de marchar del grupo nazi.

En el citado caso, el Tribunal federal entre otras razones entendió que la constitucionalidad de las ordenanzas no podía justificarse en la menor protección constitucional de las afirmaciones falsas de tipo factico, ya que la ideología nazi no podía ser considerada como un hecho fáctico. Así, la ideología nazi constituía una

³² Cfr. Greenawalt, Kent.(1980) *Speech and Crime*, American Bar Foundation Research Journal, vol. 1, pp. 651.

³³ Cfr. Gunther, Gerald. *Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History*, pp. 754.

³⁴ Rivera, Julio Cesar, pp. 26.

opinión y no importa cuán funesta una opinión pueda parecer, pues dependemos para su corrección de la competencia con otras ideas y no de la conciencia de los jueces y jurados.³⁵ Según el Tribunal, no se podía criminalizar la expresión pacífica de opiniones impopulares.³⁶

En conclusión, el gobierno solo puede castigar las expresiones de odio que están dirigidas a incitar o producir una inminente reacción violenta y sean suficientes para probablemente incitar o producir tal acción y aquellas que puedan generar una reacción violenta ante la cual el gobierno no logre prevenir de forma efectiva.

Solo de manera adicional, y como correlato posterior, una vez autorizada la marcha, esta se realizó sin mayor notoriedad por las calles del citado distrito, disolviéndose años después el Partido Nacional Socialista Americano por la escasa acogida y por la victoria del “counter speech” a sus ideas en la sociedad.

b) Fundamentos del sistema norteamericano.

Uno de los principales fundamentos radica en la desconfianza de los ciudadanos frente al Estado, la cual parte del liberalismo clásico que fue parte del pensamiento de los políticos americanos de la época de la independencia inglesa.

Al respecto, Julio Cesar Rivera señala que ese temor de la tiranía de la mayoría se refleja de tres maneras en el derecho constitucional americano³⁷. Una primera manera referida al diseño institucional que busca un equilibrio de los intereses de las mayorías populares y de las minorías, una segunda manera en la que no existe un efecto horizontal de los derechos constitucionales por cuanto estos solo protegen al individuo frente al Estado y una tercera manera que radica en la inexistencia de libertades positivas por cuanto se busca proteger al individuo de las interferencia del Estado. En consecuencia, la alta presunción de constitucional que presentan las leyes sobre libertad de expresión.

³⁵ *Collin Vs. Smith, 493 US 1916 (1978)*

³⁶ *Collin Vs Smith, 493 US 1916 (1978)*

³⁷ Rivera, J.pp. 51.

Otro fundamento radica en la experiencia histórica por el invaluable rol de la libertad de expresión en la lucha de los movimientos políticos. Así, a pesar de que uno de los principales objetivos de los movimientos civiles fue luchar contra la discriminación, estos nunca incluyeron a las leyes de sobre libertad de expresión. En ese sentido, el éxito de los movimientos civiles dependió en gran medida de una amplia interpretación de la libertad de expresión por parte de los tribunales.³⁸ Al respecto, como ejemplo volvemos a citar el caso Collin, donde el partido Nacional Socialista Americano estuvo jurídicamente asesorado por la Unión Americana por las Libertades Civiles. Este movimiento, después de un importante papel en la lucha contra la segregación racial, entendió que al proteger la libertad de expresión del partido nazi estaba protegiendo la libertad de expresión de todos los ciudadanos.

Por último, queremos citar a Dworking, quien sostiene que el mercado de las ideas tiene dos justificaciones. La primera de ellas considera que este concepto es importante instrumentalmente, por los efectos que produce.³⁹ Así, por pernicioso que una idea pueda parecer, su corrección depende, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición con otras ideas.⁴⁰ En efecto, la Corte Suprema interpreto que “bajo la Primera Enmienda no existe tal cosa como una idea falsa”⁴¹, el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado. Debe entenderse así, que cuando la Corte Suprema estadounidense sostiene que no hay ideas falsas, está destacando la incapacidad del Estado de determinar, de forma irrevocable, si una idea es correcta o no.⁴² El libre intercambio de ideas, incluidas las ofensivas, es crucial para las fricciones saludables de un sistema plural.⁴³

La segunda justificación, según Dworking, es que el mercado de las ideas es “constitutiva” de una sociedad política justa donde el gobierno trata a todos sus miembros adultos, excepto aquellos que son incompetentes, como agentes morales

³⁸ Strossen, N. “Regulating Racist Speech”, pág. 567.

³⁹ Dworkin, R (1996) *Freedoms Law*. Harvard University Press, pp. 199-200.

⁴⁰ *Gertz Vs. Robert Welch Inc.* 418 US 323, 339-40 (1974). Cfr. Ingrer, S. (1984) “Marketplace of ideas: A legitimizing myth”, Duke Law Journal, vol. 1, núm 1, p. 7.

⁴¹ *Gertz Vs. Robert Welch (1974) Inc.* 418 US 323, 339-40

⁴² Cfr. Bollinger, Lee - Stone, G. (2002) *Eternally vigilant*. Chicago: The University of Chicago, Chicago, p. 29.

⁴³ Pokempner, D. (2009) “Libertad de expresión y guerra contra el terrorismo”. Política Exterior, núm. 127, pp. 168.

responsables.⁴⁴ Ello, refleja una concepción del Estado como un árbitro neutral, que debe obtenerse de intervenir en dicho mercado de ideas.⁴⁵ Ello implica que el Estado debería intervenir únicamente cuando ciertas acciones dañen a los demás.

IV.II. LOS DISCURSOS DE ODIOS DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

En primer lugar, el reconocimiento a la libertad de expresión y sus limitaciones en el derecho europeo se encuentra en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al respecto, para la correcta interpretación y aplicación de tal derecho, la Corte Europea de Derechos Humanos realiza un examen basado en tres etapas. En primer lugar, al igual que la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda restricción debe estar prevista por una ley. Luego, tal restricción debe tener una restricción legítima al amparo de inciso 2º del artículo citado, a saber: seguridad nacional, defensa del orden y prevención del delito, entre otros. Por último, la Corte analiza la necesidad de la adopción de tal medida en una sociedad democrática, debiendo ser tal restricción una “necesidad imperiosa” proporcional a los fines perseguidos.⁴⁶

Por otro lado, el artículo 17º del mismo tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Convención “podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad y realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención”.

Ahora bien, esta regulación, o mejor dicho la ausencia de una regulación específica como el artículo 13º.5 de la Convención Americana, ha permitido una interpretación más restrictiva del discurso de odio, suponiendo el uso de una libertad positiva, entendiéndose a esta como el poder del Estado de controlar o participar en las

⁴⁴ Dworkin, Ronald, pág. 200.

⁴⁵ Cfr. Lahav, Pnina, (1987) *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for free Speech*. Journal of Law & Politics, vol. 4, pp. 456.

⁴⁶ TEDH. “Open Door and Dublin Well Woman vs. Ireland, Sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 70. TEDH. *Sunday Times Vs. Reino Unido*, Sentencia de 19 de abril de 1979, párr. 59.

decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad de expresión.⁴⁷ En este marco normativo, se ha entendido que “la interdicción del denominado discurso violento constituye en todo caso un límite legítimo de la comunicación.”⁴⁸

Frente a discursos de odio que atentan contra la democracia que implica tolerancia y respeto o aquellos relativizan o niegan acciones del nazismo de la segunda guerra mundial, surge la democracia militante. Este concepto, surge en la tradición jurídica alemana después de la II Guerra Mundial. Como explica Krotoszynski, la libertad de expresión no es el valor constitucional más importante en el sistema jurídico alemán. La dignidad humana tiene esta posición ya que, según el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn, es el principio constitucional supremo y un derecho fundamental. Por lo tanto, cuando los casos presentan hechos en los que la dignidad humana y la libertad de expresión colisionan, la libertad de expresión debe ceder.⁴⁹ En ese sentido, Peces-Barba señala que “deben ser rechazadas las manifestaciones o las expresiones, que defendiendo esas tesis excesivas, traspasan los límites de la libertad de expresión creando un claro y presente peligro de favorecer el paso de las palabras a los hechos.”⁵⁰

En segundo lugar, el concepto de democracia militante, entiende que aquella expresión que tiene la intención de destruir el gobierno democrático y todo lo que este conlleva, por ejemplo el respeto a las minorías, no tiene ni debería tener alguna clase protección jurídica. Sin lugar a dudas, la historia del nacionalsocialismo, al mando de Hitler, influyo en este análisis respecto a la importancia de la libertad de expresión. Con todo, es evidente que la difusión del nacionalsocialismo ha sido la circunstancia que ha permitido elaborar una doctrina europea de la que se deriva que el respeto a los valores democráticos es el límite infranqueable frente a las manifestaciones de los

⁴⁷ Oscar Pérez de la Fuente. pág. 83.

⁴⁸ Pauner Chulvi, C. *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDG y del TC*, pp. 6. Consulta: file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/51751.pdf

⁴⁹ Krotoszynski. *A Comparative perspective on the First Amendment: Free speech, military democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany*. Tulane Law Review, Num. 78, pp.. 1553-1554.

⁵⁰ Peces-Barba Martínez, G. (2002) *La dignidad humana de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Dykinson, Madrid, p. 72.

intolerantes.⁵¹ Así, se dice que la Convención Europea de Derechos Humanos no nació en Roma sino en los campos de concentración y exterminios creados por los nazis.⁵² Sin embargo, ello genera una confusión en el sentido de la probabilidad existente de prohibir ideas que son consideradas “anti-sistema” por parte de una democracia, cuando lo que caracteriza a esta es el pluralismo de opciones, el debate libre y un compromiso con los derechos fundamentales.

En tercer lugar, la prohibición del discurso de odio se funda en el objetivo de promover una igualdad fundamental entre los seres humanos, incluida la libertad de no sufrir discriminación.⁵³ En este sentido, la acción sirve como una declaración de apoyo a las víctimas. En otras palabras, las sociedades democráticas deben condenar el discurso inherentemente hostil a la igualdad para mantener su propia adhesión a ese mismísimo valor y no pueden permanecer pasivas.⁵⁴

Ahora bien, del concepto de democracia militante, nacida en Alemania y aplicada hoy en día en Europa, se puede concluir que exige como único requisito la intención de incitar a acciones ilegales en contra de determinado grupo de personas o la intención de menoscabar la dignidad de una persona mediante la discriminación. Es decir, a diferencia del mercado de las ideas del modelo americano, es suficiente la intención del agente de incitar para sancionar su discurso, sin importar la probabilidad de que ello ocurra. En efecto, el carácter de democracia militante del Convenio Europeo es inherente a su génesis como respuesta frente al totalitarismo y con el cometido de “hacer sonar la alarma frente a su resurgimiento.”⁵⁵ Sin embargo, “las restricciones a la libertad de expresión no se debe interpretar como licencia para prohibir todo discurso poco popular, o cualquier discurso que algunas secciones de la población consideren ofensivo. El alcance de la restricción impuesta a la libertad de expresión debe ser proporcional al

⁵¹ Pauner Chulvi, C. *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDG y del TC*, p. 6.

⁵² Spielmann, A. (1998) “*La protection des droits de l’homme. Quid du droit des detenus?*”, *Protection des droits de l’homme: la dimension europeenne. Melanges en l’honneur de Gerard J. Wiartda*, Colombia: Carl Heymans Verlag, pp. 590.

⁵³ NN.UU. Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada “Consejo de Derechos Humanos”. *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos*. A/HRC/2/6. 20 de setiembre de 2006, párr. 14

⁵⁴ Cardozo. (1987) *Freedom of Speech and Racism*. Law Review 445, p. 456.

⁵⁵ Alcácer, R. (2012) *El Discurso de Odio y el Discurso Político*. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 9.

valor que pretenda proteger la restricción.”⁵⁶ En ese sentido, es necesario hacer un parangón entre los discursos de odio y el discurso impopular.⁵⁷

a) Desarrollo jurisprudencial

- El discurso de odio y las minorías europeas

El contenido de estos discursos tiende a menoscabar la dignidad de minorías religiosas, sexuales o de migrantes, y general, buscan generar una reacción en contra de estas personas por el resto de la sociedad. Como consecuencia de ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido diversos estándares para poder analizar si ciertas opiniones encuentran amparo en el artículo 10º del Convenio Europeo en estos términos.

Por ejemplo, el caso Pavel Ivanov fue analizado por el Tribunal de Estrasburgo a fin de determinar si existió o no una vulneración al artículo 10º del Convenio Europeo. Según se desprende de los hechos de dicho caso, Ivanov escribió y publicó una serie de artículos que retratan a los judíos como el origen del mal en Rusia. Los acusó de conspirar contra el pueblo ruso, y el tenor de sus comentarios fue marcadamente antisemita. Fue declarado culpable de incitación al odio étnico, racial y religioso por tribunales locales. El Tribunal del Viejo Mundo, consideró que el demandante, que había buscado en sus publicaciones "incitar el odio hacia el pueblo judío", y abogó por la violencia contra un grupo étnico en particular, no podía invocar la protección del artículo 10º del tratado europeo.⁵⁸

Claramente, en el presente caso, el tribunal aplicó el sistema imperante en Europa de democracia militante, al tener en consideración únicamente la existencia de la intención de incitar al odio por parte del Pavel Ivanov, sin tener en consideración si es que era posible que dicha expresión llegase a ocurrir en la realidad, pues su análisis no profundizó en ello; constituyendo así, un discurso ante el cual no cabe protección jurídica alguna.

⁵⁶ TEDH. *Caso Robert Faurisson Vs. Francia*. Sentencia del 16 de diciembre de 1996, párr. 8

⁵⁷ Estrella Gutiérrez, David y Gema Alcolea Díaz. *El “discurso del odio” y la libertad de expresión en el Estado democrático*. En Derecom, UCM, pág. 10.

⁵⁸ TEDH. *Caso Pavel Ivanov Vs. Rusia*. Sentencia 20 de febrero de 2007, párr. 31

Otro caso interesante y más proteccionista de las minorías, donde la Corte Europea se aparta del análisis clásico del discurso de odio, es el reciente caso *Vejdeland Vs. Suecia*, cuyos hechos hacían referencia a la condena de los demandantes por la distribución en una escuela secundaria superior de folletos ofensivos para los homosexuales⁵⁹; el Tribunal señaló que “la incitación al odio no implica necesariamente una llamada de un acto de violencia u otros actos delictivos. Los ataques contra las personas cometidos por insultar, con capacidad para el ridículo o calumniar a grupos específicos de la población puede ser suficiente para que las autoridades, a favor de la lucha contra el discurso racista, limiten la libertad de expresión ejercida de manera irresponsable.”⁶⁰

En este caso, el criterio de “incitación”, usado tanto en el sistema de democracia militante y el mercado de las ideas, junto al criterio de “probabilidad” de la democracia militante, son desplazados e irrelevantes en supuestos en los que los ataques son contra grupos específicos de categoría sospechosa. Similar fue el análisis de la Corte Europea en el caso *Féret Vs. Bélgica*,⁶¹ en donde los “migrantes” eran objeto de insultos y vejaciones por parte de Féret, situación agravada por su calidad de candidato político.

De acuerdo a ello, se hace un énfasis protector de aquellos grupos de personas denominados como "categorías sospechosas", debiendo tenerse en consideración la situación especial de estos grupos, pues; los Estados están obligados a adoptar “medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.”⁶² Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias,⁶³ mediante la creación de mecanismos de protección a

⁵⁹ TEDH. *Caso Vejdeland and Others Vs. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012, párr. 8.

⁶⁰ TEDH. *Caso Vejdeland and Others Vs. Suecia*, párr. 55.

⁶¹ TEDH. *Caso Féret Vs. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio 2009, párr. 73.

⁶² Corte IDH. *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 80.

⁶³ *Cfr.* Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

favor de estos grupos específicos a fin logra que dejen de ser excluidos.⁶⁴

Otro estándar desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos radica en el medio usado y los receptores de la difusión. Así, en el caso *Karatas Vs. Turquía*, se cuestionaba una obra que contenía poemas, a través del uso frecuente de pathos y metáforas, y donde se pedía el sacrificio de "Kurdistán" y se incluían algunos pasajes particularmente agresivos dirigidos a las autoridades turcas. En dicho caso, el razonamiento del Tribunal se basó en el medio usado por el autor. En ese sentido, señaló que si bien es cierto se puede estar incitando a la violencia, "hay que tener en cuenta que el medio utilizado por el solicitante era la poesía, una forma de expresión artística que atrae a una minoría de lectores."⁶⁵

Un caso que versa sobre la discriminación de ciudadanos europeos en perjuicio de los inmigrantes islámicos es el asunto *Soulas y otros v. Francia*⁶⁶. Así, Soulas publicó un libro titulado "La colonización de Europa" donde pretendía resaltar, según él, la incompatibilidad de la civilización europea con la civilización islámica en un área geográfica concreta. Se le acusó al denunciante del delito de incitación a la discriminación, el odio o la violencia respecto a una persona o grupo de personas debido a su origen, su pertenencia o no pertenencia a una raza, nación, etnia o religión, sobre la base de la ley francesa. En aquella ocasión, el Tribunal Europeo, señaló que varios pasajes del libro dan una imagen negativa de las comunidades citadas. El estilo es en ocasiones polémico y la presentación de los efectos de la inmigración es catastrofista. El Tribunal de apelación había subrayado que "las palabras utilizadas en el libro tenían por objeto provocar en los lectores un sentimiento de rechazo y antagonismo, acrecentado por la imitación del lenguaje militar, frente a las citadas comunidades, designadas como el enemigo principal, y llevarlos a compartir la solución recomendada por el autor."⁶⁷ En consecuencia, el Tribunal consideró legítima la restricción al derecho a la libertad de expresión.

⁶⁴ Saba, R. (2008) *Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?*, en: Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp.722.

⁶⁵ TEDH. *Caso Karatas Vs. Turquía*. Sentencia de 08 de julio 1999, párr. 49.

⁶⁶ TEDH. *Caso Soulas y otros Vs. Francia*. Sentencia de 10 de julio de 2008.

⁶⁷ Pérez Madrid, F. (2009) "Incitación al odio religioso o "hate speech" y libertad de expresión." *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, número 19, pp. 21.

Por último, un caso interesante no necesariamente por los hechos del caso, sino por fundamentos del Tribunal europeo es el caso *Jelsid Vs. Dinamarca*, donde el denunciante era un periodista condenado por la transmisión de una entrevista a jóvenes que públicamente realizaron comentarios degradantes en contra de ciertos grupos étnicos. En este caso la Corte entendió que la condena impuesta al denunciante constituía una violación del Convenio europeo. Sin embargo, la misma Corte puso énfasis en que las expresiones racistas de los entrevistados no se encontraban tuteladas bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión.⁶⁸ Sin perjuicio de lo anterior, la importancia de este caso radica en que la Corte sostuvo por vez primera que el artículo 10º del Convenio Europeo debía ser interpretado, en la medida de lo posible, de forma armónica con las obligaciones que emanan de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.⁶⁹

- Los casos sobre el holocausto.

Al respecto, y sobre la relación del negacionismo y la afrenta a la lucha contra la discriminación, el 19 de abril de 2007 la Unión Europea elaboró un mandato de represión penal del negacionismo mediante la Decisión marco relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia que determinó que en todo Estado miembro de la UE y en el plazo de dos años deberían ser punibles las conductas de incitación pública a la violencia o el odio y la justificación, alabanza o negación pública de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Como antecedente de lo anterior, existen dos casos de interesante análisis que versan sobre cuestionamientos o críticas a lo ocurrido en el Holocausto Nazi.

En primer lugar, en el caso *Garaudy vs Francia* la Corte declaró inamisible la petición del denunciante, quien había publicado una investigación donde negaba el holocausto durante la época de Hitler y que en consecuencia fue procesado y sancionado en su país. En dicho caso, la Corte entendió que la negación del Holocausto no constituye una investigación histórica y por el contrario esta busca restablecer el régimen nazi y acusar a las víctimas de falsificar la historia⁷⁰, y por otro lado determinó que tal negación

⁶⁸ TEDH. *Jelsid Vs. Dinamarca*, párr. 35.

⁶⁹ TEDH. *Jelsid Vs. Dinamarca*, párr. 30.

⁷⁰ TEDH. *Roger Garaudy Vs. Francia*, Sentencia de 24 de junio de 2003, párr. 33.

constituye una incitación al odio contra los judíos frente a la cual debía actuar el Estado restringiendo la libertad de expresión con la finalidad de resguardar el orden público.⁷¹

Otro caso, donde el Tribunal europeo hizo un mayor y profundo razonamiento, fue el caso *Lhieux e Isorni Vs. Francia*, donde los denunciantes cuestionaban a raíz de un estudio histórico la participación que se le había atribuido a Petain durante la ocupación militar nazi de Francia. Como se sabe, Philippe Petain fue el jefe de Estado francés durante la ocupación de Hitler sentenciado años después por el delito de traición a la patria. En dicho caso, la Corte Europea señaló que la restricción no había superado la demostración de su necesidad y por ende era vulneratoria del Convenio. Uno de los argumentos principales del Tribunal fue que la publicación de los peticionarios no era sobre hechos históricos claramente establecidos, como el Holocausto, cuya negación o revisión no se encuentra tutelada por el artículo 10º del Convenio Europeo en relación con el artículo 17º⁷². Además, puso énfasis en que los peticionarios no alentaban una política pro nazi debido a que en la misma investigación habían desaprobado las conductas y atrocidades del nacional socialismo.

Ahora bien, hay más situaciones en las que el Tribunal Europeo ha recurrido a diversos estándares tomando como consideración las particularidades de cada caso en concreto.⁷³ No obstante, los casos desarrollados líneas arriba, son trascendentales en cuanto desarrollan un tratamiento distinto al amparo de la interpretación del artículo 10º del Convenio Europeo.

⁷¹ TEDH. *Roger Garaudy Vs. Francia*, párr. 35.

⁷² TEDH. *Lhieux e Isorni Vs. Francia*, Sentencia de 23 de setiembre de 1978, párr. 47.

⁷³ Cfr. Revenga Sánchez, M. (2008) *La Libertad de expresión y sus Límites*. Lima: Ed. Grijley, pp. 38.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Alcácer, R. (2012) *El Discurso de Odio y el Discurso Político. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,*
- Dworkin, R. *Freedoms Law.* Harvard University Press. 1996, págs. 199-200.
- Krotoszynski. *A Comparative perspective on the First Amendment: Free speech, military democracy, and the primacy of dignity as preferred constitutional value in Germany.* Tulane Law Review, Num. 78.
- Lahav, Pnina, (1987) *Holmes and Brandeis: Libertarian and Republican Justifications for free Speech.* Journal of Law & Politics, vol. 4.
- Rodríguez, T. (2012) *La Libertad de Expresión, discurso extremo y Delito.* Valencia: Ed. Alternativa.
- Pauner Chulvi, C. *La defensa de los valores democráticos como límite a la libertad de expresión. Un análisis comparado de la jurisprudencia del TEDG y del TC.*
- Pareck, B. (2006) *"Hate speech. Is there a case for banning?"* Public policy research, vol.12, núm. 4. 2006.
- Peces-Barba Martínez, G. (2002) *La dignidad humana de la Filosofía del Derecho.* Madrid: Dykinson.
- Pérez de la Fuente, O. *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana.* Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho.
- Pérez Madrid, F. (2009) *"Incitación al odio religioso o "hate speech" y libertad de expresión."* *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* número 19.
- Pokempner, D. (2009) *"Libertad de expresión y guerra contra el terrorismo".* Política Exterior, núm. 127.
- Revenga Sánchez, M. (2008) *La Libertad de expresión y sus Límites.* Lima: Ed. Grijley, pp. 38.
- Sánchez, S. (1992) *La libertad de expresión.* Madrid: Ed. Marcial Pons.

- Rivera, J. (2009) *La Libertad de Expresión y las Expresiones de Odio*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, pp. 23.
- Spielmann, A. (1998) “*La protection des droits de l’homme. Quid du droit des detenus?*”, *Protection des droits de l’homme: la dimension europeenne. Melanges en l’honneur de Gerard J. Wiartda*, Colombia: Carl Heymans Verlag
- Tribe, L. (1998) *American Constitutional Law*, 2 ed, The Foundation Press, Mineola, p. 789.

Documentos de organismos internacionales

- NN.UU. Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos". *Incitación al odio racial y religioso y promoción de la tolerancia: informe de la alta comisionada de las naciones unidas para los derechos humanos*. A/HRC/2/6. 20 de setiembre de 2006.
- Consejo de Europa. Recomendación (97) 20, de 30 de octubre de 1997.
- OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 30 de diciembre de 2008.
- CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999.
- CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.
- CIDH. Informe No. 130/99. Caso No. 11.740. *Víctor Manuel Oropeza*. México. 19 de noviembre de 1999.
- CIDH. Informe No. 11/96, Caso No. 11.230. *Francisco Martorell*. Chile. 3 de mayo de 1996.

- CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

Jurisprudencia de la Corte IDH

- Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH., *Caso Claude Reyes y otros*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
- Corte IDH., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004.
- Corte IDH., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001.
- Corte IDH., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Corte IDH., *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006.
- Corte IDH., *Caso Memoli Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2009.
- Corte IDH., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004.
- Corte IDH., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009.

Jurisprudencia del TEDH

- TEDH, *Caso Müslüm Günduz v. Turquía*. Sentencia de 4 de diciembre de 2003,
- TEDH *Caso Jersild v. Dinamarca*. Sentencia de 23 de septiembre de 1994.
- TEDH. *Caso Féret Vs. Bélgica*. Sentencia de 16 de julio 2009.
- TEDH. *Caso Karatas Vs. Turquía*. Sentencia de 08 de julio 1999.
- TEDH. *Lehideux e Isorni Vs. Francia*, Sentencia de 23 de setiembre de 1978.
- TEDH. *Caso Robert Faurisson Vs. Francia*. Sentencia del 16 de diciembre de 1996.
- TEDH. *Caso Pavel Ivanov Vs. Rusia*. Sentencia 20 de febrero de 2007.

- TEDH. Caso Soulas y otros Vs. Francia. Sentencia de 10 de julio de 2008.
- TEDH. *Caso Vejdeland and Others Vs. Suecia*. Sentencia de 9 de mayo de 2012.

LA NEGACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

ROSEMARY UGAZ MARQUINA¹

RICARDO BOLAÑOS SALAZAR²

*«Una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad.»^{***}*

SUMARIO: I. Introducción II. El nuevo paradigma del modelo social de la discapacidad y la capacidad jurídica III. La personalidad jurídica de las personas con discapacidad en Europa IV. El paradigmático caso de Ricardo Adair y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México V. Reflexiones finales VI. Bibliografía

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza el impacto que tiene la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en el principio de igualdad y no discriminación. El análisis se presenta desde la nueva perspectiva del modelo social sobre la discapacidad según el cual son las barreras sociales las que al ponerse en contacto con la “deficiencia” de una persona, ocasionan la discapacidad.

PALABRAS CLAVE: discapacidad, discriminación, capacidad jurídica, apoyo, salvaguardas, modelo social.

¹ Alumna de pregrado y del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

² Alumno de pregrado y del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres

^{***} MORRIS, Jenny. *Pride against prejudice. A personal politics of disability*. Londres: Women's Press Ltd. 1991, p. 17.

I. INTRODUCCIÓN

Iniciamos nuestro camino en la lucha por los Derechos Humanos en el V Curso de Verano organizado por el Centro de Estudios de Derechos Humanos (“CEDH”) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres en el verano del año 2013. Allí tomamos conciencia de que los Derechos Humanos, no son un catálogo de buenas intenciones por parte de los Estados, sino que son la garantía para que todo ser humano pueda desarrollar de manera libre su proyecto de vida, siendo exigible tanto a la sociedad como al aparato estatal el respeto y garantía por esos derechos inherentes.

Un año después, con el incondicional apoyo del CEDH, participamos en una Competencia Moot Court cuyo caso hipotético, precisamente, giraba en torno a los derechos de una persona con discapacidad que era muchas veces invisibilizada por las actuaciones estatales y también por la indiferencia de los particulares.

Sin embargo, esta realidad no solo se circunscribe a un caso hipotético, pues según la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) existen más de mil millones de personas en el mundo que tienen algún tipo de diversidad funcional que al contacto con las barreras sociales se convierte en una discapacidad. En nuestro país, el 5,2% de la población total, es decir, un millón quinientos setenta y cinco mil cuatrocientas dos personas, enfrentan alguna (o algunas) discapacidad³.

Tomando en cuenta el cambio de paradigma para la protección a la persona con discapacidad cuyo fin es la inclusión de dicha persona en la sociedad para que pueda desarrollar su proyecto de vida sin tener como obstáculo las barreras que impone la sociedad, en el presente trabajo se desarrollarán las características del modelo de apoyo

³ Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad (ENEDIS 2012). Encuesta desarrollada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) en el año 2012.

en la toma de decisiones de la persona con discapacidad que se desprende del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴.

II. EL NUEVO PARADIGMA DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

A partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en New York en el año 2006 se concretizó lo que hoy llamamos el modelo social sobre la discapacidad. En virtud de este nuevo modelo, son las barreras sociales a las que las personas con diversidades funcionales se enfrentan las que generan la discapacidad. Es decir, desde este modelo, la discapacidad no es un atributo de la persona, sino un conjunto complejo de condiciones, que son creadas por su entorno⁵.

Este nuevo paradigma prioriza los elementos exógenos para abordar la discapacidad, es decir toma un enfoque holístico, reemplazando así lo individualista del anterior modelo médico-rehabilitador que proponía que la discapacidad era un “problema” que había que curar, centrándose únicamente en la persona.

Así, vemos como la discapacidad según el modelo social (o de barreras sociales), no se ubica en el sujeto, sino en su entorno, que agrava su deficiencia, física, intelectual, sensorial o mental por medio de la imposición de barreras o denegación de ajustes razonables. En suma, las personas con discapacidad son víctimas de una sociedad “incapacitante” antes que víctimas de sus propias circunstancias individuales⁶. Con todo, si bien el modelo médico o rehabilitador y el modelo social se presentan muy a menudo como dispares o contradictorios, la discapacidad no debe comprenderse como algo que no es ni puramente médico ni netamente social, pues las personas con discapacidad a menudo pueden experimentar problemas que derivan de su estado o

⁴ ONU. Asamblea General. Resolución N° 61/106. 13 de diciembre de 2006. El Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo el 30 de marzo de 2007. Ambos están vigentes desde el 3 de mayo de 2008.

⁵ Oficina de derechos humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG). (2005) *Personas con Discapacidad y Condiciones de Exclusión en Guatemala*. Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, p. 25.

⁶ Cfr. Bregaglio, R. Constantino, R. y OCAMPO, D. (2013) *Manual para el estudiante de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

condición de salud. Por ello, se debe equilibrar ambos enfoques para lograr un entendimiento integral de la discapacidad⁷.

Tradicionalmente se ha entendido que la capacidad jurídica se encuentra dividida en la capacidad de goce (capacidad para ser titular de derechos y obligaciones) y la capacidad de ejercicio (capacidad para hacer ejercicio y disponer de tales derechos y obligaciones). No obstante, bajo el nuevo modelo social, jurídica deben reconocerse estos dos aspectos de la capacidad jurídica para estar frente al respeto por este derecho, pues según el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, esas dos facetas de la capacidad jurídica no pueden separarse⁸.

Bajo estos nuevos criterios del modelo social, podemos afirmar que el Estado no solo tiene una obligación negativa en lo que respecta a no privar a una persona con discapacidad de su capacidad jurídica, sino que además está obligado a proporcionar los mecanismos, salvaguardias, apoyos u otros análogos, que sean necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercer de manera plena y efectiva tanto su capacidad de goce como su capacidad de ejercicio. En síntesis, este modelo destierra la sustitución en la toma de decisiones y abre paso al apoyo en la toma de decisiones.

III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EUROPA

A diferencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en el Sistema Europeo se han evidenciado mayores avances en cuanto al derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad.

Así, el primer documento importante en el viejo continente fue emitido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1999 conocido como “la recomendación sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”⁹. Esta

⁷ Cfr. Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial. (2011) *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta.

⁸ Cfr. CDPD. *Observación General 1 (Artículo 12) Igual Reconocimiento como Persona Ante la Ley*. (2014). CRPD/C/GC/1, párr. 14.

⁹ Consejo de Europa. *Recomendación R (99) 4. Sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*. Comité de Ministros. 23 de febrero de 1999.

recomendación despliega en veintiocho principios cuales son las bases para regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

La recomendación plantea, en primer lugar, los principios directores, siendo el principio de la restricción proporcional de la capacidad jurídica el concepto más resaltante. Asimismo, en la segunda parte enumera los principios de procedimiento donde, de manera categórica, el principio 13 señala que *“la persona afectada tiene derecho a ser oído personalmente en el marco de cualquier proceso que pueda tener incidencia en su capacidad jurídica”*. En los sucesivos principios que enumera el texto de esta recomendación, resaltan los principios sobre la función de los representantes de las personas con discapacidad en el marco de un procedimiento donde se discuta la capacidad jurídica de una persona con discapacidad.

En cuanto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“Convenio Europeo”), este, a diferencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”)¹⁰, no hace referencia explícita a la capacidad jurídica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) ha establecido que “privar” a las personas de su capacidad jurídica constituye una interferencia seria al derecho a la vida privada recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo¹¹.

En este punto, como breve paréntesis, conviene precisar la diferencia entre “privar” y “restringir” la capacidad jurídica que ha sostenido, con acertado criterio, la Corte Constitucional de Eslovaquia en el caso de una persona con discapacidad mental, entendiendo que una discapacidad mental no excluye por completo la capacidad de la persona para ser titular de sus derechos y libertades fundamentales y, por tanto, en esos casos solo se aplicará la restricción de la capacidad jurídica y no la privación de la misma¹².

¹⁰ El artículo 3 de la CADH establece que: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

¹¹ Cfr. TEDH. *Caso Salontaji-Drobnjak Vs. Serbia*. Sentencia de 13 de octubre de 2009. Aplicación No. 36500/05, párr. 14 y *Caso Shtukaturov Vs. Rusia*. Sentencia de 27 de marzo de 2008. Aplicación No. 44009/05, párr. 90.

¹² Cfr. Corte Constitucional de Eslovaquia. Caso E.T. I. ÚS 313/2012-52. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 27.

En el caso del serbio Slavko Salontaji Drobnjak, teniendo en cuenta la “recomendación sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”, el TEDH sostuvo que la restricción a la capacidad jurídica de una persona con discapacidad debe seguir el principio de proporcionalidad, entendiendo así que la declaración judicial de incapacidad absoluta no cumple de ninguna manera con tal principio.

En el importante caso *Stanev Vs. Bulgaria*¹³, sobre un hombre que fue puesto bajo tutela parcial a quien, entre otras cosas, la legislación búlgara no le permitía cuestionar su tutela, el TEDH sostuvo, luego de un análisis comparado a nivel de Europa, que tal impedimento era contrario a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo. También sirvió este emblemático caso para que el TEDH reiterara que existe una presunción de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y, por tanto, las medidas que restrinjan la capacidad jurídica deben ser las menos y solo en casos muy extremos.

A pesar de lo alcanzado a nivel jurisprudencial en el caso de *Stanev*, creemos que el TEDH, pese a tener la oportunidad, no enfatizó en las “medidas de apoyo” en el ejercicio de la capacidad jurídica que debe otorgar el Estado a todas las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que este constituye el primer caso en el cual el TEDH toma como parámetro interpretativo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁴. Otro punto débil del TEDH en este caso, es que no amplió su jurisprudencia respecto a cómo la negación de la capacidad jurídica a una persona con discapacidad resulta contrario al principio de igualdad y no discriminación.

¹³ TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación No. 36760/06.

¹⁴ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 12.4 que: “los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salva guardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

Posteriormente en el caso de una mujer con discapacidad mental a quien se le revocó la patria potestad de sus hijos debido a una sentencia que la declaró incapaz jurídicamente y que la legislación de su país no le permitía accionar ningún recurso para cuestionar dicha sentencia¹⁵, el TEDH señaló que si bien el derecho a recurrir el fallo no es absoluto y que los Estados pueden regular la forma en la cual una persona puede cuestionar una decisión judicial, los Estados deberán tomar en especial consideración este derecho cuando se trate de una persona con discapacidad, ya que, para aquellas personas, este derecho significa la única posibilidad de volver a restituir su capacidad jurídica.

Finalmente, debemos recordar que la jurisprudencia del TEDH, al haber tenido mayores posibilidades de desarrollo casuístico, representará en el futuro un parámetro al cual los Estados de la región americana deberán echar un vistazo y fijar estándares propios, adecuados a la multiplicidad fáctica americana, a fin de conseguir que las personas con discapacidad gocen, en pie de igualdad, de sus derechos y libertades inherentes.

IV. EL PARADIGMÁTICO CASO DE RICARDO ADAIR Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

En octubre del año 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México emitió el amparo de revisión 159/2013¹⁶ recaído en el caso de Ricardo Adair Coronel Robles, un joven con síndrome de asperger, que se considerada como una discapacidad intelectual. Cuando Ricardo Adair tenía 20 años de edad, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal lo declaró en estado de interdicción, en un proceso iniciado por sus padres y en el cual el no tuvo participación directa. En el año 2011, sus padres le informaron de su estado de interdicción pero le ofrecieron el apoyo necesario para emprender cualquier acción legal que estimara pertinente a fin de revocar dicha situación jurídica.

Cuando Ricardo Adair tomo conocimiento de dicha situación, decidió promover un juicio de amparo indirecto ante el Juez Sexo de Distrito en Materia Civil del Distrito

¹⁵ TEDH. *Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania*. Sentencia de 30 de mayo de 2013. Aplicación No. 49069/11.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión, 159/2013. Sentencia de 16 de octubre de 2013.

Federal, pues consideraba que los artículos 23 y 450 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal (que configuran en conjunto el juicio de interdicción), eran contrarios a los numerales 1, 3 y 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a los artículos 4, 5, 8 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En uno de sus principales argumentos, Ricardo Adair alegó que “el diseño normativo del estado de interdicción en el Distrito Federal, violenta la obligación de establecer salvaguardas adecuadas y efectivas acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues acorde a dicho instrumento internacional, figuras jurídicas como la interdicción siempre deberán respetar los derechos, voluntad y preferencias de la personas, deberán encontrarse exentas de influencias indebidas, deben ser proporcionales y adaptadas a la persona en concreto, y deben aplicarse en el plazo más corto posible, ello mediante la aplicación de exámenes periódicos por parte de una autoridad imparcial.”

Por otra parte, Ricardo Adair también sostuvo que el estado de interdicción que le fue aplicado violenta el principio de igualdad, ello en virtud de que se le dio el mismo tratamiento jurídico que al resto de personas que se encuentran en estado de interdicción, sin realizar una distinción acorde al grado de discapacidad que posee.

El 25 de septiembre de 2012, el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal emitió la sentencia en el caso de Ricardo Adair y negó el amparo respecto a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal que Ricardo Adair cuestionó, pero concedió el amparo respecto a la vulneración de la garantía de audiencia que había violentado los derechos de Ricardo.

Consecuentemente, Ricardo Adair, inconforme con la sentencia del 25 de septiembre de 2012, interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México.

En lo que versa al fondo de la sentencia, en primer lugar, la Suprema Corte precisó, basándose en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud de la OMS, que la discapacidad no es una enfermedad, sino “un estado de salud”. Luego de ello, elaboró un marco general sobre el modelo social de la discapacidad

Luego de este breve análisis, la Suprema Corte mexicana, para justificar que se puede interpretar la legislación civil mexicana en materia de interdicción en concordancia con el modelo social de discapacidad, sostuvo que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional.

De esa manera, la Suprema Corte realizó una interpretación de la legislación civil en materia de interdicción que se acomoda al modelo social y fijó trece directrices, las cuales deben aplicar los jueces al decidir cualquier juicio de interdicción.

Así, el máximo órgano jurisdiccional mexicano reconoció el principio de reconocimiento a la diversidad como presupuesto del modelo social de discapacidad, según el cual no solamente se debe aceptar que existen personas con diversidades funcionales, sino también exige reconocer la gran cantidad de posibles diversidades, mismas que se traducen en una amplia gama de discapacidades, y por ende, no cualquier discapacidad puede dar lugar a una declaración de interdicción. La Corte mexicana, recurriendo a la doctrina precisó que “aquellas instituciones jurídicas que tengan como finalidad limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deberán tomar como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto, pues de lo contrario, pretender el establecimiento del mismo tipo de limitación a personas con discapacidades sumamente diversas, se traduciría en un incumplimiento del principio del modelo social de discapacidad”¹⁷.

Como consecuencia de ello, el estado de interdicción previsto en la legislación del Distrito Federal, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México no deberá ser interpretado como una institución jurídica cerrada, cuyos efectos se encuentren establecidos para todos los posibles escenarios, sino que debe considerarse como una limitación a la capacidad jurídica cuyo significado y alcance deben ser determinados

¹⁷ Cfr. Ganzenmüller, C y Escudero, J. F. (2005) *Discapacidad y derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona: Bosch, p. 39.

prudencialmente en cada caso. Vale precisar que esta posición de la corte mexicana encuentra detractores no dentro de México sino a lo largo de todo Latinoamérica.

Para la Suprema Corte mexicana, el estado de interdicción, contrario a la forma tradicional en la que se le interpretaba, esto es, como una declaración genérica y aplicable por igual a toda discapacidad, deberá entenderse ahora como la aptitud del juzgador de fijar un grado de limitación a la capacidad de ejercicio, cuya magnitud será proporcional al nivel de discapacidad de la persona, reiterándose que tal decisión deberá realizarse en cada caso concreto, lo cual dará lugar a una gran variedad de posibles hipótesis, mismas que se encontrarán caracterizadas por el origen y graduación de la diversidad funcional en específico fomentando así el mayor escenario posible de autotutela y, por tanto, de autonomía.

En otro aspecto relevante, la Suprema Corte tuvo que referirse a lo previsto en la legislación civil mexicana respecto a que los informes periódicos para reevaluar el estado de interdicción de una persona únicamente eran presentados en el mes de enero de cada año. Ante esta situación, interpretó que dicha disposición civil era una obligación para el curador o tutor, mas no para que el juez pueda requerir en cualquier momento del año, informes sobre la situación de la persona bajo interdicción. Para concluir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, revocó la sentencia recurrida por Ricardo Adair y devolvió los autos al Juez Trigésimo Quinto de lo Familiar del Distrito Federal a fin de que este lleve a cabo un nuevo juicio de interdicción pero bajo los parámetros esgrimidos por la Suprema Corte en su sentencia.

Como contrapartida, corresponde apreciar en contexto, la crítica que a esta sentencia hizo José Luis Ramos quien consideró que “el problema en el caso de los juicios de interdicción y del estado que surge de ellos, no es simplemente de orden terminológico, puede dejar de llamarse de esa forma, pero sea el nombre que fuere el que se pensara utilizar, necesariamente se requiere de un pronunciamiento “judicial” para que jurídicamente pueda saberse si una persona tiene discapacidad o no. La CDHDF en su “Amicus Curiae” replica que debe abandonarse el esquema médico pero no explica cómo puede decidirse válidamente acerca de la condición personal de un discapacitado sin la presencia de un dictamen médico o psicológico. Si como sucede actualmente, en

que la capacidad es la regla, ¿cómo puedo saber que alguien requiere de “asistencia” si no ha sido previamente diagnosticado con una condición que exija tal ayuda?”¹⁸.

No pretendemos, de ninguna manera, compartir tal posición en este trabajo pero si es necesario tomar en cuenta, con discreción, la valoración que el autor hace sobre los llamados juicios de interdicción que, en la práctica, lo que hacen es desaparecer del ordenamiento jurídico a las personas con discapacidad.

V. REFLEXIONES FINALES

Para concluir, consideramos que resulta imperativo modificar la legislación civil vigente en nuestro país a fin de adecuarla con los estándares a los que el Perú se obligó al ratificar tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. El obsoleto modelo de sustitución en la toma de decisiones que recoge el Código Civil peruano bajo la figura de la interdicción desconoce de manera desproporcional la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y resulta discriminatorio porque no toma en cuenta la amplitud de la diversidad humana y se limita a reconocer que existen personas con discapacidad olvidando que dentro de las mismas también se puede encontrar una enorme variedad de diversidades funcionales, las mismas que no pueden tener un tratamiento jurídico similar en todos los casos.

Esta es la tarea que queda pendiente, que se debe llevar a cabo dentro de un proceso de cambios que incluyan, en la planificación y elaboración a las personas con discapacidad como actores de cambio en estos campos. Nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad.

¹⁸ Ramos, J. (2014) “La Suprema Corte y la Interdicción: ¿hacia la (des)protección de los derechos de las personas con discapacidad? Algunas notas a propósito del caso de Ricardo Adair”. *Revista Electrónica de Opinión Académica de la UNAM*. México: número 20. Consulta: 30 de abril de 2014 <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/20/art11.htm>>

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Bregaglio, R. Constantino, R. y Ocampo, D. (2013) *Manual para el estudiante de la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- Ganzenmüller, C y Escudero, J. F. (2005) *Discapacidad y derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona: Bosch.
- Ramos, J. L. (2014) “La Suprema Corte y la Interdicción: ¿hacia la (des)protección de los derechos de las personas con discapacidad? Algunas notas a propósito del caso de Ricardo Adair”. *Revista Electrónica de Opinión Académica de la UNAM*. México: número 20. Consulta: 30 de abril de 2014 <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/HechosyDerechos/cont/20/art11.htm>>
- Morris, J. (1991) *Pride against prejudice. A personal politics of disability*. Londres: Women’s Press Ltd.
- Oficina de derechos humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG). (2005) *Personas con Discapacidad y Condiciones de Exclusión en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala.

Documentos de organismos internacionales

- ONU. Asamblea General. Resolución N° 61/106. 13 de diciembre de 2006. El Perú ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo el 30 de marzo de 2007. Ambos están vigentes desde el 3 de mayo de 2008.
- Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial. (2011) *Informe Mundial sobre la Discapacidad*. Malta.
- CDPD. *Observación General 1 (Artículo 12) Igual Reconocimiento como Persona Ante la Ley*. (2014). CRPD/C/GC/1.
- Consejo de Europa. *Recomendación R (99) 4. Sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*. Comité de Ministros. 23 de febrero de 1999.

Jurisprudencia del TEDH

- TEDH. *Caso Shtukaturov Vs. Rusia*. Sentencia de 27 de marzo de 2008. Aplicación No. 44009/05.
- TEDH. *Caso Salontaji-Drobnjak Vs. Serbia*. Sentencia de 13 de octubre de 2009. Aplicación No. 36500/05.
- TEDH. *Caso Stanev Vs. Bulgaria*. Sentencia de 17 de enero de 2012. Aplicación No. 36760/06.
- TEDH. *Caso Nataliya Mikhaylenko Vs. Ucrania*. Sentencia de 30 de mayo de 2013. Aplicación No. 49069/11.

Jurisprudencia de Tribunales Internos

- Corte Constitucional de Eslovaquia. Caso E.T. I. ÚS 313/2012-52. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión, 159/2013. Sentencia de 16 de octubre de 2013.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDIOMA COMO MECANISMO DE ASIMILACIÓN LINGÜÍSTICA

MIGUEL FRANCISCO AVALOS ALVA¹

1. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, abordamos la discriminación por razón de idioma desde el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural así como el derecho a la interculturalidad, en tanto concebimos el idioma como instrumento colectivo de comunicación y transmisión de la cultura.

Empezaremos el estudio con la conceptualización de la igualdad como principio y derecho, en tanto criterio rector sobre todo el aparato estatal y garante del respeto y valor de la diferencia étnico cultural, advirtiendo en su contenido el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural y la naturaleza de los derechos colectivos y culturales.

Así mismo, subrayamos la relevancia del principio democrático en las políticas de igualdad, unida a la interculturalidad como derecho cultural y colectivo a la diferencia, con el propósito de sentar las bases del deber de garantía del Estado respecto de la diversidad cultural, surgiendo la exigencia de aplicar medidas desiguales a situaciones etnolingüísticas diversas.

Más adelante, definimos y desarrollamos el fenómeno de asimilación lingüística inducida como realidad problemática, para lo cual evaluamos el estado actual de la situación en el Perú a través de cifras y datos empíricos sobre el tema, los cuales apuntan a la existencia de políticas estatales encubiertas, tendentes a la uniformización y homogeneidad lingüística y cultural.

¹ Alumno de pre-grado de la Universidad de San Martín de Porres.

Por último, y a la luz de todo lo anterior, planteamos que en contextos de pluralismo étnico lingüístico como el peruano, con claro reconocimiento del derecho a la interculturalidad como garantía de espacios de diálogo e interacción multicultural, la discriminación por razón de idioma, directa o indirectamente, mediante políticas expresa o tácitamente segregacionistas, sirven de presupuesto a la eliminación y absorción de la diferencia etnolingüística en la lengua, identidad y cultura del grupo hegemónico o mayoritario de la nación.

De tal modo, desarrollamos la funcionalidad del idioma como instrumento necesario e indispensable para garantizar la igualdad real, manifiesta en la posibilidad fáctica de acceder a condiciones necesarias o mínimas para el acceso de oportunidades en condiciones de igualdad, garantizada no mediante declaraciones principistas de derechos, sino a través de diseños legislativos y políticas institucionales concretas, en el marco del reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural.

En síntesis, en este estudio advertimos que el reconocimiento de la igualdad como derecho a la diferencia se objetiviza en la responsabilidad del Estado de garantizar mediante acciones concretas, no sólo el goce y ejercicio del derecho al idioma, sino su empleo bajo condiciones de igualdad en el acceso de oportunidades, a fin de prevenir e impedir, en el marco de la pluralidad étnica y cultural, estrechamente relacionada, el inicio o mantenimiento de fenómenos de asimilación lingüística y cultural, derivados del desaprendizaje del idioma como transmisor de la cultura, y su inoperatividad en los ámbitos económico, político, social y cultural, situación que de ser resistida por el individuo o la comunidad con el empleo del propio idioma, en lugar del idioma oficial, responde sólo con pobreza, exclusión y marginación.

II. LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO Y DERECHO MATERIAL

En el marco principista del respeto y garantía de los Derechos Humanos, la igualdad supone un valor moral, social y jurídico por el cual todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, de modo que, estando dotados de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros².

² Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 1º)

Metodológicamente, como exigencia normativa, la igualdad se ha formulado teóricamente como una suerte de principio-derecho. Así mismo, su contenido ha sido delimitado en dimensiones distintas: una formal y otra material.

La igualdad, en tanto principio rector de la organización del Estado social³ y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, comporta que “*no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación*, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable”⁴.

En tanto derecho, la igualdad implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele, ya sea ante la ley o en la aplicación de la ley (dimensión formal), o como un deber positivo (hacer) exigible al Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales, esto es, dirigido a hacer un trato diferenciado en situaciones distintas (dimensión material).⁵

Visto como principio o derecho, la igualdad incluye el *principio de no discriminación*⁶, el cual prohíbe hacer distinciones en base a criterios irrazonables, tales como la raza, el sexo, el idioma, la religión o cualquier otro que entrañe menosprecio de la persona en sí misma, es decir, por su sola condición de pertenencia, creencia, identidad o cualquier otro factor que identifique y defina a la persona como tal, que tenga por objeto o

³ Sobre los deberes del Estado conforme la igualdad en el Estado Social, los profesores Gutiérrez Camacho y Sosa Sacio precisan que: “con el avance hacia el Estado social ya no basta la igualación vía contenido o vía aplicación de la ley, se exige a los entes estatales la elaboración y ejecución de políticas públicas enderezadas a mejorar las condiciones de los más desfavorecidos. De este modo, el Estado se compromete no únicamente en el ámbito formal o jurídico, sino también en los planos político, cultural, social y económico.” Gutiérrez, W y J Sosa Sacio, M. (2013) “Igualdad ante la ley”. *La Constitución Comentada*. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 111.

⁴ STC Exp. N° 03525-2011-PA/TC, fj. 6; 02835-2010-PA/TC, fj. 40; 05652-2007-PA/TC, fj. 17

⁵ Cfr. STC Exp. N° 0606-2004-AA/TC, fj. 11

⁶ STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC, fj. 18

resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de todas las personas⁷.

Siendo así, subsiste el deber del Estado de hacer distinciones basadas en motivos razonables y necesarios (igualdad material), es decir, de respetar y garantizar la desigualdad fáctica mediante soluciones normativas diferentes, o similarmente desiguales, con el propósito de asegurar la igualdad de oportunidades en el goce y disfrute de los derechos fundamentales de todas las personas. En tal medida, el *principio de protección* exige la adopción de medidas especiales dirigidas a la consecución o logro de la igualdad real o positiva⁸. A través de dicho principio se reconoce el deber u obligación del Estado a respetar, promover y garantizar diseños legislativos diferentes para situaciones o contextos similarmente diferentes.

En este trabajo, adoptamos la relevancia de la igualdad como *principio*, en la medida que comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, actuando como criterio rector sobre la actuación de los poderes públicos, y como *derecho en su dimensión material*, en tanto constituye un “deber de hacer” exigible al Estado, dirigido a formular y aplicar un diseño normativo desigual para situaciones similarmente desiguales.

Finalmente, cobran igual importancia los *principios de no discriminación y protección*. Así, el primero por su carácter complementario permitirá entender al idioma como un motivo de distinción, convencional y constitucionalmente prohibido, conforme los parámetros de igualdad, mientras que el segundo permitirá identificar todo vacío y diseño legislativo que de modo directo o indirecto asimile y estandarice las lenguas o idiomas de grupos étnicos minoritarios, haciendo surgir la necesidad de formular y aplicar nuevos diseños que se ajusten a las exigencias de la igualdad en la diferencia.

⁷ Conforme la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 18, fj. 07, ha definido a la discriminación del siguiente modo: “el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”

⁸ STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC, fj. 18

III. EL DERECHO AL IDIOMA

a. El Derecho al idioma y a la pluralidad étnica y cultural

El respeto y garantía del goce y ejercicio del idioma, como derecho fundamental, se deriva de su reconocimiento como contenido y expresión de la pluralidad étnica y cultural de la nación, garantizada por la normativa internacional⁹ en materia de Derechos Humanos y nacional en materia constitucional¹⁰.

El principio de diversidad e integridad étnica no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, de carácter democrático, participativo y pluralista que obedece a la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental¹¹.

El hecho que la Constitución reconozca el derecho fundamental de las personas a su identidad étnica y cultural, así como la pluralidad de las mismas, hace surgir la obligación del Estado de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que formen parte de esa diversidad y pluralismo cultural, siempre que ellas se realicen dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora¹².

Ello, supone elaborar y llevar a cabo una política cultural constitucional, a través de la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, por ejemplo, que le permita realizar el deber de promover las diversas manifestaciones culturales. Ello es así en la medida que en sociedades poliétnicas y

⁹ El Derecho al idioma como contenido de la identidad étnica, cultural o lingüística se encuentra reconocida principalmente en el Art. 27° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en el Art. 1° de la Res. 47/135, de fecha 18 de diciembre de 1992, Declaración de las NN.UU. sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

¹⁰ Art. 2.19° de la Constitución Política.

¹¹ Cfr. Ariza, R. (2013) *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, pp.116.

¹² Cfr. STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC, fj. 99; 006-2008-PI/TC, fj. 23

multiculturales, el Estado debe garantizar la interacción armoniosa y la voluntad de convivir con personas y grupos de identidades y costumbres culturales muy diversas¹³.

La pluralidad étnica y cultural de la nación determina y abarca las diversas manifestaciones y escenarios de ejercicio del derecho al idioma, comprendiéndolo como criterio antropológico culturalmente pertinente¹⁴. Desde este punto de vista, el idioma se halla presente como rasgo o factor antropológico en cualquier contexto, étnica y culturalmente diverso, tales como pueblos indígenas, grupos amazónicos no contactados, así como en cualquier civilización o grupo humano lingüísticamente desarrollado.

En tal sentido, mientras los Estados más reconozcan su patrimonio cultural, tanto más deben poner atención en la conservación y promoción de la diversidad de lenguas¹⁵.

La negación o restricción indebida del idioma constituye, *per se*, el desconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la nación. Una muestra de ello es que para el desarrollo cultural de los pueblos indígenas, éstos tienen el derecho a gozar y ejercer sus lenguas, junto a su filosofía y concepciones lógicas, como componente de la cultura nacional y universal¹⁶.

El ejercicio del idioma guarda estrecha relación con su concepción como manifestación étnica y cultural. Así, el idioma se exterioriza como un sistema de signos fonéticos y escritos que una colectividad utiliza para transmitir y reproducir su cultura¹⁷. Lo cual permite determinar que el problema de diglosia, entendido lingüísticamente como el fenómeno producido por el privilegio o prestigio social de una lengua superior respecto de otras con las que comparte el mismo contexto geográfico y social¹⁸, apareje la posibilidad de sufrir la pérdida de identidad cultural, en la medida que el idioma, como

¹³ STC. Exp. N° 0042-2004-AI/TC, fj. 05

¹⁴ Cueva, J. (1981) "La identidad cultural andina". *Memoria del primer congreso andino de artistas populares*. Quito: Banco Central de Reserva de Ecuador, pp. 36.

¹⁵ Cfr. Häberle, P. (2001) *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp.234.

¹⁶ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997. Artículo VIII

¹⁷ Rivera, R. (2009) "Comprendiendo la identidad cultural". *La interculturalidad como principio étnico para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa: Instituto andino de ciencia y ética, pp. 45.

instrumento o mecanismo transmisor de la cultura, empiece a ser asimilado, con la consecuente pérdida de funcionalidad entre sus miembros.

Aunque la situación de diglosia no significa, *per se*, un estado de vulneración del derecho al idioma como manifestación de la pluralidad étnica y cultural, tal situación reclama la necesidad de proteger y garantizar el uso y ejercicio del idioma por grupos minoritarios.

En tal sentido, el derecho a utilizar una lengua regional o minoritaria en la vida privada y pública constituye un derecho imprescriptible, que subraya el valor de lo intercultural y del plurilingüismo¹⁹, sin detrimento de la(s) lengua(s) oficiales, sumado a la necesidad de aprenderlas²⁰.

En síntesis, el derecho al idioma, como expresión de la pluralidad étnica y cultural, constituye un medio para transmitir y reproducir la cultura, haciendo perdurable la identidad colectiva entre los miembros del grupo étnico, cuya vigencia depende no sólo de su reconocimiento, sino también de la existencia de diseños legislativos que establezcan mecanismos idóneos para viabilizar su perdurabilidad, conforme las exigencias de la pluriculturalidad, tales como la educación, los medios de comunicación social, la asignación de un presupuesto específico, entre otros.

b. El idioma como Derecho colectivo

Los Derechos colectivos refieren no al sujeto como individuo, sino a colectividades o grupos limitados y circunscritos fácilmente determinables. Se trata de una agrupación supraindividual e indivisible²¹, sin que ello signifique que la circunstancia de pertenencia a muchos o a todos escape de la dimensión individual, pues siempre repercuten en las personas como tales, rompiendo a su vez con la concepción clásica

¹⁹ Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias. Estrasburgo, 5-XI-1992. Preámbulo

²⁰ Al respecto, el artículo 28.2º del Convenio 169 de la OIT garantiza que los pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o alguna de las lenguas oficiales del país.

²¹ La doctrina distingue entre “derechos colectivos” y “derechos difusos”, caracterizando al primero por la facilidad en la determinación de sus miembros, e indeterminabilidad en el caso de los segundos. No obstante, atribuye a ambos las condiciones de supraindividualidad e indivisibilidad, respecto de los derechos subjetivos. No obstante, su distinción no es fundamental en la medida que no existen diferencias ontológicas, sino metodológicas, entre éstos. Ferrer, E. (2003) *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La tutela de los Derechos Difusos y Colectivos*. México: Editorial Porrúa, pp.13.

individualista del derecho subjetivo, al trascender de la esfera subjetiva y proyectarse al grupo, categoría o clase en su conjunto²².

Como muestra de ello, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica prescribe que los derechos colectivos son transindividuales. Esto significa que son derechos que trascienden la esfera individual, siendo indiferentes de cada uno y de la adición de los derechos subjetivos individuales²³.

La trascendencia de los derechos colectivos no reside en la mera distinción individuo-grupo, sino en su contenido ontológico conforme las prerrogativas requeridas por el grupo a fin de garantizar las condiciones jurídicas necesarias para su existencia²⁴.

Así por ejemplo, los derechos a la propiedad, a la vida, y al honor, pese a haber sido concebidos originalmente como derechos mono subjetivos, han sido actualmente redimensionados por la normatividad internacional, así como por la jurisprudencia interamericana y constitucional, como derechos comunitarios, en la medida que su ámbito jurídico de protección ha sido ampliado a grupos determinables de personas. Así, actualmente vienen definidos como los derechos a la propiedad y posesión de territorios ancestrales²⁵, a la vida comunitaria²⁶ y al honor colectivo²⁷.

²² Cfr. Ferrer, E. (2003) *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La tutela de los Derechos Difusos y Colectivos*. México D.F. Editorial Porrúa, pp. 12-13.

²³ Cfr. Ferrer, E. (2003) *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La tutela de los Derechos Difusos y Colectivos*. México: Editorial Porrúa, pp.65.

²⁴ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha definido a los derechos colectivos como aquéllas prerrogativas que refieren a las condiciones jurídicas de organizaciones o grupos de personas y a las cuáles éstos tienen derecho. CIDH (2000) *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII, pp. 108

²⁵ En cuanto al derecho de propiedad como derecho colectivo, conforme lo previsto por el artículo 14° del Convenio 169 de la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: “Cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad. Tal identidad alcanza un contenido particular debido a la percepción colectiva que tienen en tanto grupo, a sus cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan su vida.” Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de fecha 24 de agosto de 2010. Párr. 175; Cfr.

²⁶ CIDH (2000). Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106. Párr. 39 – Recomendación 4.

²⁷ Por primera vez, mediante la STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional peruano resolvió una controversia relacionada al derecho al honor de la comunidad nativa Sawawo Hito 40 de la selva amazónica central, la que afirmaba haber sido difamada en el periódico local “El Patriota”, mediante informaciones que le atribuían estar en contubernio con la empresa maderera “Forestal Venao”, dedicada a la tala ilegal y destrucción de bosques. En

Como es evidente, la trascendencia de los derechos colectivos reside en la necesidad de respetar y garantizar realidades tan complejas y supraindividuales que los derechos individuales no podrían abarcar. Ello, en tanto son necesarios para asegurar la supervivencia del grupo como tal, como un espacio de integración e interacción social, especialmente conforme a la pluralidad étnica y cultural de la nación.

A diferencia de los derechos subjetivos o individuales, el reconocimiento, protección y garantía de los derechos colectivos se debe a la conservación de las propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, así como costumbres o tradiciones que los diferencien del resto de la población²⁸.

El reconocimiento de derechos colectivos por pueblos indígenas o comunidades étnicas sirve de presupuesto al reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la nación, en la medida que no se trata de un conjunto de derechos subjetivos, y la colectividad goza de singularidad propia²⁹.

En particular, si bien el goce y ejercicio del derecho al idioma puede ser tutelado de modo subjetivo, su protección y garantía tiene también una dimensión colectiva, impresa por su funcionalidad como instrumento necesario e indispensable para la transmisión de la identidad cultural.

dicho caso el Tribunal reconoció que en el caso de comunidades indígenas los intereses individuales se corresponden, de un modo esencial, con el interés de la comunidad, estableciendo que el atentado contra el honor de la comunidad afecta a cada integrante de la misma, añadiendo que “el honor de la comunidad pertenece también al ámbito personal de intereses de cada individuo que, por tratarse de un bien tan esencial para su dignidad, representa un atributo de carácter ius-fundamental.” STC Exp. N° 04611-2007-PA/TC, fj. 25

²⁸ El reconocimiento de la diferencia cultural supone el establecimiento de derechos colectivos que garanticen normativamente el respeto de dicha diferencia (igualdad). Al respecto, el artículo 1º, incisos a y b del Convenio 169 de la OIT subraya, como caracteres definitorios y distintivos de los pueblos tribales e indígenas en países independientes, sus costumbres o tradiciones, en el caso de los primeros, así como sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, en el caso de los segundos.

²⁹ En esa línea, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia SU/039-97, II.1.2, ha subrayado lo siguiente: “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.”

El idioma se erige en derecho colectivo en la medida que su goce y ejercicio no existe de modo aislado o individual, sino en integración e interacción con el grupo, de modo que permita la transmisión de la cultura al interior de la colectividad, como ente lingüísticamente distinto de los demás, especialmente en contextos de diglosia socialmente aceptada.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prescribe que los pueblos indígenas gozan de derechos colectivos indispensables para el pleno goce de los derechos individuales de sus miembros, reconociendo su derecho al actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de **usar sus propias lenguas**.³⁰

El carácter colectivo sirve de presupuesto al derecho a la libre determinación de los pueblos, en virtud del cual establecen libremente su condición política, así como su desarrollo económico, social y cultural³¹. De modo que la configuración lingüística de la comunidad, como desarrollo cultural, viene definida libremente no por individuos aislados, sino por el conjunto de miembros de la comunidad, entendidos no como la suma de intereses subjetivos, sino como una entidad distinta, esto es, colectiva.

En aquellos grupos lingüísticos minoritarios coexisten los derechos del individuo como tal y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger la diferencia. Es decir, gozan de los derechos de todo ciudadano común junto a su derecho de raigambre colectiva a ejercer su propio idioma³², mereciendo de parte del Estado las medidas y diseños legislativos necesarios para la protección y garantía de dicho derecho específico.

En tal sentido, no es lo mismo hablar de derechos de las minorías que derechos de los miembros de los pueblos indígenas o grupos étnica y culturalmente titulares y

³⁰ Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sección Segunda. II. 2

³¹ Artículo 1º común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

³² El artículo 8.3º del Convenio 169 de la OIT garantiza que el reconocimiento del derecho consuetudinario no deberá impedir a los miembros de los pueblos indígenas a ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país así como asumir las obligaciones correspondientes.

merecedores de derechos colectivos. En específico, se distinguen en el carácter individual de los primeros y colectivo de los segundos.

No obstante, dicha distinción no impide considerar a los pueblos indígenas o grupos étnica y culturalmente consolidados como minorías en una sociedad donde el diseño legislativo desconoce la pluralidad étnica y cultural de la nación.

Finalmente, es posible definir como comunidad o colectividad lingüística a toda sociedad humana que, asentada históricamente en un espacio territorial determinado, reconocido o no, se auto identifica como pueblo y ha desarrollado su lengua común como medio de comunicación natural y de cohesión cultural entre sus miembros³³.

c. El Derecho a usar el propio idioma

El contenido del derecho al idioma congloba una amplia gama de posiciones iusfundamentales, esto es, interpretaciones prácticas del contenido jurídicamente protegido por dicho derecho en situaciones concretas de la realidad, tales como el derecho de toda persona a “usar el propio idioma”³⁴, “aprender el idioma oficial de la nación”³⁵, “a ser informada de sus derechos en un idioma que comprenda en cualquier acusación formulada en su contra”³⁶, “a ser asistida gratuitamente por un intérprete si no conoce el idioma empleado por el tribunal”³⁷, “a la educación intercultural bilingüe”³⁸, etcétera.

A nuestro parecer, en función al reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la nación, la posición iusfundamental que presenta mayores espacios y escenarios de actuación es el derecho de toda persona a “usar su propio idioma”, en la medida que el

³³ Art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos Preliminares. Conferencia Mundial de Derechos Lingüísticos. Barcelona, junio de 1996.

³⁴ Art. 27º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y Art. 30º de la Convención de los Derechos del Niño.

³⁵ Art. 28º Convenio 169 de la OIT.

³⁶ Art. 14º PIDCP; y Art. 16.5º de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares.

³⁷ Art. 14.3º.f del PIDCP; Art. 18.3.f de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares.

³⁸ Art. 17º de la Constitución Política; Ley N° 27818.

aseguramiento y satisfacción de dicho derecho podría conducir a diversos niveles o estándares de exigibilidad frente al Estado³⁹.

Así pues, en una realidad sociocultural donde aproximadamente 3, 919. 314 personas mayores de 05 años hablan lenguas indígenas, de las que 3, 261. 750 son quechua hablantes, 434, 370 aymara hablantes y, 223, 194 hablan otra lengua nativa, todas ellas relacionadas en 76 etnias que en total abarcan el uso de 68 lenguas⁴⁰, sumado a la imprecisión de dichas cifras debido a la inexistencia de un mapa etnolingüístico que permita identificar las diferentes etnias y lenguas existentes en el territorio nacional⁴¹, no es posible establecer contornos seguros ni precisos sobre el deber de garantía (deber hacer) del Estado en cuanto a la satisfacción del referido derecho, debido a la complejidad de los contextos y actores comprometidos⁴², más aún si el análisis de dicho derecho puede conducirnos a disgregar su contenido en nuevos matices, específicos y singulares, adaptables a cada situación social y normativa.

c.1. Derecho a usar el propio idioma como presupuesto de igualdad en el acceso de oportunidades

Como desarrollaremos anteriormente, el derecho a “usar el propio idioma” se disuelve sobre una compleja realidad de diversos espacios y distintos actores, cuyo interés de encontrar alguna utilidad (cultural, social, económica, política, etc.) en el empleo de la propia lengua materna u originaria se basa en el principio-derecho a la igualdad, en particular, igualdad en el acceso a las mismas oportunidades, propia y concomitante a la

³⁹ La exigibilidad del Derecho a usar el propio idioma, individual o colectivamente, frente al Estado, se encuentra consagrado en el Art. 2º del PIDCP, y en el Art. 2º del Convenio 169 de la OIT, los cuales precisan que el Estado se encuentra en el deber de garantizar los derechos enunciados en dichos instrumentos internacionales, como en este caso, el derecho a usar el propio idioma, garantizado en los Arts. 27º y 13º, respectivamente.

⁴⁰ Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) (2010) Mapa Etnolingüístico del Perú. Consulta: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BVrevistas/Medicina_Experimental/v27_n2/pdf/a19v27n2.pdf>

⁴¹ Cfr. Defensoría del Pueblo (2011) *Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú*. Informe Defensorial N° 152. Lima, pp. 493.

⁴² Así por ejemplo, no es lo mismo garantizar el derecho a “usar el propio idioma” a niños y adultos, pues los primeros gozan del derecho a la educación intercultural bilingüe, conforme su interés superior según su contexto sociocultural. Así también, no sería lo mismo garantizar el derecho al “idioma” de grupos indígenas contactados de grupos indígenas en aislamiento voluntario, quienes merecen un mayor estándar de protección y garantía a través del deber de “no contacto”.

función del idioma como instrumento de comunicación oral, necesario para hacer factible el acceso a las mismas oportunidades, en paridad de condiciones respecto del resto de ciudadanos.

Dicha aseveración relaciona los conceptos de “derecho a usar el propio idioma” e “igualdad de oportunidades”. Al respecto, en la medida que el uso de la lengua minoritaria suponga, *per se*, un factor de limitación y exclusión en el acceso de oportunidades, de cualquier índole, a comparación de quienes sí utilizan como lengua materna el idioma oficial de la nación, no sería posible asegurar el acceso de oportunidades a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad.

La trascendencia de asegurar el acceso de oportunidades, cualquiera sea su índole, en el goce y ejercicio del derecho al idioma, se basa en el aseguramiento de la igualdad como prevención de la privación de capacidades básicas, en particular, en la prevención de la pobreza como resultado de la exclusión social mediante la privación de los medios necesarios para relacionarse y ejercer ciudadanía en condiciones objetiva y razonablemente equitativas⁴³.

c.2. Exigibilidad del Derecho a usar el propio idioma

La exigibilidad del derecho a usar el propio idioma guarda estrecha relación con el respeto y garantía de la igualdad, valorado como principio en tanto se extiende como directriz sobre todo el aparato estatal, y como derecho en tanto hace necesaria e imprescindible la aplicación de medidas o políticas desiguales, conforme la desigualdad real comprendida por la pluralidad étnica y cultural de nuestra nación, cuyo reconocimiento convencional en el derecho internacional de los derechos humanos y el

⁴³ Al respecto, el sociólogo Amartya Sen subraya que “la pobreza debe concebirse como la privación de capacidades básicas y no meramente como la falta de ingresos, que es el criterio habitual con el que se identifica la pobreza. La perspectiva de la pobreza basada en las capacidades no entraña el rechazo de la razonable idea de que la falta de renta es una de las principales causas de la pobreza, ya que la falta de renta puede ser una importante razón por la que una persona está privada de capacidades.” Sen, A (2000) *La Pobreza como privación de capacidades*. Buenos Aires: Editorial Planeta, pp.114.

derecho constitucional, sienta las bases y fundamentos para la exigencia de su cumplimiento y satisfacción por todos los actores involucrados en los diversos escenarios posibles que dicha pluralidad en general representa.

En este estudio, la exigibilidad del derecho a usar el propio idioma ha de entenderse como el aseguramiento estatal de condiciones necesarias e indispensables para garantizar que quienes hablan una lengua materna minoritaria gocen de las capacidades básicas requeridas para acceder a las mismas oportunidades que el resto de población.

Al respecto, si bien pareciera confundirse la garantía y satisfacción del derecho a usar el propio idioma como cuestiones como el acceso de oportunidades en condiciones de igualdad, ello no es así, debido a que el objetivo es plantear el deber estatal de garantizar el derecho a usar el propio idioma en el marco de la igualdad, entendido como principio rector sobre todo el aparato estatal y derecho de ejercicio individual y colectivo dirigido a aplicar desigual derecho a situaciones o realidades similarmente desiguales.

Para tal efecto, aunque no es posible establecer contornos seguros y fijos sobre el nivel de garantía exigible al Estado, debido tanto a la pluralidad de escenarios y actores que la pluralidad étnica cultural podría representar, en adelante estableceremos criterios generales sobre el nivel de satisfacción del derecho a usar el propio idioma.

Como planteamiento general, las exigencias derivadas de la exigibilidad del derecho a usar el propio idioma podrían representarse gráficamente mediante dos posiciones distintas. La primera posición sugiere que toda lengua existente en la nación se promueva, enseñe y emplee de la misma forma y bajo las mismas condiciones, de modo que no sólo exista un reconocimiento oficial de las lenguas minoritarias, sino a su vez un empleo o utilización práctica de dichas lenguas en pie de igualdad respecto de la lengua usada por la mayoría de la población. Por su parte, la segunda posición asume la existencia de lenguas mayoritarias o hegemónicas, esto es, ostensivas de superioridad o supremacía real en los planos económico, social y político, relegando al *status* de lenguas minoritarias a las demás lenguas, carentes y desvalidas de toda fuerza o poder en dichas relaciones. En esta segunda posición sí existe un reconocimiento, tal vez

incluso hasta oficial, de las lenguas minoritarias, no obstante en la realidad sólo la lengua mayoritaria goza de poder funcional, de modo que el resto de lenguas no sólo se ven relegadas, sino también desvaloradas por quienes las emplean y en consecuencia inutilizadas y hasta asimiladas por el grupo lingüísticamente hegemónico o mayoritario, concluyendo en los fenómenos segregacionistas conocidos como asimilación lingüística y cultural.

Aunque la primera posición se presenta como un panorama deseable y plenamente respetuoso y garante del derecho al idioma, en todas sus manifestaciones y posiciones iusfundamentales, la posibilidad de exigir el ejercicio del derecho al idioma en estrictas condiciones de igualdad, de modo que, por ejemplo, la prestación de servicios públicos se realice en todos los idiomas usados a lo largo de la nación, especialmente en contextos de trasfondo histórico caracterizado por la exclusión y discriminación cultural, en todas sus variantes, por todos los grupos etno lingüísticamente distintos, especialmente en contextos como el peruano, donde existen aproximadamente 68 familias lingüísticas distintas al castellano, no podría constituir un deber oponible al Estado, en la medida que dicho nivel de exigencia no es jurídicamente plausible ni sustentable.

Al respecto, no se ha reconocido ni emplazado al Estado ningún derecho a utilizar el propio idioma bajo las mismas condiciones y circunstancias que el idioma de uso histórico nacional, sino en su lugar el deber del Estado de respetar y garantizar el empleo del propio idioma o lengua ancestral junto a la enseñanza del idioma oficial, a fin de conservar, mantener y utilizar ambas lenguas, lo que le permitirá tener aún mayores oportunidades que quienes son monolingües⁴⁴.

En relación a la segunda posición, la limitación, exclusión y asimilación encubierta de grupos lingüísticos minoritarios, a través del reconocimiento meramente formal de respeto y protección de lenguas minoritarias, sumado al desinterés del Estado por la conservación y garantía de dichos grupos, supone una evidente situación de

⁴⁴ Cfr. UNESCO (2003) *Vitalidad y peligro de desaparición de las lenguas*. Documento adoptado por la Reunión Internacional de Expertos sobre el programa de la UNESCO "Salvaguardia de las Lenguas en Peligro". París. CLT/CEI/DCE/ELP/PI/2003/1, pp.14.

discriminación por razón de idioma, toda vez que se excluye el acceso de oportunidades en condiciones de igualdad por el solo hecho de no poder comunicarse ni expresarse en el idioma compartido por el grupo hegemónico o mayoritario de la nación. Es decir, el idioma se constituye en el término de comparación (*tertium comparationis*) que de modo determinante en el caso de los primeros impide y cierra la posibilidad de acceso de oportunidades, cualquiera sea el plano de relación, mientras que se encuentra abierto para los segundos, en la medida que dicho grupo ostenta el dominio de diversos planos de relación: económicos, sociales, políticos, culturales, etcétera.

En tal sentido, y como subrayamos anteriormente, es fundamental evaluar y valorar la exigibilidad del derecho al idioma en clara conexión con el derecho-principio de igualdad, en tanto el idioma constituye un elemento identitario de la cultura, y como tal, su exigibilidad se desprende de su funcionalidad social, de modo que la falta de funcionalidad social del idioma como manifestación cultural significa una reprimenda de su ejercicio, comprensivo en tales términos de una limitación arbitraria e irracional del derecho al idioma, tanto en su faz colectiva como individual.

En concordancia con la doctrina del libre margen de apreciación estatal, existen estándares mínimos de protección de los derechos humanos, es decir, pisos mínimos a partir de los cuales el Estado deberá arreglar su legislación, pudiendo ofrecer una mayor configuración del Derecho a favor de la persona, pero a su vez impedido de ofrecer un menor ámbito de protección. De modo que los niveles de exigibilidad del derecho al idioma, aún con la diversidad de escenarios e intervinientes posibles, deben respetar dicho estándar mínimo de protección, cuya determinación deberá realizarse según el contenido esencial del derecho en cada caso en concreto⁴⁵.

No obstante, como criterios generales podríamos aducir que el derecho a usar el propio idioma supone siempre el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la nación, esto es, el valor de la diferencia etnolingüística, reflejada en la conservación y protección de las lenguas minoritarias. De modo que cualquier acción o política que

⁴⁵ Al respecto, la UNESCO ha previsto específicos modelos sobre la configuración legal del derecho al idioma, los cuales abordaremos más adelante al referirnos a las políticas de asimilación inducida.

suponga su desaprendizaje o inutilización real, contrario al deseo voluntario de los miembros de la comunidad lingüística, es decir, impuesto o inducido, tanto de forma expresa como encubierta, constituye no sólo una vulneración del derecho al idioma, sino también a no ser discriminado por el ejercicio de dicho derecho.

IV. POLÍTICAS DE IGUALDAD EN CONTEXTOS MULTICULTURALES

En clave de igualdad, “ciertas desigualdades de derecho no tienden sino a corregir desigualdades de hecho”⁴⁶. Dicho de otro modo, la desigualdad en el tratamiento legislativo de ciertas políticas públicas⁴⁷ e instituciones jurídicas se justifica en distintas realidades fácticas, a las que el Estado debe atender y asegurar.

Desde una perspectiva social, el *principio democrático*⁴⁸ reconoce que la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades⁴⁹.

En contextos multiculturales⁵⁰ y poliétnicos, definidos como situaciones fácticas de convivencia e interacción entre poblaciones de diverso origen y formas de expresión culturales, el reconocimiento de la diferencia se realiza mediante la defensa de las minorías étnicas y sus identidades, garantizada a través de diseños legislativos que

⁴⁶ TEDH. *Caso de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica*. 23 de julio de 1968. Párr. 10

⁴⁷ El concepto de política pública refiere a la manera como se organiza el conjunto de decisiones y acciones que confieren orientación a la actividad del Estado y que se concretizan por medio del aparato administrativo.

⁴⁸ En sentido lato, el principio democrático alude a que a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, conforme el artículo 2.17° de la Constitución Política. *Cfr. STC 00005-2007-PI/TC*, Fj. 14

⁴⁹ *Cfr. STC Exp. N° 00013-2013-PI/TC*, Fj. 68

⁵⁰ “Se entiende el multiculturalismo como la situación de hecho de convivencia en una misma comunidad política (un lugar y más frecuentemente un Estado), de poblaciones con diverso origen y formas de expresión culturales. Se entiende el multiculturalismo como una situación en la que diversas culturas pueden coexistir en el mismo ámbito en igualdad de condiciones o, si se quiere cuando dos o más culturas conviven en mutuo respeto con el derecho a practicar y expresar sus particularidades culturales.” Diez Hurtado, A (2009). “Entre la cultura y la interculturalidad”. *La interculturalidad como principio étnico para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa: Instituto andino de ciencia y ética, pp. 25.

respeten, reafirmen y promuevan la diversidad cultural⁵¹ a través de políticas públicas similarmente diferenciadas.

Las diferencias culturales atienden a referentes identitarios específicos, cuya definición y significación cultural varía de cultura a cultura, tales como la cosmovisión, los valores, la historia, el idioma, el lugar de nacimiento, la música, la vestimenta, las costumbres y tradiciones, la religiosidad, y la comida⁵². Referentes a los que el Estado debe atender a fin de garantizar la no igualdad en contextos multiculturales.

Conforme las exigencias del principio democrático en el derecho a la igualdad en contextos multiculturales, a la desigualdad cultural, social y jurídicamente reconocida, corresponde un diseño legislativo y tratamiento jurídico similarmente desigual, atento y conforme a las necesidades y exigencias particulares de cada grupo humano, culturalmente diferenciado.

Dichos referentes identitarios son relevantes en la medida que ofrecen datos e información que sirva de base a la elaboración de diseños legislativos que garanticen el principio de no discriminación en la formulación y aplicación de políticas públicas, sin que ello signifique imponer al Estado determinadas formas de garantizar la igualdad en la diferencia por los propios grupos etnolingüísticos, beneficiarios de dichas políticas.

Ello, en la medida que el Estado cuenta con un *margen de apreciación*⁵³, entendido como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales⁵⁴, librado al

⁵¹ Cfr. STC N° 042-2004—AI/TC, f.j. 02

⁵² Cfr. Rivera, R. (2009). “Comprendiendo la identidad cultural”. En: *La interculturalidad como principio étnico para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa. Instituto andino de ciencia y ética. Págs. 44-49

⁵³ Específicamente, la doctrina en cuestión deja un margen de libertad a los Estados: (i) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, (ii) para limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derechos o los intereses de la comunidad y (iii) para definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos se desarrollan en el ordenamiento interno. Cfr. Nuñez Poblete, M. (2012) “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales*. México: Universidad Autónoma de México, pp. 55-56.

escrutinio del Estado para la configuración normativa de los derechos mediante políticas públicas que, conforme los hechos y circunstancias específicas, fueran necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades⁵⁵, sin que ello signifique autorizar al Estado a interpretar los derechos negando o desconociendo el alcance o contenido esencial de los mismos.

Cuando el Estado no garantiza la igualdad real mediante la formulación y aplicación de diseños legislativos desiguales dirigidos a la realidad multilingüe en que se erige y estructura, omite su deber de garantizar los derechos específicos derivados del derecho al idioma a la luz del reconocimiento de la pluralidad étnico cultural, propiciando en su lugar, directa o indirectamente, políticas asimilatorias y homogenizantes de la diversidad cultural.

Dicha situación propicia la *asimilación* de lenguas de grupos lingüísticos minoritarios en la lengua compartida especialmente por el grupo mayoritario o hegemónico de la nación. Hecho que significa imponer la *homogeneidad* en lugar de respetar la diversidad cultural, mediante la progresiva asimilación de los idiomas de grupos minoritarios en la lengua hegemónica del país.

Finalmente, es necesario subrayar que el idioma es una manifestación cultural comprendida dentro de la identidad de cada grupo étnico, de modo que no es posible deslindar o separar el estudio de los efectos nocivos de diseños legislativos discriminatorios respecto a éste del resto de referentes identitarios mencionados.

V. LA INTERCULTURALIDAD COMO DERECHO CULTURAL Y COLECTIVO A LA DIFERENCIA

La interculturalidad se encuentra reconocida en el artículo 2.19° de la Constitución Política, al señalar que toda persona tiene derecho: “A su identidad étnica y cultural”. El

⁵⁴ Barbosa, F. (2012) “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. México: Universidad Autónoma de México, pp. 42.

⁵⁵ Faúndez, H. (2004) *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera Edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 152.

Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.” En tal sentido, se otorga contenido a la Constitución Cultural, en la medida que los pactos constitucionales sólo tienen lugar en un orden social concreto, definido por la cultura⁵⁶.

La definición de la interculturalidad se realiza sobre la base del reconocimiento de la multiculturalidad. Así pues, la multiculturalidad es el peldaño que nos permite sentar las bases de la interculturalidad. Las estrategias multiculturales, que promueven la igualdad en la diferencia, tienen que complementarse necesariamente con estrategias interculturales que promueven la interacción dialógica y la recreación recíproca de las identidades.⁵⁷

Por su parte, el multiculturalismo es una teoría del anti asimilacionismo, pues en lugar de afirmar la construcción de identidades, status y derechos únicos, se reclama que las diferencias entre poblaciones sean trasladadas a un programa político, afirmando el derecho a ser diferente y el valor de la diferencia.⁵⁸

El multiculturalismo representa el reconocimiento de la diferencia. No obstante, reconocer la existencia de colectividades étnica y culturalmente diferentes en una misma nación no conduce necesariamente a su interacción e integración, cuyo contacto y entendimiento mutuo viene dado solo mediante la garantía de la interculturalidad, como paradigma de la igualdad en la diferencia cultural.

La interculturalidad es una situación social de contacto de diversas culturas regulada por el diálogo y el reconocimiento mutuo. Connota una relación de igualdad, de intercambio, de diálogo, de participación y convivencia, de autonomía y reciprocidad, de actuar para el conjunto de la comunidad. Supone una búsqueda cooperativa e intencional de un nuevo espacio sociocultural, supone la convivencia pacífica, tolerante, solidaria, ética y democrática entre pueblos, grupos étnicos o países que comparten

⁵⁶ Landa, C. (2011) “Interculturalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *RAE Jurisprudencia*. Lima. Año IV. N° 39, pp. 03.

⁵⁷ Tubino, F. (2005) “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. *Interculturalidad y Política: desafíos y posibilidades*. Perú: Ed. Norma Fuller. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 142-148.

⁵⁸ Diez, A. (2009) Op. Cit, p. 25.

diferentes tradiciones culturales, con la finalidad de construir proyectos comunes que contribuya al desarrollo de la sociedad en su conjunto⁵⁹.

En síntesis, la interculturalidad constituye un derecho cultural y colectivo a la diferencia, pues ofrece un espacio de contacto, diálogo, intercambio, participación, convivencia e interacción en pie de igualdad entre colectividades culturalmente diferentes, sustentado en el reconocimiento, respeto y garantía de la pluralidad étnica y cultural de nuestra nación.

En lo que interesa al derecho al idioma, el reconocimiento de la interculturalidad como derecho cultural y colectivo permite dimensionar su respeto y garantía no sólo en función de la identidad cultural como concepto unitario o conforme el interés colectivo, sino en un amplio espacio de interacción e integración, basado en el reconocimiento y respeto de la diferencia. Es decir, dimensiona al idioma más allá de los cercos del grupo, ampliando su funcionalidad hacia un espacio de concertación, diálogo y convivencia bajo condiciones de igualdad en el plano de la pluralidad étnico cultural, lo que hace surgir los deberes de promover y mantener el derecho a la diferencia.

VI. LA ASIMILACIÓN CULTURAL-LINGÜÍSTICA INDUCIDA COMO REALIDAD PROBLEMÁTICA

a. Sobre el proceso de asimilación lingüística inducida

En general, la asimilación cultural refiere a la aculturación de las personas en la sociedad que las acoge, de manera que substituyen sus características culturales de origen por las referencias, los valores y comportamientos propios de la sociedad receptora, no debiendo ser en ningún caso forzada o inducida, sino el resultado de una decisión plenamente libre⁶⁰.

No obstante, la problemática a abordar en este estudio es la asimilación lingüística negativa o inducida, es decir, la imposición de un determinado sistema lingüístico por el

⁵⁹ Rivera, E. (2009) *La interculturalidad como principio ético para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa: Instituto Andino de Ciencia y Ética, pp.16.

⁶⁰ Dicha definición se encuentra prevista en el artículo 4.2º de la Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos.

Estado, conducente a la asimilación artificial del idioma por la colectividad hegemónica o mayoritaria de la nación.

En tal contexto, la asimilación lingüística se comporta como una faz negativa de la interculturalidad. Es decir, representa el estándar, neutralidad y uniformidad de la diferencia.

En el plano estatal, la asimilación lingüística inducida reconoce la diferencia pero la rechaza como condición merecedora del amparo legislativo e institucional, en la medida que “mejora” aquéllos grupos étnica y culturalmente diferentes y, por lo general, cuantitativamente minoritarios respecto del total de la población culturalmente diferenciada, respecto del grupo mayoritario o hegemónico de la nación (en términos culturales, occidentalizado⁶¹).

Es decir, la asimilación lingüística negativa rechaza el valor de la diferencia, pues pretende deshacerse de las diferencias existentes entre los grupos etno lingüísticamente distintos de la cultura occidental, identificada por una lengua oficial, así como por costumbres y valores extraños e indiferentes a dichas culturas.

De modo que los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizar la identidad cultural en todos sus aspectos (idioma, religión, costumbres, valores, etc.), libre de todo intento de asimilación negativa. Estando en consecuencia prohibidos de adoptar, apoyar o favorecer alguna política de asimilación artificial o forzosa, conducente a la destrucción de la cultura indígena y al exterminio del pueblo indígena como tal⁶².

⁶¹ Al respecto, el profesor Pierre Clastres reconoce que sólo la cultura occidental es etnocida, en el sentido de repudiar las diferencias sin el ánimo de exterminar al grupo étnico y culturalmente diferenciado, limitándose a mejorar sus diferencias conforme la cultura dominante *Cfr.* Clastres, P. (1996) “Sobre el Etnocidio”. *Investigaciones en antropología política*. Barcelona: Gedisa., pp. 337.

⁶² Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sección II. Artículo V.1.2

La UNESCO ha desarrollado criterios metodológicos para evaluar las actitudes y políticas de los gobiernos y las instituciones hacia las lenguas, según su rango oficial y uso⁶³.

Al respecto, la UNESCO presenta seis niveles, a los que confiere los valores comprendidos entre cero (00) y cinco (05). Dicha evaluación mide y pondera el nivel de respeto por el Estado y los miembros de los pueblos indígenas de sus lenguas comunitarias.

La UNESCO, atribuye el valor de cero (00) a los casos de **“prohibición”** del uso de lenguas comunitarias, tanto en los espacios público y privado; el valor de uno (01) a los supuestos de **“asimilación forzosa”**, caracterizados por la existencia de una política lingüística explícita que establece que la lengua del grupo dominante es la única lengua oficial nacional, mientras que las lenguas de los grupos subordinados no son reconocidas ni apoyadas; el valor de dos (02) para los casos de **“asimilación activa”** donde el gobierno alienta a los grupos minoritarios a abandonar sus lenguas, ofreciéndoles educación en la lengua dominante; el valor de tres (03) en los supuestos de **“asimilación pasiva”**, en los que el grupo dominante es indiferente respecto al uso de las lenguas minoritarias, siempre que la suya sea la lengua de interacción, de modo que aunque no exista una política lingüística explícita, la lengua del grupo dominante sea *de facto* la lengua oficial, aunque la mayoría de ámbitos del uso de la lengua dominante no gocen de especial prestigio; el valor de cuatro (04) a los casos de **“apoyo diferenciado”**, en los que las lenguas no dominantes están explícitamente protegidas por el gobierno, aunque existen claras diferencias respecto de los contextos en que se utilizan la lengua o lenguas dominantes u oficiales y la lengua o lenguas no dominantes (protegidas); y finalmente el valor de cinco (05) a los supuestos de **“apoyo igualitario”**, en los que todas las lenguas del país son igualmente valiosas, se encuentran protegidas por ley y los poderes públicos fomentan el mantenimiento de todas mediante políticas explícitas.

⁶³ Cfr. UNESCO (2003) *Vitalidad y peligro de desaparición de las lenguas*. Documento adoptado por la Reunión Internacional de Expertos sobre el programa de la UNESCO “Salvaguardia de las Lenguas en Peligro”. París. CLT/CEI/DCE/ELP/PI/2003/1, pp.12-13.

A diferencia de los criterios de “apoyo igualitario” y “apoyo diferenciado”, en los que existe un reconocimiento y uso igualitario de los idiomas etno culturalmente diferentes, utilizados por diversos grupos lingüísticos agrupados en la misma nación, el criterio de “asimilación pasiva”, y más aún los de “asimilación activa”, “asimilación forzada” y “prohibición” constituyen y representan políticas públicas discriminatorias por razón de idioma, debido a que comportan, en menor o mayor grado, cierta indiferencia y oficialidad *de facto* del idioma dominante respecto del resto de lenguas minoritarias, representando actitudes adversas a la pluralidad cultural (lingüística), tendiendo a reducir la diversidad, absorbiéndola en la identidad cultural del grupo mayoritario o hegemónico de la nación. Esto es, erigen una lengua oficial, *de facto* o explícitamente, en desmedro y perjuicio del derecho colectivo de comunidades étnica y culturalmente diferenciadas a gozar y ejercer su propio idioma.

De modo que si bien el Estado cuenta con un cierto *margen de apreciación* para la configuración del goce y ejercicio del derecho al idioma bajo condiciones de desigualdad en la diferencia étnico cultural, de ningún modo podría incurrir en los modelos de “asimilación pasiva”, ni mucho menos en los de “asimilación activa”, “asimilación forzada” y “prohibición”, en la medida que suprimen el valor de la diferencia lingüística como condición intercultural válida y legítima.

En síntesis, es posible definir al proceso de asimilación lingüística inducida como un fenómeno político, social y cultural, caracterizado por la imposición de la cultura mayoritaria o hegemónica de la nación a comunidades o grupos colectivos etno culturalmente diferentes, mediante la negación o desconocimiento de su idioma a través de mecanismos explícitos o encubiertos, en especial, a través del uso del idioma oficial como manifestación de poder desigual.

Finalmente, en la medida que la identidad lingüística constituye una manifestación esencial e instrumento indispensable para la transmisión de la identidad cultural, los procesos de asimilación lingüística podrían significar un medio de eliminación de la

identidad de los grupos étnico culturalmente diferentes, derivando en una forma de etnocidio⁶⁴.

Dicho de otro modo, en los casos que el goce y ejercicio del derecho al idioma forme parte del derecho de las comunidades lingüísticas a su identidad cultural⁶⁵, la discriminación por razón de idioma, sea directa o indirecta, en la medida que suponga la supresión lingüística y por ende cultural del grupo, derivará en una forma de etnocidio.

Siendo así, para la configuración del etnocidio no bastaría la sola existencia de actos discriminatorios, sino también la confluencia de las siguientes situaciones: i) En primer lugar, que los actos de discriminación tengan por objeto anular o menoscabar el ejercicio del derecho al idioma de grupos étnicos y colectivos que dependan del uso de su idioma para la subsistencia de su identidad cultural, en particular, grupos históricamente discriminados y segregados; y ii) Que los actos constitutivos de discriminación sean idóneos para asimilar el idioma del grupo lingüístico dentro del idioma oficial, con la consecuente pérdida de la identidad étnica, así como la pretendida uniformidad u homogeneidad cultural del grupo hegemónico.

En suma, el proceso de asimilación lingüística supone una negación y rechazo por el Estado del valor de la igualdad, entendida como principio rector sobre todo el aparato estatal orientado a realizar un tratamiento normativo desigual respecto a realidades similarmente desiguales, conforme a las exigencias del derecho al idioma como derecho colectivo y a la interculturalidad, garante de espacios de integración a la luz del reconocimiento de la pluralidad, y en tal medida, diferencia, étnico cultural.

⁶⁴ Sobre la definición del etnocidio y distancia respecto del genocidio, el profesor Pierre Clastres considera que: El etnocidio comparte con el genocidio una visión idéntica del otro: el otro es lo diferente, ciertamente, pero la diferencia perniciosa. El espíritu genocida quiere pura y simplemente negar la diferencia, de modo que se extermina a los otros porque son absolutamente malos. El etnocidio, por el contrario, admite la relatividad del mal en la diferencia, postula que los otros son malos pero puede mejorárselos, obligándolos a transformarse hasta que, si es posible, sean idénticos a modelos que se les propone e impone. Se podría oponer el genocidio y el etnocidio como las dos formas perversas del pesimismo y el ptimismo. Cfr. Clastres, P. (1996) "Sobre el Etnocidio". *Investigaciones en antropología política*. Barcelona: Gedisa, pp. 37.

⁶⁵ Determinar que existen casos en que "el goce y ejercicio del derecho al idioma forme parte del derecho de las comunidades lingüísticas a su identidad cultural" es una precisión relevante y necesaria, en la medida que pueden existir casos en que exista vulneración al derecho al idioma sin que ello suponga una consecuente afectación de la identidad cultural, como por ejemplo los casos en que un extranjero serbio aduzca no haber sido informado de sus derechos en su lengua materna al haber sido detenido por flagrante delito.

b. La asimilación lingüística inducida como realidad problemática estatal

Históricamente, las políticas estatales no han reconocido o protegido los idiomas hablados por los pueblos indígenas o las minorías lingüísticas. Por el contrario, la intención de las políticas lingüísticas, educativas y culturales oficiales han sido a menudo la asimilación de esos grupos en la corriente principal del país⁶⁶, con la consiguiente pérdida de idioma y cultura, generando una forma de etnocidio⁶⁷. Como resultado, en todo el mundo es corriente encontrar a miembros de la generación más anciana que mantienen su idioma, mientras que los jóvenes y niños son más proclives a perderlo, especialmente cuando se llevan a cabo **políticas de asimilación**⁶⁸.

Actualmente, si bien en la mayoría de países como en el nuestro existe la tendencia a reconocer, en general, el derecho a la diferencia de grupos colectivos étnica y culturalmente diferentes, particularmente los derechos individuales y colectivos de pueblos indígenas, tales como la Educación Intercultural Bilingüe (EIB) en el ámbito educativo, la consulta previa y acceso a cargos públicos en los espacios de participación política, así como a su integridad cultural, especialmente en los casos de grupos étnicos no contactados, aún persisten mecanismos encubiertos de rechazo y enajenación de la pluralidad étnica y cultural que conducen irremediablemente a la asimilación de la identidad cultural en moldes occidentales y, en particular, del idioma en la lengua practicada por el grupo mayoritario y hegemónico de la nación.

Según la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos Preliminares, la situación actual de la lengua se caracteriza por lo siguiente: a) La secular tendencia unificadora de la mayoría de Estados a reducir la diversidad y favorecer actitudes adversas a la pluralidad cultural y al pluralismo lingüístico; b) El proceso de mundialización de la economía y, en consecuencia, del mercado de la información, la comunicación y la cultura, que afecta los ámbitos de relación y las formas de interacción que garantizan la cohesión interna de cada comunidad lingüística; c) El modelo economicista de

⁶⁶ Según cifras oficiales, en el mundo hay actualmente 6912 lenguajes en uso. No obstante, sólo se utilizan 100 alfabetos en el mundo. SIL Internacional (2008). *Por qué los lenguajes importan. Alcanzar las metas de desarrollo del milenio mediante lenguajes oficiales*. Texas. Pág. SP08

⁶⁷ Stavenhagen, R. (2008) *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: UNESCO, pp. 30.

⁶⁸ Stavenhagen, R. (2008) Op. Cit, pp. 30.

crecimiento propugnado por los grupos económicos transnacionales, que pretende identificar la desregulación con el progreso y el individualismo con la libertad⁶⁹.

Dicha caracterización describe con claridad las vicisitudes existentes en el goce y ejercicio del derecho al idioma. En particular, describe la incidencia de la actividad u omisión del Estado en la garantía del derecho al idioma. Al respecto, como primer punto reconoce la existencia de una tendencia “unificadora” aflictiva del pluralismo lingüístico por parte de los Estados, conducente a la reducción de la diversidad y eliminación del derecho a la diferencia; mientras que el segundo y tercer punto describen aspectos económicos, como el “proceso de mundialización de la economía” y el “modelo economicista propugnado por grupos económicos transnacionales”, cuya incidencia siempre se encuentra bajo el control y escrutinio del Estado, especialmente en la ponderación entre derechos individuales – derechos colectivos, que suponen los proyectos de inversión, industrialización y extracción de recursos naturales en el territorio del Estado.

Conforme dichas condiciones, surge el deber del Estado de respetar y garantizar la diversidad lingüística, bajo los cánones de la interculturalidad, en el marco de la pluralidad étnica y cultural de la nación, ya sea a través de la configuración de los modelos de “apoyo diferenciado” o “apoyo igualitario” en el diseño de políticas públicas, caracterizadas por el uso de idiomas minoritarios en condiciones de igualdad.

En el caso peruano, aunque la expresión “*garantizar el uso de idiomas minoritarios en condiciones de igualdad*” parece demasiado vaga e imprecisa, e incluso innecesaria e indiscutible debido a la existencia de programas de Educación Intercultural Bilingüe (EIB) así como el cada vez más álgido reconocimiento de idiomas étnico culturales diferentes como lenguas oficiales por el Estado, e incluso por la participación política de algunas organizaciones indígenas como AIDSESEP (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana), FENAMAD (Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes) COMARU (Consejo Machiguenga del Río Urubamba), entre otras, además del reconocimiento de su personería jurídica en procesos administrativos, civiles, penales y constitucionales, en la realidad existe un fenómeno social, normativo y

⁶⁹ Declaración Universal de Derechos Lingüísticos Preliminares. Op. Cit. Preámbulo

político de “**asimilación pasiva**” debido a que el sector de la población de habla castellana es por lo general indiferente al uso de otras lenguas, siempre que la suya sea la lengua de interacción, de modo que aunque no existe una política lingüística segregacionalmente explícita, el idioma castellano es *de facto* dominante, al punto que los miembros de colectividades étnica y culturalmente diferentes que hablan sólo su lengua materna se ven automáticamente excluidos del quehacer social y económico de la nación, más aún si no existen las mismas oportunidades laborales y educativas⁷⁰ para quienes desconocen el idioma castellano. Situación que por si fuera poco se agrava con la falta de un mapa etnolingüístico que permita identificar las diferentes etnias y lenguas existentes en el territorio nacional.

Atentos a ello, la prevalencia de poder *fáctico* que detenta el idioma castellano respecto del resto de lenguas, encuadrado en el modelo de “asimilación pasiva” establecido por la UNESCO, hace surgir la exigencia de garantizar el derecho al idioma como derecho colectivo y base de la interculturalidad, tanto mediante diseños legislativos obedientes a las diferencias étnico culturales (en estricto, lingüísticas) como a través de criterios operativos que hagan viable el reconocimiento, respeto y garantía del principio-derecho de igualdad, en su faz de desigualdad normativa y política en la diversidad étnica y cultural.

VII. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE IDIOMA COMO MECANISMO DE ASIMILACIÓN LINGÜÍSTICA INDUCIDA

En el presente estudio, los supuestos de discriminación por razón de idioma que abordamos son aquéllos en que se encuentran comprometidos el reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural así como el derecho a la interculturalidad, en tanto

⁷⁰ Pese a que el derecho a la Educación Intercultural Bilingüe es un derecho fundamental, previsto en el artículo 17° de la Constitución Política, configurado legalmente a través de la Ley para la Educación Intercultural Bilingüe, Ley N° 27818, la Defensoría del Pueblo ha constatado que en la ejecución de dicho programa se evidencia la falta de personal docente bilingüe, programas de capacitación docente, material educativo bilingüe, la intervención del jefe de la comunidad en el diseño de los contenidos de enseñanza, como preveía la referida ley, y en particular, el uso del castellano como lengua principal en los procesos de enseñanza, todo lo cual no significa sino una forma encubierta de asimilación lingüística desde la educación. Cfr. Defensoría del Pueblo (2011). *Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú*. Informe Defensorial N° 152. Lima, pp. 491-527.

concebimos el idioma como instrumento colectivo de comunicación y transmisión de la cultura.

En tal sentido, la discriminación por razón de idioma, es decir, la distinción carente de razones objetivas y razonables, circunscrita y basada únicamente en el idioma, significa no sólo una restricción ilegítima y arbitraria por el hecho de utilizar un idioma diferente⁷¹, sino también, y desde una perspectiva funcional, tanto en los ámbitos económico, social, político y cultural, y en los planos individual y colectivo, un mecanismo de privación de las condiciones necesarias para el acceso de oportunidades en condiciones de igualdad, mediante diseños normativos desiguales atentos a la diversidad etnolingüística.

De otro lado, concebimos la asimilación lingüística inducida como un proceso normativo, es decir, legislativo, aunque también social, dirigido a uniformizar las diferencias etnolingüísticas y, en tal sentido, eliminar la diversidad lingüística mediante políticas legislativas homogenizantes. De modo que la asimilación lingüística inducida no requiere ser expresa, sino fáctica, de modo que en realidad se produzca la subordinación y asimilación de los idiomas minoritarios en la lengua mayoritaria o hegemónica.

Como se advierte, tanto la discriminación por razón de idioma como el fenómeno normativo de asimilación lingüística inducida coinciden en un punto, esto es, la

⁷¹ Así por ejemplo, en el caso *Belgian Linguistics*, la entonces vigente Comisión Europea de Derechos Humanos denunció ante el Tribunal Europeo el abuso de la legislación belga en materia educativa al “poner fin a la difusión de la lengua francesa en la región de Flandes, de hecho, para **asimilar la población de habla francesa en contra de su voluntad (...)**”⁷¹. En dicho caso, debido a la pluralidad étnica y cultural, en el marco de lo llamado por el Tribunal “problema lingüístico belga”, el Estado belga había institucionalizado la enseñanza educativa en el idioma francés, holandés y alemán, en cada distrito estatal, conforme la lengua mayoritaria de cada distrito. No obstante, conforme la Quinta Cuestión de la sentencia el Tribunal valoró que en cinco distritos aledaños a Bruselas había escuelas que impartían clases en francés sólo para familias residentes en dichas zonas, prohibiendo la inscripción de niños residentes en otros lugares. En cambio, las escuelas de estos distritos que impartían la enseñanza en holandés eran abiertas a cualquier persona, sin estar sujetas a ningún condicionamiento o limitación en función del lugar de residencia. Por tal motivo, el Tribunal Europeo estableció que el requisito de residencia no se imponía en el interés de las escuelas, por razones administrativas o financieras, sino de modo exclusivo por el lenguaje.

irresponsabilidad del Estado en garantizar la igualdad como principio, en tanto criterio rector sobre todo el aparato estatal, y como derecho, dirigido a establecer y aplicar diseños normativos desiguales a realidades etnolingüísticas diversas.

En tales términos, la discriminación por razón de idioma, desde una perspectiva funcional, atenta al reconocimiento de la pluralidad étnico cultural, y a la interculturalidad, constituye un mecanismo estatal dirigido a fomentar y mantener el fenómeno, social y normativo, de asimilación lingüística.

De modo que, mientras mayor sea la privación de condiciones necesarias o mínimas para el goce y ejercicio del derecho al idioma, como por ejemplo el acceso a escuelas o centros de educación bilingüe, tanto para menores como mayores de edad, cuyos contenidos de enseñanza y personal docente sirvan al aprendizaje de la lengua materna y no a su segregación o exclusión, conforme los conocimientos y cosmovisión de los miembros de la comunidad, cultural y lingüísticamente distinta, mayor será también la asimilación lingüística, es decir, cultural, conducida en sus últimas consecuencias como una modalidad de etnocidio, en la medida que suponga la asimilación cultural, no necesariamente explícita, con claras raíces en nuestro país como la doctrina del “Perro del hortelano”⁷².

En suma, la discriminación por razón de idioma, no constituye una problemática en sí misma, en la medida que la pluralidad étnica y cultural, así como la interculturalidad, imprimen un alcance colectivo en el goce y ejercicio de dicho derecho, de modo que su inobservancia tiene el efecto negativo de inducir a los miembros de la comunidad a abandonar su propio idioma, esto es, su identidad, con el fin de aprender un idioma funcionalmente necesario e indispensable para el acceso de oportunidades que les permitan obtener las condiciones necesarias para el desarrollo de su vida en todos los niveles: social, económico, político y cultural. Ello, debido a que lo contrario supondría un aislamiento real en dichos ámbitos, así como la aceptación y asunción de la pobreza

⁷² En el gobierno del ex presidente Alan García, se acuñó el término “El perro del hortelano” a la doctrina atribuida a dicho funcionario al considerar a los pueblos indígenas como poblaciones atrasadas, necesitadas de ser integradas bajo los patrones políticos y morales de la nación, a los beneficios del progreso económico, conforme la tendencia marcadamente neoliberal, es decir, sin inclusión étnica ni social.

como precio y consecuencia de no aprender el idioma hegemónico y mayoritario de la nación⁷³.

Por todo ello, la igualdad se constituye como un principio-derecho garante del respeto y valor social, jurídico (normativo) y político por la diferencia etnolingüística, necesario para la configuración de respuestas normativas desiguales a realidades etnoculturales diversas sobre todo el aparato estatal, cuya inobservancia apareja como único resultado la segregación o exclusión, en términos sencillos, la opción y, con mayor frecuencia, imposición de la pobreza como forma de vida.

⁷³ Según estudios sociales, resulta muy difícil para la población indígena incorporarse a mejores mercados de trabajo. Una de las condiciones de dicha limitación es la lengua o idioma, ya que ésta limita la facultad de acceder a mejores condiciones dentro de una actividad económica o política, lo que ha traído la interpretación del uso de la lengua indígena como una forma de autoexclusión. *Cfr.* Horbath, J. (2008) “La discriminación laboral de los indígenas en los mercados urbanos de trabajo en México: Revisión y Balance de un fenómeno persistente”. Zabala, M (compiladora). *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe*. Colombia: Siglo del Hombre Editores y Clacso, pp.31.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Ariza, R. (2013) *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- Barbosa, F. (2012) “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. México: Universidad Autónoma de México.
- Cueva, J. (1981) “La identidad cultural andina”. *Memoria del primer congreso andino de artistas populares*. Quito: Banco Central de Reserva de Ecuador.
- Diez Hurtado, A. (2009). “Entre la cultura y la interculturalidad”. *La interculturalidad como principio étnico para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa: Instituto andino de ciencia y ética.
- Gutiérrez, W y J Sosa Sacio, M. (2013) “Igualdad ante la ley”.: *La Constitución Comentada*. Director Walter Gutiérrez. Tomo I. Segunda Edición. Lima. Gaceta Jurídica.
- Ferrer, E. (2003) *Juicio de Amparo e Interés Legítimo: La tutela de los Derechos Difusos y Colectivos*. México: Editorial Porrúa.
- Faúndez, H. (2004). *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera Edición. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Horbath, J. (2008) “La discriminación laboral de los indígenas en los mercados urbanos de trabajo en México: Revisión y Balance de un fenómeno persistente”. Zabala, M (compiladora). *Pobreza, exclusión social y discriminación étnico-racial en América Latina y el Caribe*. Colombia: Siglo del Hombre Editores y Clacso.
- Landa, C. (2011) “Interculturalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *RAE Jurisprudencia*. Lima. Año IV. N° 39, pp. 03.
- Rivera, R. (2009) “Comprendiendo la identidad cultural”. *La interculturalidad como principio étnico para el desarrollo de nuestros pueblos*. Arequipa: Instituto andino de ciencia y ética.

- Sen, A. (2000). *La Pobreza como privación de capacidades*. Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Stavenhagen, R. (2008) *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: UNESCO
- Tubino, F. (2005) “Entre el multiculturalismo y la interculturalidad: más allá de la discriminación positiva”. *Interculturalidad y Política: desafíos y posibilidades*. Perú: Ed. Norma Fuller. Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.
- Defensoría del Pueblo (2011) *Aportes para una Política Nacional de Educación Intercultural Bilingüe a favor de los pueblos indígenas del Perú*. Informe Defensorial N° 152. Lima.

Jurisprudencia de la Corte IDH

- Corte IDH *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de fecha 24 de agosto de 2010

Jurisprudencia de la Corte IDH

- TEDH. *Caso de la ley sobre el uso de las lenguas en la educación en Bélgica*”. 23 de julio de 1968.

Documentos de organismos internacionales

- Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 1º)
- Declaración de las NN.UU. sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 18
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares
- CIDH (2000). Segundo informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106. Párr. 39 – Recomendación 4.
- Convenio 169 de la OIT

- CIDH (2000) *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.
- UNESCO (2003). *Vitalidad y peligro de desaparición de las lenguas*. Documento adoptado por la Reunión Internacional de Expertos sobre el programa de la UNESCO “Salvaguardia de las Lenguas en Peligro”.

Jurisprudencia de Tribunales Internos

- STC Exp. N° 03525-2011-PA/TC
- STC Exp. 02835-2010-PA/TC
- STC Exp. 05652-2007-PA/TC
- STC Exp. N° 0606-2004-AA/TC
- STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC
- STC Exp. N° 0020-2005-PI/TC,
- STC Exp. 006-2008-PI/TC
- STC. Exp. N° 0042-2004-AI/TC,
- Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia SU/039-97, II.1.2

IGUALDAD Y DISCAPACIDAD

ASTRID KELLY CABEZAS POMA ¹

I. INTRODUCCIÓN

Aunque desde hace unos años existe un tratado internacional de carácter universal, así como otros de índole regional que protegen y promueven los derechos de las personas con discapacidad, existen ordenamientos internos, cortes e incluso percepciones de la sociedad, que aún no han cambiado el enfoque y paradigma del tratamiento de la discapacidad.

En efecto, en algunos ordenamientos aún se sigue considerando que la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad involucra medidas asistencialistas dirigidas a paliar los problemas que dificultan el goce de sus derechos. Sin embargo, los tratados internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad plantean un modelo social que concibe a las personas con discapacidad no como una anomalía, sino como sujetos que necesitan de una protección especial a efectos de que se les garanticen y promuevan sus derechos; y que la anomalía, en todo caso, proviene de la sociedad al no adecuarse a ellos.

Es por ello que en el presente trabajo se expondrá una breve reseña histórica acerca de los modelos de enfoque de la discapacidad a fin de esclarecer cómo es que la definición de la discapacidad, e incluso el principio de accesibilidad tienen alcances diferentes conforme al modelo que se opte. Asimismo, se hará un análisis de la relevancia del derecho a la igualdad y no discriminación, de las que se desprenden las obligaciones de los estados y de la sociedad, relacionadas con la realización de medidas que garanticen el goce y ejercicio de las personas con discapacidad, a través de políticas públicas inclusivas, medidas afirmativas y ajustes razonables.

¹ Egresada de la Universidad de San Martín de Porres, realiza prácticas profesionales en el Tribunal Constitucional.

II. HISTORIA DE LOS MODELOS DE ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD

A lo largo de la historia, el tratamiento hacia las personas con discapacidad ha ido variando conforme la visión de la discapacidad y la respuesta social a ella; a éstos momentos se les han denominado paradigmas o modelos. Nosotros hemos elegido llamarlos “modelos”, que obedece a una razón más arbitraria que filosófica, en todo caso, podemos advertir que en cada uno de ellos se plasman principios y valores que incidieron directamente en la atención del sujeto con discapacidad.

a. Modelo de la prescindencia

Este modelo tenía una visión negativa de la discapacidad, pues se encontraba enfrentada completamente con los derechos humanos. En efecto, las características o presupuestos esenciales de éste modelo son dos: la justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad²; la primera se refiere a la consideración de que la discapacidad es consecuencia de un castigo divino por los pecados cometidos por los padres o la comunidad, augurio de que se avecinaba una catástrofe, o contenía un mensaje diabólico y la segunda, está relacionada con la idea de que los sujetos con discapacidad son improductivos y no aportan nada a la sociedad y a su familia, motivo por el cual son considerados una carga, lo que justifica que finalmente se prescindiera de la vida de éstos individuos.

Bajo éste paradigma, se advierte que existieron dos tratamientos hacia los sujetos con discapacidad, que se desarrollaron como respuesta a la innecesariedad de éstos sujetos: sub modelo eugenésico y sub modelo de la segregación³.

En el sub modelo eugenésico, había un tratamiento diferenciado entre aquellos sujetos que nacían con discapacidades, quienes por ser considerados como un castigo de dios, e

² Cfr. Palacios, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cermi, p. 37.

³ *Ibíd*em, p. 37.

innecesarios para la comunidad, fueron objeto de infanticidios; y aquellos que adquirían la discapacidad durante su vida, ya sea por enfermedades, accidentes o heridas de guerra, quienes recibían subvenciones o tratamientos especiales⁴. Sobre los primeros sujetos, podemos citar casos como la antigua Grecia, donde los espartanos solían arrojar desde lo alto del monte Taigeto a los recién nacidos con apariencia débil o deformidad, y los atenienses abandonaban a los recién nacidos débiles o deformes dentro de un recipiente en las afueras de la ciudad o en lugares inhóspitos; en la India se les abandonaba en la selva o echaba a un lugar llamado Sagrado Ganges; en Roma, la Ley de las XII Tablas instaba a los paterfamilias que maten rápidamente a los recién nacidos deformes, también se puede encontrar este modelo en la filosofía nazi, donde se esterilizaba a los sujetos con discapacidad, se les llevaba a campos de concentración, eran objeto de experimentos, y se les exterminaba; etc.

Por su parte, el sub modelo de la segregación o marginación se caracterizó por excluir a los sujetos con discapacidad de la sociedad, ya sea por caridad, o por miedo a un posible contagio de dicha discapacidad⁵; de ahí que éstos sujetos subsistían debido a la caridad, mendicidad, y siendo objeto de burlas y diversión. Este modelo es adoptado más claramente durante la edad media, con la presencia del cristianismo, donde se considera a la discapacidad como consecuencia de un castigo por un pecado cometido por los padres o familiares, o como una presencia diabólica.

b. Modelo médico, biológico o rehabilitador - discapacidad como objeto de protección

Este modelo también parte de una visión negativa de la discapacidad, debido a que considera que la discapacidad es consecuencia de una anomalía de la naturaleza, una imperfección física o psíquica que situaba a las personas con discapacidad en un nivel inferior respecto de las personas que no tenían discapacidad [quienes eran consideradas “normales”]. Este tratamiento se asienta plenamente luego de la segunda guerra mundial, cuando se establecieron obligaciones de la sociedad para con los heridos o

⁴ *Ibíd*em, pp. 40-41.

⁵ *Ibíd*em, p. 62.

veteranos de guerra, que no eran pocos, intentándoseles integrar en la sociedad a través de pensiones, asistencia social, entre otros.

En este sentido, se considera a las personas con discapacidad bajo dos características: el origen de la discapacidad ya no es religioso [como un castigo de dios, o algo diabólico], ahora es científico [alude a un problema funcional en términos de salud o enfermedad]; y, por otro lado, los sujetos con discapacidad ya no son considerados inútiles, sino como seres que pueden aportar e integrarse a la sociedad en la medida que sean rehabilitados o curados⁶.

Frente a ello, las respuestas sociales tienen una óptica paternalista, dirigidas a la persona con discapacidad individualmente, con un carácter básicamente terapéutico o asistencial, que buscaban paliar su discapacidad⁷. Así, se desarrolla la práctica de la “institucionalización”, que consistía en el encierro u hospitalización, incluso contra la voluntad de las personas “afectadas con discapacidad”, con el objeto de asistirles y curarlas, y en la medida que lograban ser rehabilitadas, se integrarían a la sociedad, y las que no lo lograrán, se quedarían siendo asistidas. La diferencia entre el encierro bajo el modelo de la prescindencia en su versión de segregación y el modelo médico radica en que, en el primero, eran excluidos de la sociedad con la finalidad de apartarlos por caridad o miedo a un posible contagio; en cambio, bajo el segundo paradigma, se pretende curarlos o disminuir su diferencia para integrarlos a la sociedad, aunque en la práctica se observó que en algunos casos los sujetos recluidos también eran víctimas de tratos degradantes. Muchas veces aparece la figura de un tercero, quien decidirá por el sujeto con discapacidad.

Entre las políticas legislativas adoptadas a la luz de éste modelo, se encuentran las leyes de servicios sociales, las cuotas en universidades, trabajo, educación especial, pensiones, etc.

⁶ *Ibíd.*, p. 66.

⁷ *Cfr.* Cuenca, P (2011) “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”. *Papeles el tiempo de los derechos*, número 3, p. 3.

Éste modelo significó un gran avance en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, pues si bien consideraba al sujeto como un objeto de derechos, quien necesitaba de atención, protección y cuidado, en la realidad aceptaba que éstos puedan ejercer y disfrutar de los mismos derechos que la población “no discapacitada”, en la medida en que se amolden a los patrones de la normalidad⁸; es decir, eran considerados sujetos de derecho en tanto lograran su “rehabilitación”; sin embargo, si su normalización no se alcanzaba, entonces era tolerable que sus derechos sean restringidos.

c. Modelo social – discapacidad como sujeto de derechos

En éste modelo la visión a la discapacidad cambia en sentido positivo, ya que en el contexto de un estado pluralista y democrático, en el que existen las obligaciones de respeto y garantía de los derechos, se acepta la concepción de que todos los seres humanos son “diferentes”⁹, y es así que la discapacidad es otra forma de ser diferente. De esta manera, se entiende que los sujetos con discapacidad tienen igual valor y derechos que las personas que no tienen discapacidad.

Éste modelo considera, entonces, que la discapacidad no es una anormalidad del sujeto, sino de la sociedad al no adecuarse a ellos; es decir, la discapacidad no tiene su origen en cuestiones divinas o científicas, sino en la sociedad. “No son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que *discapacitan*, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración a las personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan”¹⁰.

En consecuencia, dado que el problema no es del individuo con discapacidad, sino de la sociedad, las políticas que se adopten deben estar dirigidas a la sociedad; entonces, es obligación de la sociedad de adecuarse a las personas con discapacidad, lo que origina las obligaciones de los estados de garantizar el goce de los derechos de los sujetos con

⁸ Ibídem, p. 3.

⁹La “diferencia” a la que aludimos no tiene por objeto marcar o justificar la discriminación, sino que se encuentra relacionada con la “pluralidad”.

¹⁰ Cuenca, P. (2011) “Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad”. *Papeles el tiempo de los derechos*, número 3, 2011, p. 6.

discapacidad, a través de acciones afirmativas, ajustes razonables, políticas inclusivas, etc.

Éste modelo rechaza la ideología de la normalización, y promueve la independencia y autonomía del sujeto con discapacidad, por lo que si bien acepta la figura de un tercero, éste sólo podrá ayudar a la persona con discapacidad a decidir de acuerdo a la voluntad y preferencias de éste último.

Una de las políticas legislativas que se desarrolla bajo este modelo, es la legislación antidiscriminatoria para las personas con discapacidad.

Con el advenimiento de la internacionalización de los derechos humanos, en el derecho internacional de los derechos humanos se fue consolidando la idea de que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad humana. A partir de ésta base es que se busca garantizar la igualdad de todos los seres humanos, sin distinción alguna; y en éste contexto, la discriminación contra cualquier sujeto por razón de su discapacidad constituye una vulneración a la dignidad humana.

III. DEFINICIÓN

El concepto de la “discapacidad” es ampliamente relevante, puesto que si es entendida como una tragedia o anormalidad, entonces los sujetos con discapacidad son tratados como si fueran víctimas de algo trágico¹¹; sin embargo, si es definida como un problema social, entonces las personas con discapacidad serán tratadas como víctimas de una

¹¹Un ejemplo de éste paradigma es la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980, en la que la OMS al definir las deficiencia, discapacidad y minusvalía, las relaciona con la anormalidad:

“La *deficiencia* era entendida como cualquier pérdida o **anormalidad** permanente o transitoria de estructura o función.

La *discapacidad* era definida como una restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado **normal** para un ser humano. Por *minusvalía*, entendía que era la incapacidad que se traduce en una desventaja para una persona, en cuanto limita o impide el cumplimiento de una **función que se es considerada común** para esa persona según la edad, sexo, y los factores sociales y culturales.”[el resaltado es nuestro] (revisar q esté conforme con esa Clasificación de la OMS)

sociedad discapacitante¹². Así, conforme al modelo social, se entiende que mientras que la deficiencia está referida a la condición física o mental del individuo, la discapacidad está constituida por el conjunto de limitaciones sociales hacia aquellos que tienen deficiencias¹³.

En el sistema universal de los derechos humanos se ha promulgado la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. En el inc. e) del preámbulo de ésta Convención se señala:

“(…) la discapacidad es un concepto que **evoluciona** y que resulta de la **interacción** entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,” [el resaltado es nuestro]

Se advierte de éste párrafo del preámbulo que la Convención asume el modelo social de discapacidad, ya que afirma que la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones individuales con las barreras debidas a la actitud y al entorno. Asimismo, entiende que la definición de la discapacidad evoluciona con el tiempo, es decir, admite que pueda variar conforme a cada sociedad y la cultura¹⁴.

Por otro lado, el párrafo 2do del artículo 1º de la citada Convención estima que la noción de “discapacidad” admite que hayan otras personas con discapacidad aparte de las mencionadas: “las personas con discapacidad **incluyen** a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al **interactuar** con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la **sociedad**, en igualdad de condiciones con las demás”. [El resaltado es nuestro]

Se advierte de ésta definición que no es cerrada, ya que *incluye* a las personas mencionadas, lo que significa que no excluye a otras formas de discapacidad que

¹²Cfr. Palacios, A. y Baraffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Ediciones Cinca, pp. 57.

¹³ Ejemplo: la incapacidad de ver es una limitación física; mientras que la incapacidad de esa persona para resolver un examen escrito porque no puede ver es una discapacidad.

¹⁴ Cfr. Palacios, A. y Baraffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Ediciones Cinca, pp. 59.

puedan estar protegidas por las legislaciones de los Estados, aparte de las consideradas en la Convención¹⁵. En efecto, para los fines de la protección de la Convención, ésta sólo fija un mínimo de personas protegidas, aceptando cualquier interpretación que beneficie o amplíe su marco de protección.

A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Canadá incluyó dentro de la definición de discapacidad a las percepciones subjetivas, y señaló que la discapacidad no sólo debía entenderse en función a percepciones objetivas, como las limitaciones funcionales, sino también en base a criterios subjetivos, como las percepciones subjetivas y erróneas respecto de la existencia de dichas limitaciones, como las limitaciones que se sufren producto de los prejuicios [una persona con desfiguración facial, que no configura discapacidad, es tratada como si lo fuera]¹⁶.

En el sistema regional interamericano también se ha intentado proteger a las personas con discapacidad. Ello se encuentra en la “Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, aprobada el 7 de junio de 1999. En ella, se define a la discapacidad como:

Artículo I

“(…)

1.- Discapacidad

El término “discapacidad” **significa una deficiencia física, mental o sensorial**, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, **que puede ser causada o agravada** por el entorno económico y social.

(…)”

De lo mencionado se desprende que el concepto asume el modelo social de discapacidad al considerar que ésta es la deficiencia que puede ser causada o agravada

¹⁵ *Ibíd*em, p. 65.

¹⁶ *Cfr.* Caso *Mercier*en *Quebec (Commission de droits de la personne et des droits de la jeunesse) v Montreal; Quebec (etc.) v Boisbriand (City)*, [2000] a S.C.R. En Palacios, A y Baraffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Ediciones Cinca, p. 68.

por el entorno económico y social. Por otra parte, se advierte que define a la discapacidad como una deficiencia física, mental o sensorial, reduciendo así la discapacidad a estas 3 formas de deficiencia, y excluyendo otras situaciones consideradas por legislaciones internas, lo que es diferente a la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

En el ordenamiento jurídico peruano, también existe protección a los sujetos con discapacidad, ello se aprecia en la reciente Ley N.º 29973, “Ley General de la Persona con discapacidad”, publicada en el diario oficial “*El Peruano*”, el 24 de diciembre de 2012, que define a la discapacidad adoptando el modelo social, de la siguiente manera:

“Artículo 2. Definición de persona con discapacidad

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.”

IV. DISCAPACIDAD E IGUALDAD

En nuestras interrelaciones con la sociedad, generalmente debemos elegir, ya sea para decidir a dónde vamos, con quién, cuándo, con qué objeto, etc; sin embargo, existen situaciones en las que el ordenamiento jurídico incide en nuestras decisiones; esto es, existen regulaciones que nos persuaden de actuar o tratar a determinados sujetos, de una forma u otra; el ordenamiento jurídico antidiscriminatorio lo explica bajo la premisa de “tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes”¹⁷. A continuación, se analizarán de forma detallada los diversos tipos de tratamiento, a la luz de la igualdad, que se realizan a las personas con discapacidad, ya sea excluyéndolos y privándoseles de sus derechos de manera directa o indirecta; o por el contrario, cuando se les realizan diferencias con el propósito de incluirlos y beneficiarlos.

¹⁷ TEDH, Caso *Hoogendijk contra Países Bajos*, (nº 58641/00), 6 de enero de 2005. : “La legislación contra la discriminación prohíbe los supuestos en los que determinadas personas o grupos de personas en situación idéntica reciban un trato diferente o personas o grupos de personas en situación diferente reciban un trato igual”.

a. Diferenciación negativa

La diferenciación negativa, también llamada discriminación, es aquella diferenciación proscrita debido a que le causa un perjuicio a toda persona que es objeto de ella. Existen diferentes formas de discriminación [directa, indirecta, múltiple, etc], así como diferentes motivos de discriminación [por la raza, condición económica, sexo, orientación sexual, discapacidad, etc].

En materia de discriminación fundada en la discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la ha definido en su Observación General N° 5, como “una discriminación que incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de alojamiento razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales”.

En este mismo orden de ideas, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad considera que la discriminación por motivos de discapacidad es:

“Artículo 2

(...)

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. (...)”

A continuación, explicaremos algunas formas de discriminación o diferenciación proscritas, teniendo como referencia los derechos afectados arbitrariamente de las personas con discapacidad.

Diferenciación directa: la diferenciación directa o discriminación directa consiste en el trato menos favorable a una persona, por cualquiera de los “motivos prohibidos”¹⁸,

¹⁸ Los “motivos prohibidos” o “categorías sospechosas”, en el derecho internacional de los derechos humanos son factores que se utilizan para efectuar distinciones fácticas o normativas.

con relación a otra persona en una situación similar; esto es, “trato diferente en situaciones similares”.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, en el caso Carson y otros contra Reino Unido (n° 42184/05), del 16 de marzo de 2010¹⁹, que para que exista discriminación directa debe existir una “diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares” y ello “a partir de características identificables”. En ese caso, Carson y otros eran un grupo de jubilados quienes alegaban discriminación en el incremento de sus pensiones, ya que dicho incremento, según la legislación británica, sólo les correspondía a los residentes en el Reino Unido, o a los ciudadanos británicos jubilados en los países que tengan convenio de seguridad social con aquél, mas no se les aplicaba a aquellos ciudadanos británicos jubilados que residan en un país extranjero que no tenga convenios con el país demandado. El TEDH señaló que no había discriminación por el lugar de residencia, toda vez que los recurrentes no se hallaban en una situación similar a los ciudadanos que vivían en el Reino Unido o en los países con quienes éste había realizado Convenios sobre seguridad social, ya que el incremento de la pensión se derivaba del aumento del costo de vida en el Reino Unido.

De la definición antes descrita, y de lo considerado por el TEDH, se identifican 3 elementos que configuran este tipo de discriminación²⁰:

- a. Trato menos favorable.- Este elemento se refiere al trato menos favorable a un sujeto. En este sentido, el núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona²¹. Ejemplo: La prohibición de ingresar a una discoteca, la denegación de una pensión por el hecho de tener una determinada discapacidad, exclusión de un club, etc. Un caso en el que un tribunal permite erradamente el trato menos favorable para las personas con discapacidad mental es

Así, los motivos prohibidos en el derecho internacional de los derechos humanos son la raza, el sexo, la orientación sexual, edad, la condición económica, la discapacidad, entre otras.

¹⁹También el TEDH lo reconsideró así en los casos *D.H. y otros contra la República Checa* (n° 57325), del 13 de noviembre de 2007, párr. 175; *Burden contra el Reino Unido* (°13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.); entre otros.

²⁰ Cfr. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2010) *Manual de legislación europea contra la discriminación*. Luxemburgo, pp. 23-26.

²¹ *Ibidem*, p. 23.

Buck v. Bell, ocurrido en 1927. Carrie Buck era una joven de 17 años que tenía retardo mental, quien, por disposición de una ley estatal que permitía la esterilización obligatoria para los ineptos y discapacitados intelectuales, debía someterse a la esterilización contra su voluntad. Frente a la demanda presentada por Buck, la Corte Suprema de EEUU declaró que era legítimo que se ordene la esterilización cuestionada, ya que las personas con discapacidad mental no debían reproducirse y heredar su “imbecilidad” a más generaciones.

- b. Referencia comparativa.- Esto se refiere a que, para que exista discriminación es necesario que el trato sea menos favorable en perjuicio de una persona, en comparación con otro sujeto en una situación similar. A modo de ejemplo: Una remuneración baja será discriminación si se demuestra que esa remuneración es inferior al que percibe otro trabajador, del mismo empleador, que realiza similares funciones.²²

- c. La persona discriminada está incluida en los “motivos prohibidos”.- Este elemento hace referencia al nexo existente entre el trato menos favorable y el motivo protegido; esto es, para que exista discriminación directa, es necesario identificar si el trato menos favorable se debe a un “motivo protegido”. “Para cumplir con este requisito, hay que responder a la pregunta: ¿hubiera recibido la persona un trato menos favorable si hubiera tenido distinto género, raza o edad o hubiera ocupado otra posición en alguno de los restantes motivos protegidos? Si la respuesta es afirmativa, el trato menos favorable se debe claramente al motivo en cuestión.”²³.Ejemplo: En el caso Coleman contra Attridge Lawy Steve Law²⁴, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que había discriminación en perjuicio de la señora Coleman por motivos de la discapacidad de su menor hijo. En este asunto, Coleman era una madre de un niño con discapacidad, y debido a las necesidades de su hijo, solicitó permiso en su centro de trabajo, el cual le fue denegado, junto con una serie de insultos y ofensas hacia su menor hijo. A ello, el TJUE identificó que el criterio de comparación eran sus compañeros de trabajo con

²² *Ibidem*

²³ *Ídem*, p. 26.

²⁴ TJUE, *Coleman contra Attridge Lawy Steve Law*, Asunto C-303/06 [2008], 17 de julio de 2008.

puestos similares, y con hijos que no tenían discapacidad, quienes recibían inmediatamente los permisos solicitados cuando se justificaban en la atención a sus menores. En este sentido, el Tribunal consideró que existía discriminación basada en un motivo prohibido, que era la discapacidad del hijo.

Diferenciación indirecta: la discriminación también puede surgir cuando se trata de forma idéntica en situaciones diferentes. En efecto, la diferenciación indirecta es aquel tratamiento, a través de una norma o acto, que formalmente es neutro; y que sin embargo, tiene como consecuencia el perjuicio a un grupo determinado. Ello se debe a que este trato no considera la diferencia sustancial existente entre las personas.

En el caso D.H. y otros contra República Checa, del 13 de noviembre de 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, en referencia a la discriminación indirecta, que “la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo”²⁵. En ese asunto, D.H. y otros eran un grupo de niños gitanos quienes habían sido derivados a escuelas especiales debido a aparentes deficiencias en su aprendizaje. Esta distribución se debió a que el estado demandado había dispuesto que todos los alumnos debían rendir pruebas generales a fin de determinar si éstos debían ser apartados de la educación general, y por tanto ser adscritos en escuelas especiales para personas con discapacidades intelectuales. Sin embargo, aunque la prueba fue igual para todos, los estudiantes gitanos no estaban habituados al sistema general de educación, por lo que se encontraban en desventaja respecto de los otros estudiantes. Fue por ello que entre el 80 y 90 por ciento de los estudiantes gitanos obtuvieron malos resultados en el examen y fueron considerados con discapacidad en el aprendizaje. En ese caso, el TEDH, consideró que el estado demandado había discriminado de manera indirecta a los estudiantes gitanos, quienes no estaban habituados al sistema general de educación.

²⁵TEDH. Caso *Opuz contra Turquía* (n.º 33401/02), 9 de junio de 2009), TEDH. Caso *ZarbAdami contra Malta* (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006, entre otros.

De lo expuesto, se advierte que, en el caso de la discriminación indirecta, se presentan los siguientes elementos²⁶:

- a. Trato idéntico.- Se refiere a la disposición, criterio o práctica, que formal o aparentemente son neutros²⁷. A manera de ejemplo tenemos: la prohibición de todo animal a los hospitales, es una medida que aparentemente es neutra ya que prohíbe a toda persona el ingreso en compañía de animales; sin embargo, esta restricción genera perjuicio en las personas invidentes que necesitan de la asistencia de sus perros guías.
- b. Efectos perjudiciales respecto a un grupo.- El trato, que formalmente es idéntico, le causa perjuicio a un grupo determinado; siendo ésta la diferencia entre la discriminación indirecta y la discriminación directa: el trato ya no es diferente, sino, los efectos del trato igual genera efectos diferentes²⁸.
- c. En comparación con otras personas en situación similar.- Se refiere básicamente al mismo elemento que el de la discriminación directa, buscar un término de comparación con la finalidad de establecer si el efecto de la norma o trato que se examina tiene efectos más perjudiciales que el experimentado en situación similar²⁹.

a. Diferenciación positiva

Existen determinadas situaciones que hacen que los estados, empleadores, prestadores de servicios, entre otros, adopten medidas especiales que tengan por objeto garantizar el goce y disfrute de derechos, y eliminar así las barreras para acceder a la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás.

Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias injustificadas constituyen discriminación; sin embargo, aquellas que son válidamente justificadas, se encuentran permitidas, puesto que son una forma de garantía de la igualdad material. En tal sentido,

²⁶ *Cfr.* Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2010) Manual de legislación europea contra la discriminación. Luxemburgo, pp. 29-32.

²⁷ *Ibídem*, p. 29.

²⁸ *Ibídem*, p. 32.

²⁹ *Ibídem*, p. 31.

el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18 (párr. 8) señaló que la noción de igualdad no significa necesariamente trato idéntico; es así que podemos afirmar que la diferenciación positiva no es discriminación, pues se encuentra válidamente justificada. Un ejemplo de una restricción que no constituye discriminación es el caso *Manuel Wackenheim v. France*³⁰, resuelto por el Comité de Derechos Humanos: en este caso, el denunciante, quien era una persona con enanismo, afirmaba que el decreto que prohibía el “lanzamiento de enanos” era discriminatorio ya que le privaba de su fuente de trabajo [ellos cobraban por ser lanzados], restringiéndoles de su acceso a oportunidades laborales, que eran escasas para personas pequeñas. El Comité señaló que si bien la prohibición del lanzamiento de enanos únicamente se refería a los enanos; sin embargo, esta medida se fundaba en criterios objetivos y razonables, que buscaban garantizar el principio de dignidad humana, en razón a que las personas que no estaban aquejadas de enanismo no eran susceptibles de ser lanzadas.

En el sistema interamericano se ha señalado que la condición particular de determinados grupos vulnerables hace que los estados tengan obligaciones especiales para hacer efectivo el goce y ejercicio de sus derechos³¹.

En materia de discapacidad existen determinadas circunstancias que exigen de medidas especiales para garantizar el goce y ejercicio de los derechos para las personas con discapacidad. En efecto, la igualdad no sólo exige la ausencia de discriminación, sea directa o indirecta, sino también la adopción de medidas que traten de reducir las barreras que impiden que las personas con discapacidad puedan desarrollarse libremente. Entre éstas medidas están los ajustes razonables, las medidas afirmativas o acciones positivas, las políticas públicas de inclusión, entre otras.

b) LOS AJUSTES RAZONABLES EN LA DISCAPACIDAD

Los ajustes razonables son propios del modelo social, ya que determinan que el acondicionamiento, modificación o ajuste le corresponde al entorno y no a la persona con discapacidad.

³⁰ Comunicación N° 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).

³¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 83.

En el sistema de la Unión Europea, el artículo 5° de la “Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”, del 27 de noviembre de 2000, define que los ajustes razonables para las personas con discapacidad significan que: “los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”. A manera de ejemplo, dichas medidas pueden ser, la construcción de una rampa en una escuela o la inclusión de un elevador en un edificio para que permitan el ingreso de las sillas de ruedas de las personas con discapacidad, entre otros.

El tercer párrafo del artículo 2° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala que la denegación de ajustes razonables es una forma de discriminación, de lo que se deriva que la obligación de realizar ajustes razonables es de carácter obligatorio.

El cuarto párrafo del artículo 2° de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, define a los “ajustes razonables” como: “(...) Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; (...)”.

De lo anterior, los ajustes razonables son medidas que requieren la adaptación del medio -social, laboral, cultural- a las necesidades de la persona con discapacidad.

En el caso Hamilton c. Jamaica, el Comité de Derechos Humanos expuso de manera implícita el concepto del “ajuste razonable”, al considerar que los Estados Partes deben reconocer que existen personas con distintas necesidades, como los presos, y que por lo

tanto, el sistema debe ser adaptado, para acondicionarse a ellos³². En este asunto, Hamilton era una persona con discapacidad, ya que tenía parálisis en ambas piernas, quien se encontraba recluido en la cárcel en la espera de ser ejecutado; sin embargo, éste centro penitenciario no había considerado la discapacidad, ni tomado medidas al respecto, en especial para ingresar y salir de su celda, así como para subir o bajar de su cama. Al respecto, el Comité, haciendo una interpretación del artículo 10^o³³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que éste había sido violado en relación con el trato humanitario de las personas con discapacidad detenidas. Así, señaló que las condiciones a las que había sido sometido Hamilton, constituían una violación directa a su dignidad; y, por tanto, el estado de Jamaica debía tomar las medidas adecuadas para acondicionar el centro de reclusión a las necesidades del recurrente.

En la Observación General N.º 5, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirmó que la obligación de realizar ajustes razonables implica consecuencias de gran envergadura en el ámbito del Derecho, sobre todo cuando en el caso se encuentra dirigido asimismo a la esfera privada³⁴.

En el caso A.K.I. 37/2008, del 8 de octubre de 2008³⁵, la Comisión de la Igualdad de Chipre señaló que el demandado no había realizado un procedimiento normal de examen con ajustes razonables para los candidatos con circunstancias especiales, de manera que se les permitiera competir en igualdad de condiciones con los demás

³²Cfr. Palacios, A y Bariffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Edición Cermi, p. 42.

³³Artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

³⁴ Cfr. Palacios, A. y Bariffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Edición Cermi, p. 45.

³⁵Comisión de la Igualdad (Chipre), Ref. A.K.I.37/2008, 8 de octubre de 2008, en Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007) *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo, p.37.

candidatos. En el caso, el recurrente, quien sufría de discapacidad visual, rindió un examen a fin de obtener un puesto de trabajo; sin embargo, durante dicho examen, éste solicitó un tiempo adicional, que le fue concedido, pero descontando dicho tiempo de su hora de descanso, al que todos tenían derecho.

a. Las medidas afirmativas en la discapacidad

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General N° 18, ha señalado que el principio de igualdad exige, algunas veces, que los Estados adopten disposiciones especiales para reducir o eliminar situaciones que originan o perpetúan la discriminación; dichas medidas pueden llegar a otorgar, durante un determinado periodo de tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial, necesario para corregir la discriminación de hecho. Ello también se desprende del artículo 2.2 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 4° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y el artículo 5° inciso 4) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con lo señalado podemos afirmar que las medidas afirmativas, también llamadas acciones afirmativas o positivas, son medidas especiales, de carácter temporal, que tienen por objeto acelerar el logro de la igualdad material a situaciones de desventaja de personas que históricamente han sido víctimas de discriminación.

Las acciones afirmativas están constituidas por el conjunto de leyes, políticas y prácticas de los estados, que se aplican de manera concreta en los sectores de educación, salud, vivienda, trabajo, transporte, cultura, etc., a través del sistema de cuotas, planes, programas, etc. Dichas medidas pueden preventivas o correctivas, ambas destinadas a proteger derechos humanos.

Vale precisar que las medidas afirmativas son diferentes a las obligaciones positivas permanentes que tienen los Estados. En efecto, si bien las primeras son acciones especiales, ellas distan de ser las obligaciones de los Estados sobre grupos especiales, que aunque están destinadas a determinados grupos, son de carácter permanente. Ejm.

Una obligación positiva de los Estados es la de garantizar el derecho a la tierra de los pueblos indígenas; mientras que una medida afirmativa puede ser la asignación de cuotas para los originarios de pueblos indígenas en las universidades.

Tienen una vigencia temporal, ya que éstas medidas duran en tanto exista la situación de desventaja, lo que consecuentemente implicaría que cuando se haya logrado corregir la disparidad, dicha medida especial dejaría de existir.

Las medidas afirmativas son legítimas en el estado actual, ya que con ellas se busca garantizar los valores de igualdad y dignidad humana. Así, pretenden compensar o remediar las situaciones de determinados grupos que históricamente se encuentran en desventaja debido a hábitos y tradiciones arraigadas profundamente en la sociedad.

Asimismo, éstas medidas deben plantearse cuando sean necesarias y de manera proporcional.

A manera de ejemplo, se encuentran las cuotas para las mujeres en los centros laborales, las cuotas de vacantes en las admisiones de las universidades para las minorías étnicas, etc.

b. Discriminación múltiple

Ésta forma de discriminación consiste en la diferenciación debido a más de un motivo prohibido; es decir, se le discrimina a una persona con discapacidad por su discapacidad, y a su vez por su raza, color, edad, sexo, idioma, religión, opinión política, origen, patrimonio, edad, o cualquier otra condición.

A manera de ejemplo: el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado en su Recomendación general N° 18, que las mujeres con discapacidad sufren una doble discriminación. Ello es un ejemplo de discriminación múltiple, debido a que se refiere a 2 discriminaciones: por ser mujer y además por su discapacidad.

c) POLÍTICAS PÚBLICAS Y DISCAPACIDAD

Un acontecimiento muy importante en materia de políticas públicas para las personas con discapacidad, fue la Sección 504 de la Ley de Rehabilitación de 1973 [que por primera vez prohíbe la discriminación contra las personas con discapacidad en cualquier programa financiado por el gobierno norteamericano]. La anécdota que se cuenta al respecto es que el presidente Nixon pensaba que estaba aprobando una ley sobre gasto público, debido a que cuatro de sus cláusulas finales pasaron desapercibidas, siendo la más significativa de ellas la Sección 504, que convertía en ilegal toda discriminación contra cualquier persona sólo por su discapacidad, que haya sido cometida por cualquier organismo federal, universidad pública, contratista federal o cualquier otra institución que recibiera fondos públicos. Sin embargo, luego de su aprobación, los gobiernos locales y federales se mostraban reacios a aplicar e implementar la Sección 504, básicamente debido a que señalaban que a diferencia del reconocimiento de los derechos civiles para las personas negras o mujeres, en el caso de la adopción de medidas antidiscriminatorias para las personas con discapacidad, ello suponía inversión del presupuesto público del estado.³⁶

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha señalado que los estados tienen 3 niveles de obligaciones en materia de derechos humanos: la obligación de respeto, que implica que los estados deben abstenerse de realizar medidas que afecten o intervengan arbitrariamente sobre los derechos de las personas de su jurisdicción; la obligación de proteger, que involucra el deber de los estados de no permitir que terceros afecten o intervengan arbitrariamente en los derechos de los sujetos de su jurisdicción, y la obligación de garantizar, que comprende el deber de los estados de hacer todas las acciones necesarias que permitan que las personas puedan ejercer y gozar de sus derechos. En la Observación General N° 5, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló que cada Estado parte tiene la obligación de mejorar la situación de las personas con discapacidad; para ello, los medios que elijan para cumplir

³⁶ *Cfr.* Palacios, A. (2008) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, pp. 115-116.

con dicha obligación –y de esa manera garantizar los derechos de estos sujetos- varían según cada país.

Así, cada país tiene la obligación de promover la realización de los derechos de manera progresiva, reducir las desventajas estructurales, promover la plena participación de las personas con discapacidad, entre otras medidas, conforme a sus recursos disponibles.

Con la vigencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las políticas de los estados, destinadas a proteger los derechos de las personas con discapacidad, ya no deben ser asistencialistas, sino, en aplicación del modelo social, ahora deben buscar garantizar que estos sujetos puedan ejercer sus derechos de la misma manera que las personas sin discapacidad.

Así, el inciso f) del preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala: “f) *Reconociendo* la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad”. Del texto, se advierte que las normas, planes y programas estatales e internacionales deben estar destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.

Por otra parte, la accesibilidad universal es un principio que rige el desarrollo de las políticas públicas. El principio de accesibilidad exige que se garantice a todas las personas que puedan ejercer y gozar sus derechos de manera libre y autónoma; entonces, para las personas con discapacidad esto adquiere gran relevancia, debido a que la accesibilidad requiere que se eliminen todas las barreras existentes que impidan a las personas con discapacidad participar en el entorno social, físico, económico, cultural, de comunicación, información, etc.

El artículo 9º de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad señala que la accesibilidad busca garantizar que las personas con discapacidad puedan

vivir de forma independiente y participen en todas las esferas de la vida. La obligación estatal que emana de éste artículo es la de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso al entorno físico, el transporte, la información y comunicaciones, servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, entre otras.

d) CONCLUSIONES

- A lo largo de la historia, el tratamiento de la sociedad hacia las personas con discapacidad ha evolucionado conforme a 3 modelos o paradigmas: el modelo de la prescindencia, el modelo médico y el modelo social.
- La definición de la discapacidad es ampliamente relevante, ya que de acuerdo al enfoque es que serán garantizados los derechos de las personas con discapacidad. Así, la Convención Internacional para las Personas con Discapacidad ha definido a la discapacidad bajo el paradigma social, optando por el criterio amplio de discapacidad, y con carácter evolutivo.
- Para garantizar el derecho a la igualdad en sentido formal, es necesario el trato diferente a las personas que se hallan en situaciones sustancialmente diferentes. Así, el trato diferente en situaciones iguales es una forma de discriminación negativa, que se encuentra prohibido; a su vez, esta diferenciación puede ser directa o indirecta. En tanto que la diferenciación en situaciones diferentes es considerada como discriminación positiva, ya que ésta se encuentra protegida por el derecho internacional de los derechos humanos.
- En materia de políticas públicas, los estados están obligados a garantizarlos, de manera progresiva, conforme a los recursos de cada país, y teniendo como parámetro el principio de accesibilidad universal, que exige la obligación de garantizar eliminar todas las barreras físicas, tecnológicas, comunicativas, entre otras, a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer y gozar sus derechos de manera libre y autónoma.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- Palacios, A. (2008) *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: cermi.
- Cuenca, P. (2011) *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*. Papeles el tiempo de los derechos, número 3.
- Palacios, A. y Baraffi, F. (2007) *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid: Ediciones Cinca.

Documentos de organismos internacionales

- Comunicación N° 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002).
- Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Comisión de la Igualdad (Chipre), Ref. A.K.I.37/2008, 8 de octubre de 2008.
- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Manual de legislación europea contra la discriminación”. Luxemburgo, Julio 2010

Jurisprudencia de la Corte IDH

- Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay,

Jurisprudencia del TEDH

- TEDH. Caso *Hoogendijk contra Países Bajos*, (n° 58641/00), 6 de enero de 2005.
- TEDH. Caso *Opuz contra Turquía* (n° 33401/02), 9 de junio de 2009.
- TEDH. Caso *ZarbAdami contra Malta* (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006.