

II. EL CONCEPTO DE IGUALDAD Y LA NECESIDAD DE BRINDAR UNA PROTECCIÓN ESPECIAL A LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS

Uno de los temas que mayor atención ha recibido por parte de las sociedades, con posterioridad a las revoluciones liberales del siglo XVIII, y fundamentalmente con el desarrollo de los derechos humanos, es el de la igualdad.¹

El concepto de igualdad ha experimentado un importante desarrollo y evolución en los últimos tiempos. Ello es así, ya que en un principio la idea de igualdad solía reducirse sólo a la posición según la cual los hombres debían ser iguales ante las leyes.

Bajo esta noción de igualdad el planteamiento es relativamente sencillo: los hombres (y las mujeres) son iguales en la medida en que existen leyes generales, abstractas, que apliquen a todas y todos sin excepción y sin hacer distinción alguna; esta forma de concebir la igualdad se denomina *igualdad formal*.²

De acuerdo con la profesora Encarnación Carmona, de la Universidad de Alcalá de Henares: “este principio asumió una importancia decisiva en la revolución burguesa del siglo XVIII, que se propuso, entre sus principales objetivos, terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal”.³

En efecto, la idea de la abolición de los privilegios, que durante el antiguo régimen se establecieron para algunos

¹ El artículo 1o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. Organización de las Naciones Unidas, “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, p. 111.

² De acuerdo con Karla Pérez Portilla: “Este tipo de igualdad tiene su origen en la revolución francesa, en donde la abolición de los privilegios reales y la garantía de igualdad ante la ley eran los objetivos principales”. Karla Pérez Portilla, “Más allá de la igualdad formal: Dignidad humana y combate a la desventaja”, p. 657.

³ Encarnación Carmona Cuenca, “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 265.

cuantos como la aristocracia y el clero, se encontraría presente en el imaginario colectivo de aquella época identificando esos privilegios con lo que decía la ley. La ley del monarca era la causante de las desigualdades entre los hombres y era la ley en donde debía eliminarse esa situación.

De este modo, no es difícil suponer las razones que los revolucionarios franceses tenían para concebir a la igualdad desde una perspectiva meramente formal, es decir, entendiendo que la igualdad se garantizaría siempre que hubiese leyes generales que considerara a todos iguales y se aplicaran de la misma manera, sin embargo, tal y como afirma la doctora Ximena Avilés: "el concepto de igualdad formal ha fallado al desconocer que existen verdaderas diferencias que no permiten a los individuos competir al mismo nivel".⁴

Ciertamente la noción formal de la igualdad ha sido fuertemente cuestionada a la luz de la constatación, cada vez más clara, del cúmulo de las desigualdades que en la realidad se presentan en sociedades cada vez más plurales y diversas, en todos los aspectos.

Siendo así las cosas, en la actualidad se ha considerado de enorme importancia transformar el significado del principio de igualdad, para transitar de una lógica basada en la *igualdad formal* hacia una nueva concepción de la misma, denominada *igualdad sustancial*.

Bajo este nuevo paradigma, la idea según la cual la igualdad se alcanza sólo a partir de la existencia de reglas generales, abstractas e impersonales, ha sido cuestionada en la medida en que con tal idea se asume que las personas se encuentran ubicadas en la realidad en un plano de semejanza, situación que en sociedades complejas difícilmente puede presentarse.

Podría decirse que aquel dogma que afirmaba una supuesta conformación homogénea de la población debe ser sustituido por la aceptación, en el plano de la realidad, de

⁴ Ximena Avilés, "El concepto internacional de igualdad formal y la disputa en torno a la custodia de menores en Ecuador", p. 125.

sociedades complejas y diferenciadas, que reclaman un reconocimiento específico que respete su propia identidad.⁵

En este sentido, puede afirmarse que la noción de igualdad sustancial descansaría en, por lo menos, los siguientes postulados:

a) La igualdad no es un enunciado descriptivo de la realidad.⁶ Aunque la norma jurídica señale que todas y todos son iguales la práctica indica lo contrario, hay múltiples diferencias entre los seres humanos.

b) El concepto de igualdad debe ser capaz de reconocer las diferencias que se presentan en la sociedad, sin que tales diferencias se traduzcan en desventajas para las personas.

De acuerdo con lo anterior, es importante identificar con claridad estos dos postulados. Para ello, resulta necesario delimitar los siguientes conceptos: igualdad, diferencia, desventaja y discriminación.

1. Igualdad, diferencia, desventaja y discriminación

Es necesario afirmar que la igualdad no es un enunciado que tenga como propósito describir la realidad. Cuando se utiliza el concepto de igualdad en el ámbito de lo jurídico, no se utiliza para describir la situación que en el plano de lo real se presenta entre dos situaciones.

En otras palabras, cuando un jurista expresa que: “los hombres y las mujeres son iguales”, no se refiere a que en el

⁵ “Es importante señalar que al hacer una referencia a ‘grupos diferenciados’, se reconoce la existencia de una gran cantidad y diversidad de estos colectivos. Las minorías nacionales, religiosas, étnicas, lingüísticas; los pueblos indígenas representan una especie dentro del universo de dichos colectivos, sin embargo, existen otros tipos de colectivos protegidos formados, por ejemplo, por mujeres, niños, ancianos [sic. Adultos mayores], discapacitados [sic. Personas con discapacidad], u otros homólogos, constituidos por personas en vulnerabilidad específica”. Fernando Mariño Menéndez, “Derecho internacional contemporáneo y protección de las minorías y de sus miembros”, p. 94.

⁶ María José Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, p. 23.

plano de lo real no puedan identificarse diferencias biológicas o físicas entre ellos. En realidad, la expresión utilizada por los abogados en este sentido pretende señalar que las mujeres y los hombres deberían ser iguales ante las leyes del Estado y en las leyes del Estado.

Es importante delimitar que la igualdad, desde la perspectiva del derecho, no pretende ser un enunciado que describa la realidad, sino que su cometido se relaciona con el mundo de las reglas, es decir, señalar aquello que sería deseable que sucediera.

Teniendo presente lo anterior, es posible afirmar, entonces, que una adecuada concepción de la igualdad, ante todo, debe ser capaz de reconocer las diferencias que se presentan en la realidad de las sociedades complejas.⁷

Así, es posible observar que los denominados Estados liberales, que se encuentran fundados en la idea de la igualdad formal, han sido severamente cuestionados por la supuesta neutralidad de sus leyes, las cuales asumen que todas las personas se encuentran en igualdad de condiciones y por ende les deben ser aplicadas las mismas reglas.

Frente a esta tesis han aparecido expresiones que reclaman de las leyes del Estado un reconocimiento de las diferencias que se presentan en la realidad, y que ubican a ciertos sectores de la población en situaciones graves de desventaja frente a otras, por lo que se exige del propio Estado la adopción de medidas que reduzcan o eliminen estas desventajas.

De acuerdo con María José Añón: “tanto las diferencias como las desigualdades han de ser tuteladas frente a discriminaciones o privilegios por el principio de igualdad formal en los derechos fundamentales y eliminadas para asegurar niveles mínimos de igualdad material a través de los derechos sociales fundamentales”.⁸

Desde la perspectiva anteriormente apuntada, es posible concluir que un tratamiento diferenciado resulta imprescindible para la protección de ciertos sujetos de derecho,

⁷ Esto es lo que se suele denominar “igualdad en la ley”. Para una mayor amplitud sobre este tema véase Santiago Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, p. 16.

⁸ María José Añón, *Igualdad...*, *op. cit.*, p. 27.

que sin ese trato diferenciado se encontrarían en una situación muy difícil frente a otros sujetos que posean un mayor poder económico o social.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en relación con el alcance del concepto de igualdad en el marco del tratamiento de sujetos que se ubican en una posición diferenciada. Al respecto, ha sostenido que:

55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁹

De manera adicional, la propia Corte Interamericana sostuvo que: “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.¹⁰

De igual forma, este razonamiento concluye que:

Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, párr. 55.

¹⁰ *Ibid*, párr. 56. Además, Eur. Court H. R., Case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”, p. 34.

realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles.¹¹

Como puede observarse, una adecuada comprensión del principio de igualdad sustancial resulta fundamental para comprender las razones por las que resulta no sólo deseable, sino imprescindible, la existencia de un marco normativo específico que proteja a ciertos grupos que por circunstancias particulares se ubican en situaciones especiales de vulnerabilidad.

En este sentido, es posible afirmar que el tratamiento jurídico de las diferencias se desarrolla en el marco del principio de igualdad, por lo que la existencia de diferenciaciones objetivas, razonables y proporcionales constituye un vehículo que permite consolidar dicho principio.¹²

En virtud de lo anterior, podría decirse que la regulación jurídica de las diferencias en el marco del principio de igualdad pretende que tales diferencias, presentes en la realidad, no se traduzcan en desventajas para un cierto grupo de sujetos frente a otros.

El profesor Luigi Ferrajoli ha sostenido que la existencia de desigualdades entre sujetos ha constituido históricamente un obstáculo para la plena realización de la igualdad entre los mismos, sin embargo, afirma que la tendencia en cuanto a la presencia de las desigualdades se ha venido reduciendo de manera paulatina. En este sentido, refiere lo siguiente:

En la antigüedad las desigualdades se expresaron sobre todo a través de la negación de la misma identidad de persona (a los esclavos, concebidos como cosas) y sólo

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de Modificación...*, *op. cit.*, párr. 56.

¹² La propia Corte Interamericana reconoce que: “De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”, *ibid.* párr. 57.

secundariamente (con las diversas inhabilitaciones impuestas a las mujeres, los herejes, los apóstatas, o a los judíos) mediante la negación de la capacidad de obrar o de la ciudadanía. [...]

En la actualidad, después de que también la capacidad de obrar se ha extendido ya a todos, con las solas excepciones de los menores y los enfermos mentales, la desigualdad pasa esencialmente a través del molde estatista de la ciudadanía, cuya definición con fundamento en pertenencias nacionales o territoriales representa la última gran limitación normativa al principio de igualdad jurídica.¹³

En efecto, una revisión del principio de igualdad y sus alcances constituye el fundamento teórico que permitirá advertir la importancia de establecer un marco jurídico diferenciado de protección a favor de las niñas y los niños, mismo que tiene su fundamento en una concepción profunda del principio de igualdad sustancial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido sobre este particular, en su *Opinión Jurídica Número 17: Condición jurídica y derechos humanos del niño*, que: “es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”.¹⁴

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido que:

el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. La aplicación de esta

¹³ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 41.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, párr. 54.

disposición entraña, por consiguiente, la adopción de medidas especiales para proteger a los niños.¹⁵

Una vez que se han esclarecido algunas de las razones que justifican la existencia de un marco jurídico especializado de protección de los derechos de las niñas y los niños, basadas esencialmente en una noción amplia de los conceptos de igualdad, a continuación se expondrán algunas de las principales notas relacionadas con la definición de los conceptos “niña” y “niño”, y las perspectivas desde las que se construyen sus derechos para, posteriormente, explicar la evolución de los instrumentos internacionales los protegen.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, “Artículo 24, Derechos del niño.”