

*LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM, 1810-2010:  
THE ENGINE ROOM OF THE CONSTITUTION*

ROBERTO GARGARELLA

OXFORD UNIVERSITY PRESS, OXFORD 2013

*PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS  
OF DISCRIMINATION LAW*

OXFORD UNIVERSITY PRESS, OXFORD 2013

DEBORAH HELLMAN Y SOPHIA MOREAU

LAS INTERROGANTES Y POSIBILIDADES DE UN PROYECTO  
DE DERECHO DE LA ANTI-DISCRIMINACIÓN EN AMÉRICA LATINA\*

ALBERTO CODDOU MC MANUS\*\*

alberto.coddou@mail.udp.cl

Aparentemente, estos dos libros recién publicados no tienen mucha relación. Uno presenta la evolución de doscientos años de evolución constitucional en América Latina; el otro, se pregunta por los fundamentos filosóficos del derecho de la anti-discriminación. Uno busca profundizar en las fuentes historiográficas de los diversos proyectos constitucionales de dos siglos de historia institucional en el proceso de formación de los Estados latinoamericanos, mientras el otro analiza en detalle las posibles respuestas a las preguntas filosóficas más intrigantes de una joven área del Derecho.

En *Constitucionalismo Latinoamericano, 1810-2010: la sala de máquinas de la Constitución* (2013), Gargarella intenta dar una mirada general a la evolución constitucional latinoamericana, a través de un análisis de la tensión entre los diversos proyectos constitucionales cuya herencia aún se expresa en las partes de nuestras constituciones: la parte orgánica, esto es, la organización de poderes al interior de

---

\* Trabajo recibido el 19 de mayo de 2014 y aprobado el 1 de octubre de 2014.

\*\* Abogado, Universidad de Chile (Chile), L.L.M. New York University (E.E.U.U.), estudiante de doctorado en Derecho (Phd), University College of London (Reino Unido). Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales.

un Estado, y la parte dogmática, o el conjunto de derechos fundamentales que el Estado promete a sus habitantes. El libro comienza con un análisis de los proyectos constitucionales que nacen en el siglo XIX –liberal, conservador y radical–, y discute las bases de lo que será la alianza liberal-conservadora que logra detener cualquier posibilidad de implementar un proyecto radical-republicano en América Latina hasta bien adentrado el siglo XX. Con el retorno de la ‘cuestión social’ en la Constitución mexicana de 1917, los poderes políticos van gradualmente incluyendo derechos sociales en arreglos constitucionales que parecen ser hostiles a la efectividad de los mismos. En efecto, en esta parte el profesor argentino introduce el término de la ‘sala de máquinas’ (*engine room*) de la Constitución, es decir, la trama de instituciones y formas de hacer efectivo el poder político que en nuestra región han tendido hacia una acumulación y concentración de atribuciones en el Presidente. El principal argumento es que la reciente incorporación de derechos sociales y de reconocimiento (grupos vulnerables) al catálogo de derechos constitucionales protegidos no ha significado un aporte relevante debido a que las estructuras de poder son las mismas que se heredaron de la alianza liberal conservadora. Sin embargo, a pesar de parecer cláusulas dormidas (*dormant clauses*), su incorporación genera un impacto y tensiona las partes de la Constitución. Para ejemplificar lo anterior, el autor se refiere al rol clave que han jugado las cortes constitucionales o poderes judiciales en el cambio social al utilizar los derechos sociales. Al final del libro, Gargarella propone resolver esta paradoja a favor de una recuperación de la doble demanda por auto-gobierno colectivo y respeto de la autonomía individual que se buscó en los primeros días de la independencia en América Latina. Sin embargo, los desarrollos de las bases teóricas de lo que el autor llama un constitucionalismo igualitario quedan aún pendientes, como se reconoce al final de la obra.

El libro *Fundamentos Filosóficos del Derecho de la Anti-Discriminación*, editado por las profesoras norteamericanas Deborah Hellman y Sophia Moreau, y que incluye aportes de diversos autores, marca un hito en una “disciplina relativamente joven” (p. 1)<sup>1</sup>. En efecto, una vez terminada la segunda guerra mundial, y junto con el nacimiento e internacionalización de ciertos derechos humanos, los países comenzaron lentamente a reconocer ciertos derechos específicos a la igualdad y a la no discriminación. La trágica experiencia de la guerra y la lucha que libraron diversos movimientos sociales (por ejemplo, el caso de las mujeres en Europa, o el movimiento negro por los derechos civiles en Estados Unidos) marcó la pauta de un desarrollo gradual que llevó al derecho de la anti-discriminación “desde un

---

<sup>1</sup> Las siguientes referencias, con números de página entre paréntesis, se refieren a la obra reseñada.

grito de protesta a un sofisticado programa de regulación” (p. 116). Esta evolución ha ido acompañada, en tiempos recientes, de una copiosa literatura filosófica sobre las intrincadas preguntas que surgen tanto de la legislación nacional e internacional como del desarrollo jurisprudencial en materia de anti-discriminación<sup>2</sup>. Este libro expresa un esfuerzo teórico por avanzar preguntas filosóficas en extremo importantes para el derecho de la anti-discriminación. Partiendo por una de las preguntas más importantes, esto es, ¿cuál es la particular injusticia que importa la discriminación?, el libro va un paso más allá y se pregunta, por ejemplo, lo siguiente: ¿cuál es el mejor marco teórico para dar cuenta de la existencia y el funcionamiento del derecho anti-discriminación? Entre los candidatos, se exploran las ideas o valores de la igualdad (véase el capítulo de Deborah Helmann), libertad (véase el capítulo de Sophia Moreau), autonomía, dignidad, o los potenciales aportes que pueden surgir de una justificación consecuencialista (véase el capítulo de Richard Arneson). Además, se profundiza en si acaso esta injusticia se parece más a la violación de un derecho individual a no ser discriminado, como funciona en el derecho de daños, o si el análisis de esta injusticia implica una comparación entre el trato otorgado a diferentes personas. En esta misma línea, se da un tratamiento filosófico a la pregunta de si un análisis comparativo implica la búsqueda de un criterio adecuado de comparación que puede terminar perjudicando las demandas por igualdad social que están detrás de los derechos subjetivos de anti-discriminación (véase el capítulo de Denise Réaume). Por último, se aborda la pregunta de si acaso la gran diversidad de marcos regulatorios contra la discriminación puede ser explicada a través de una teoría que le dé coherencia a sus múltiples aspectos y a las preguntas jurídicas que surgen cotidianamente en sistemas jurídicos nacionales e internacionales: si acaso evaluar las acciones afirmativas desde la perspectiva de la discriminación inversa; si acaso la prohibición contra la discriminación puede explicar la extensión, por analogía, de categorías sospechosas no incluidas en la redacción de una norma; o si una prohibición genérica contra la discriminación puede servir de norma subsidiaria en caso de lagunas legales (véanse los capítulos de George Rutherglen, Tarun Khaitan y Patrick Shin).

Ahora bien, ¿cuál es el aporte de unir en un mismo comentario bibliográfico a estas dos publicaciones? Nuestro continente ha sido testigo de diversas reformas constitucionales y legales de gran impacto en el último tiempo. Entre sus patrones comunes más notables, se cuenta la inclusión de normas que establecen un derecho

---

<sup>2</sup> A modo de ejemplo, véanse SMITH (2011); BAMFORTH (2004); BAMFORTH, MALIK y O’CINNEIDE (2005), Capítulo III; MOREAU (2010).

a la igualdad y a la no discriminación, que va más allá de las cláusulas de igualdad formal que están presentes en nuestras cartas fundamentales desde el siglo XIX<sup>3</sup>. Además, como expresa el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos, existe una serie de categorías sospechosas en virtud de las cuales las distinciones que se hagan serán sometidas a una estricta revisión desde estándares internacionales de derechos humanos. En este sentido, la Convención habla de grupos vulnerables que en nuestro continente son las más probables víctimas de actos o conductas discriminatorias: entre otros, pobres, inmigrantes, negros, pueblos indígenas, mujeres, personas de tercera edad, minorías sexuales y disidentes políticos.

Considerando estos avances, vale la pena hacerse las preguntas filosóficas que emergen de estas nuevas tendencias e intentar darles un sentido normativo como el que nos presenta el profesor Gargarella al final de su proyecto. Después de presentar las tensiones que exhibieron los proyectos constitucionales que surgen durante el siglo XIX, y que se expresan en las contradicciones entre ambas partes de nuestras actuales cartas fundamentales, el profesor argentino nos cuenta su proyecto normativo: sentar las bases de un constitucionalismo igualitario que pueda hacer realidad las dos promesas más importantes de quienes lucharon en los primeros días de la independencia de nuestras naciones, esto es, la demanda por el auto-gobierno colectivo, que se entendía como un derecho-deber de participación en las decisiones públicas, y el reclamo por la defensa de la autonomía individual (pp. 197-198). En el marco de esta doble demanda, el reciente derecho de la anti-discriminación del continente tiene la posibilidad de construir un marco normativo desde el cual colaborar en el desarrollo de sociedades más justas e inclusivas. En efecto, se erige como uno de los candidatos ideales para el proyecto normativo que Gargarella relaciona con un diagnóstico actual de una ‘ausencia fundamental’: “lo que está ausente es una concepción que suscriba y mantenga esos dos ideales [auto-gobierno colectivo y autonomía individual] de manera consistente y simultánea. En efecto, el proyecto conservador rechazó ambos ideales al mismo tiempo, mientras los otros dos proyectos –esto es, el radical y el liberal– adhirieron a uno de ellos, pero rechazaron el otro. Por tanto, lo que está faltando es una visión que defienda vigorosamente ambos ideales de manera consistente” (p. 198). El autor deja esta pregunta abierta, pues supone que un proyecto normativo de tal envergadura es algo que no puede elaborarse sin considerar el contexto. Además, podríamos agregar, tal proyecto normativo no puede dejar de considerar las preguntas filosóficas que no sólo se relacionan

---

<sup>3</sup> UPRIMNY (2010).

con los grandes ideales que el derecho de la anti-discriminación está destinado a cumplir (igualdad, libertad, autonomía, dignidad, eficiencia, etc.), sino con los medios o articulaciones institucionales que realizarán esos fines.

El desafío es grande. La idea es construir o elaborar un derecho de la anti-discriminación como uno de los candidatos para la realización de la promesa original de realizar los ideales del auto-gobierno y la autonomía individual. La encarnación de un proyecto latinoamericano de derecho de la anti-discriminación tiene la ventaja de partir 50 años después de que las primeras normas anti-discriminación se plasmaron en documentos institucionales (a nivel nacional e internacional). Además, tiene la ventaja de considerar la experiencia de sofisticados programas de regulación, al menos en Europa y Estados Unidos, para acabar con prácticas y conductas discriminatorias. Las bases para la concreción de un 'Constitucionalismo igualitario' deben reflexionar en varios frentes y no pueden, nunca, dejar de lado el contexto de la región. La idea o el valor de la igualdad que subyace a este nuevo proyecto no debe reducirse a un puro ejercicio filosófico ni a una concreción normativa sujeta a la contingencia; antes bien, es necesario un ejercicio teórico que pueda reconciliar las respuestas a las preguntas filosóficas más importantes que surgen en este contexto con los particulares desafíos del continente. Así, de la lectura de estas dos importantes obras, surgen los siguientes desafíos y posibilidades para la región:

1) Empezar a discutir las bases teóricas de un Derecho de la anti-discriminación configurado como una de entre varias herramientas adecuadas para promover la igualdad social y, en ese sentido, interactuar con otras "políticas emancipatorias" que pueden ser gatilladas por la lucha por los derechos sociales u otros dispositivos<sup>4</sup>. Así, el Derecho de la anti-discriminación no debe agotar las diversas articulaciones institucionales del principio de la igualdad, y permitir que este despliegue tanto su dimensión redistributiva como de reconocimiento<sup>5</sup>.

2) La posibilidad de articular una concepción general del Derecho de la anti-discriminación que se extienda más allá del reducido enfoque laboral, otrora dominante en Europa<sup>6</sup>. En efecto, la incorporación de cláusulas anti-discriminación en las leyes laborales del continente es un fenómeno reciente que puede colaborar en la elaboración de una concepción más amplia, que supone que las prácticas discriminatorias aparecen en ámbitos que van más allá del empleo.

---

<sup>4</sup> KENNEDY (2011).

<sup>5</sup> FRASER (2009).

<sup>6</sup> BAMFORTH (2004).

3) Además, se da la posibilidad de elaborar un Derecho de la anti-discriminación que interactúe dinámicamente con los derechos sociales, que están incluidos en casi todas las últimas constituciones o reformas estructurales en el continente. En este caso, además, el continente tiene la ventaja de que sus documentos constitucionales, y su principal tratado regional de derechos humanos, consideran a la pobreza y al origen social como grupos protegidos o cláusulas sospechosas. En Europa, las resistencias a incorporar la pobreza como base de un derecho a la igualdad y no-discriminación, se basan en el miedo a las consecuencias que puedan sobrevenir a una creciente judicialización y a los problemas de legitimidad que sufren las estructuras institucionales a nivel regional (tanto administrativas como judiciales)<sup>7</sup>. Por el contrario, es usual que en América Latina la pobreza o el origen social sean considerados como una de las causas más frecuentes de la falta de acceso, marginalización, y exclusión de los beneficios y derechos que formalmente se encuentran garantizados en los distintos países<sup>8</sup>. Además, obviamente, se toma nota de la relación interactiva y dinámica entre la pobreza, el origen social y las prácticas discriminatorias, reconociendo que esta última puede ser uno de los principales orígenes de la pobreza y la desigualdad en el continente. Un Derecho de la anti-discriminación que tome las debidas precauciones debe hacerse cargo de esta relación interactiva con los derechos sociales y ayudar en la construcción de una dogmática capaz de dar respuesta a los problemas jurídicos que surgen: por ejemplo, en relación a la necesidad de garantizar judicialmente, al menos, ciertos contenidos mínimos; o, también, en relación a la necesidad de elaborar políticas universales que tomen debida cuenta de quienes más dificultad tienen para acceder al poder político y, por tanto, a los beneficios.

4) Para ello, sin embargo, un proyecto como el 'constitucionalismo igualitario' debe dejar atrás los vicios tanto de un proyecto 'neo-constitucional', que otorga demasiada responsabilidad a la judicatura en relación al cambio social, como del 'nuevo constitucionalismo latino-americano', que pretende constitucionalizar en exceso los objetivos de una revolución o cambio social estructural<sup>9</sup>. La idea del diálogo público entre instituciones se erige como un buen candidato para orientar la articulación institucional del 'constitucionalismo igualitario', cuyos postulados deben ser complementados por lo que algunos autores llaman un 'constitucionalismo militante'. En virtud de este último, se considera que los cambios sociales

---

<sup>7</sup> HENRARD (2008).

<sup>8</sup> Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la popular encuesta Latinobarómetro 2013.

<sup>9</sup> CARBONELL (2003); VICIANO y MARTÍNEZ (2010).

no pueden consolidarse sin la participación de la ciudadanía afectada por esos cambios<sup>10</sup>. En ello, claramente, el Derecho de la anti-discriminación puede ser crucial, pues su principal aporte consiste en derribar las barreras que impiden que los poderes sociales se transformen y reproduzcan en poder político<sup>11</sup>.

5) En este sentido, los indicios de un Estado de Bienestar en ciernes en nuestra región, pueden descansar en el Derecho de la anti-discriminación para evitar los errores de diseño del Estado de bienestar europeo de la postguerra: entre otros, el haber diseñado las bases de políticas universales de redistribución teniendo como modelo al ‘hombre-adulto-blanco-generador de ingresos’. En efecto, parte de la crisis del Estado de bienestar del viejo continente se puede explicar por la emergencia de problemas que no se tuvieron en vista en los orígenes: entre otros, la (casi plena) incorporación de la mujer al mercado de trabajo; el flujo de inmigración de diversos continentes, principalmente de las ex colonias; las sucesivas crisis de refugiados. Un Derecho de la anti-discriminación especialmente focalizado en los grupos desaventajados y sujetos a una dominación heredera de las jerarquías coloniales tiene un rol crucial en este sentido. De hecho, puede ayudar a visibilizar, en los orígenes de un Estado de bienestar latinoamericano, a quienes han carecido del poder político.

6) Por último, un proyecto latinoamericano de anti-discriminación tiene la posibilidad de ‘sacudirse de los orígenes bastardos’ que tuvo en otras jurisdicciones como en Europa o Estados Unidos. Así, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar la dependencia económica de la evolución del Derecho europeo de anti-discriminación, que en su origen se consideró como un dispositivo auxiliar del principio de integración necesario para construir un mercado común regional<sup>12</sup>. En este sentido, la pregunta filosófica por localizar el proyecto de un Derecho a la anti-discriminación en el principio de igualdad, tiene la posibilidad de abandonar el énfasis que, en sus orígenes, tuvo la eficiencia o el principio de integración de mercado en el diseño de sus reglas.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

BAMFORT, Nicholas, MALIK, Maleiha y O’CINNEIDE, Colm (2008): *Discrimination Law: Theory and Context* (Londres, Sweet & Maxwell).

<sup>10</sup> GARCÍA VILLEGAS (2013).

<sup>11</sup> O’CINNEIDE (2013).

<sup>12</sup> SOMEK (2011).

- BAMFORTH, Nicholas (2004): "Conceptions of Anti-Discrimination Law", en *Oxford Journal of Legal Studies* (Vol. XXIV, N° 4), pp. 693-716.
- CARBONELL, Miguel (2003): *Neoconstitucionalismo (s)*. (Madrid, Trotta).
- FRASER, Nancy (2009): "Social Justice in the Age of Identity Politics", en HENDERSON, Geroge y WATERSTONE, Marvin (2009). *Geographic thought: A praxis perspective* (Oxford, Routledge), pp. 72-90.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2013): "Constitucionalismo Aspiracional" (2013): *Araucaria* (Vol. XV), pp. 77-97.
- KENNEDY, David (2011): *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism* (Princeton NJ, Princeton University Press).
- HENRARD, Kristin (2008): "Equality of Individuals", en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. (Fecha de consulta: 25 de marzo de 2014). Disponible en: <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.
- MOREAU, Sophia (2010): "What Is Discrimination?", en *Philosophy & Public Affairs* (Vol. XXXVIII, N° 2), pp. 143-179.
- O'CONNOR, Colm (2013): "Completing the Picture: The Complex Relationship between EU Anti-Discrimination Law and Social Europe", en CONTOURIS, Nicola y FREEDLAND, Mark (2013). *Resocialising Europe in a Time of Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 118-137.
- SMITH, Nicholas (2011): *Basic Equality and Discrimination: Reconciling Theory and Law* (Farnham UK, Ashgate Publishing Ltd.).
- SOMEK, Alexander (2011): *Engineering Equality: An Essay on European Anti-Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press).
- UPRIMNY, Rodrigo (2010): "The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges", en *Texas Law Review* (Vol. LXXXIX), pp. 1587-1609.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ, Rubén (2010): "Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional", en IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (Vol. XXV), pp. 7-29.