

IGUALDAD, DESIGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL AL DERECHO CIVIL

Claudio Hernández de Rubín - Notario Público 6 de la Ciudad de México

CLAUDIO
JUAN RAMÓN
HERNÁNDEZ
DE RUBÍN

Es egresado de la Escuela Libre de Derecho (1998 - 2003) con estudios concluidos de Maestría en Historia del Pensamiento Filosófico en la Universidad Panamericana (2014 - 2016). Profesor Titular de Derecho Civil en la Escuela Libre de Derecho y en la Universidad Panamericana. Es notario desde el 30 de noviembre de 2011, actualmente titular de la notaría número 6 de la Ciudad de México.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de igualdad*. III. *La igualdad en el Derecho*. IV. *La igualdad en el artículo 1º constitucional*. V. *La discriminación y la actuación de los jueces en el Derecho Civil*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliohemerografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En la reforma más importante en materia de Derechos Humanos introducida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, el 10 de junio de 2011, se establece el deber de todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Uno de esos derechos es, precisamente, el derecho a la no discriminación.

En el presente trabajo se analiza en primer lugar el concepto de igualdad, para posteriormente ver el papel que la misma juega en el Derecho, con el objeto de reconocer las desigualdades que le son inherentes al mismo.

Una vez hecho lo anterior, se delimita el concepto de discriminación, como una especie antijurídica de desigualdad, a la luz del texto de la Constitución, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y de la Jurisprudencia mexicana.

Finalmente se analiza el alcance de la reforma constitucional en materia de protección a los Derechos Humanos a propósito de la actuación judicial en materia civil.

1 Al sostener que *sólo puede ser igual lo que difere*, con ello queda dicho que la igualdad o la diferencia siempre se dan entre *dos* cosas cuando menos. En cuanto *uno* de los objetos comparados no es el otro, declaramos que son dos y no uno, y establecemos su *dualidad* por las diferencias que los separan. La *diferencia* es, por ende, el *primer supuesto* de la igualdad. Así lo indica el principio de que *sólo lo diverso puede ser igual*. O, para decirlo con Linke:

"Igual es lo diverso, en cuanto algo le es común." GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico", en B. Flores Imer (comp.), *Obras de Eduardo García Mányez 2. Filosofía del derecho*, El Colegio Nacional, México, 2012, p. 376.

2 Como ocurre por ejemplo con dos gotas de agua, que, en caso de tener un idéntico volumen, sólo podrían ser distinguidas por las distintas moléculas que las conforman, y en el supuesto hipotético de que éstas sean exactamente las mismas, serán distinguibles por el momento en que fueron creadas, siendo imposible que estén formadas por las mismas moléculas en el mismo tiempo y lugar.

3 Piénsese por ejemplo en una decena de naranjas que son compradas para preparar jugo. A pesar de que cada una de ellas es individualizable, tanto para el comprador como para el vendedor carece de todo sentido su individualización.

4 "Como todas las cosas —al menos en el orden del ser real— son, a la vez, iguales y desiguales, siempre será posible encontrar un fundamento, sea para tratarlas igualmente, sea para tratarlas

II. CONCEPTO DE IGUALDAD

La igualdad es la característica o conjunto de características comunes a dos o más entidades.

Se trata de un concepto relacional, pues presupone la comparación de cuando menos dos entes.

Siempre es relativa, lo que significa que entre los entes comparados, al mismo tiempo que existen características comunes, debe haber necesariamente otras que los diferencian.

Piénsese por ejemplo en dos automóviles. Es el caso que tienen un motor, cuatro llantas y dos puertas cada uno de ellos. Comparten esas características que los hacen en cierta medida iguales, pero tienen muchas otras que los distinguen, como podría suceder con el color, modelo, número de placas, año de fabricación, etcétera.

No es posible que dos entidades compartan la totalidad de sus características, sin excepción, pues en este caso, se estaría necesariamente frente a un único ser, lo que excluye por concepto la idea de igualdad.¹ En este supuesto se habla de identidad o individualidad, y viene a colación aquel principio lógico de que todo ente es idéntico a sí mismo, pero no se podría hablar en forma alguna de igualdad.

Continuando con el ejemplo del automóvil, podría suceder que los dos autos objeto del cotejo, compartan muchas más características como podría ser el color, marca, modelo, submodelo, año, incluso mes y día de fabricación, pero siempre se diferenciarán por su número de serie.

Llevando al extremo el ejemplo, podría suceder que por un error de fabricación ambos autos tengan el mismo número de serie o que carezcan de él. Incluso en este caso seguirían siendo dos entidades distintas, y podrían distinguirse por el hecho de su ubicación, dado que uno se encontrará en un lugar distinto al del otro, ya que nunca, por ningún motivo, podrían ocupar el mismo espacio a un mismo tiempo.

Ontológicamente todo ser es único, y por lo tanto, individualizable y distinguible de los demás. Puede ocurrir que la individualización sea muy complicada² o que carezca de sentido³ pero siempre será posible.

De lo anterior se puede concluir que ontológicamente, no existe la igualdad absoluta.

Lo que sí puede ocurrir es que dos o más entes compartan *la totalidad de las características de una categoría creada para un fin*, caso en el cual podrá hablarse de una igualdad absoluta, sin que esta sea una cualidad que se predique de los seres cotejados en su totalidad, sino únicamente de la parte de ellos que comprende la categoría en cuestión.⁴

Esta categoría creada para establecer una relación de igualdad entre dos o más entes se conoce como *tertium comparationis* o criterio de comparación.

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

Los criterios de comparación pueden ser muy variados y elegidos libremente por el autor de la categoría.

III. LA IGUALDAD EN EL DERECHO

La igualdad jurídica es una figura cuyo entendimiento y más aún aplicación práctica han generado por siglos múltiples problemas en el Derecho.

Si se parte de la idea de que el Derecho dota a la sociedad de un sistema de normas, principios, criterios y mecanismos para establecer lo que corresponde y dar a cada quien lo suyo, su diferencia con la igualdad de inmediato salta a la vista.

El Derecho preceptúa tratar igual a los iguales y desigual a los diferentes,⁵ ya que carecería de todo sentido un sistema jurídico en el que se trataran a todos de la misma forma, cumplieran o no con lo ordenado por la norma jurídica.⁶

De esta forma la igualdad se constituye como uno solo de los componentes del Derecho, vinculada esencialmente con su contraparte, la desigualdad o diferencia. Así como sería imposible comprender la categoría de arriba sin la de abajo, la de derecha sin la de izquierda, la de vivo sin la de inerte, igualdad y desigualdad se encuentran esencialmente relacionadas de tal forma que la una condiciona la existencia de la otra, como dos caras de una misma moneda.

La igualdad jurídica ha sido entendida de formas muy distintas a lo largo del tiempo. Su concepción actual tiene sus raíces en el iusnaturalismo racionalista ilustrado que alcanzó su formulación jurídica más clara en el artículo 1º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (Francia, 1789) al establecer que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

Tal concepción igualitaria surgió como una reacción al “antiguo régimen” caracterizado por conceder una serie de privilegios y distinciones a los hombres por razones basadas principalmente en la condición de su nacimiento, pero de ninguna forma pudo significar una desaparición de la desigualdad como elemento esencial del Derecho. Los hombres eran considerados iguales entre sí, pero seguía distinguiéndose entre ellos al hombre soltero del casado, al hombre de bien del delincuente, y a quien cumplía sus deudas de quien no —por poner algunos ejemplos—, y en la persona de cada uno de ellos se seguían surtiendo distintos efectos jurídicos.

Tal igualdad jurídica —a la que posteriormente se le añadió el calificativo de *formal*—, generó múltiples desigualdades entre los seres humanos en los planos económico, social, político y cultural. lo que tuvo por consecuencia el surgimiento de un nuevo modelo de igualdad —al que se dio el calificativo de igualdad *material* o *sustancial*— y

en forma distinta. La aplicación de una u otra de las dos especies de justicia no está, pues, condicionada por las cosas mismas (que pueden justificar una o la otra), sino por el *punta de vista* que el sujeto adopta al juzgarlas.” GARCÍA MÁYNEZ, *Op. cit.*, p. 400.

- 5 “...parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos sino para los desiguales. Ahora bien se prescinde de para quienes, y se juzga mal.” Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280, a.
- 6 “El primero de los cuatro modelos de la relación entre derecho y diferencia(s) es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*. Según él, las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades.” FERRAJOLI, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y diferencia de género*, Colección Miradas 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005, p. 8.

7 "...la experiencia de que no basta, aunque ello sea lo principal, con garantizar las libertades individuales, ni basta tampoco, aunque ello sea muy importante, con hacer también efectiva la democracia política. Con ser muy esenciales la libertad y la democracia política, parece que, por sí solas, no resuelven otros problemas muy angustiosos en la vida social: los que consisten en crear los medios materiales para que pueda darse de hecho una existencia humana para todos, es decir, los medios o condiciones que hagan posible que todos estén en situación de alcanzar un nivel humano de vida y la perspectiva de un desenvolvimiento progresivo." RE-CASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 21ª edición, Porrúa, México, 2013, p.523.

8 "A diferencia del primer, este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales... no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás." FERRAJOLI, *Op. cit.*, nota 6, p. 10.

9 Para Lucio Mendieta y Nuñez el Derecho Social es: "el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y

que consiste precisamente en el reconocimiento de las desigualdades fácticas de las personas, las cuales generan para el Estado la obligación de realizar *acciones afirmativas* con el objeto de conseguir una igualdad efectiva, de carácter económico, social, político y cultural.⁷

Este nuevo modelo, denominado por Luigi Ferrajoli de la "igual valoración jurídica de las diferencias"⁸ es el presupuesto que da origen al Derecho Social.⁹

Si se hace un análisis estrictamente jurídico de ambos de los modelos mencionados, se puede percibir que en lo que toca a la igualdad son idénticos, ya que en ellos sigue presente el imperativo de tratar igual a los iguales y obviamente, desigual a los distintos, recayendo su única diferencia en los *tertia comparationis* relevantes.¹⁰

La igualdad jurídica consiste en el derecho-deber de tratar igual a los iguales y desigual a los diferentes. Pero no es en ello donde radica su complejidad, sino en el hecho de determinar cuáles son los *criterios de comparación (tertia comparationis)* permitidos por el ordenamiento jurídico y sus alcances.

Como se señaló anteriormente, derivado de la naturaleza individual del ser, la cantidad de *criterios de comparación* es por demás extensa, lo que llevado al ámbito jurídico podría traducirse en abusos, ya que si las autoridades encargadas de generar el Derecho, —fundamentándose en la igualdad jurídica—, pudieran proceder a elegir y aplicar libremente los *criterios de comparación*, gozarían de una facultad sumamente maleable y por lo tanto, arbitraria a su favor.

Por lo anterior, en un sistema donde se preceptúa la igualdad jurídica, la elección de los criterios de comparación debe encontrarse restringida o se tornaría por abusiva, en inoperante.

En un sistema jurídico legalista es sólo a través de la legislación, acompañada de su proceso de creación democrático y expresada de manera clara y precisa, como se permite la inclusión de *criterios de comparación* igualitaria.

IV. LA IGUALDAD EN EL ARTÍCULO 1º CONSTITUCIONAL

Son muchas las disposiciones que se refieren a la igualdad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹ Es objeto del presente trabajo únicamente la regulada en el artículo 1º constitucional.

Por adición al texto original de dicho artículo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 14 de Agosto de 2001 se prohibió la discriminación, señalando enunciativamente distintas causas que la generan, mismas que fueron mínimamente modificadas por reformas publicadas el 24 de diciembre de 2006¹² y el 10 de junio de 2011,¹³ resultando el texto actual siguiente:

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

“Artículo 1o.

[...]

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

El primer elemento que hay que tener en cuenta es que la prohibición a la discriminación tiene la categoría de derecho humano, por lo que, de conformidad con lo establecido por el párrafo tercero del mismo artículo 1º constitucional, incorporado en la reforma publicada el 10 de junio de 2011, sus alcances se extienden a todo tipo de autoridad. El texto de dicho párrafo es el siguiente:

“Artículo 1o.

[...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”

Surge entonces la pregunta: ¿las disposiciones jurídicas que se refieren a la capacidad de ejercicio, son anticonstitucionales, ya que establecen una diferenciación por razón de edad y discapacidad?¹⁴

La respuesta desde luego es que no, ya que esta disposición prohíbe la discriminación mas no la desigualdad. La desigualdad no solamente no se encuentra prohibida, sino que —como se señaló anteriormente— le es incluso esencial al Derecho.

La discriminación es una especie de desigualdad. Se trata de una desigualdad antijurídica. Pero, ¿qué es lo que hace a una desigualdad antijurídica? La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en su artículo primero fracción tercera señala lo que se entiende por discriminación, en los siguientes términos:

“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la

procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo.” MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *Derecho Social*, Porrúa, México, 1980, p. 40.

De forma similar Gustav Radburch lo concibe en los siguientes términos: “La idea central en que el Derecho Social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.” RADBURCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 157.

10 “La idea de igualdad se usa en la discusión política tanto en enunciados de hecho, o lo que pretenden ser enunciados de hecho —que las personas son iguales—, como en enunciados de principios o metas políticas: que las personas *deberían* ser iguales, puesto que no lo son en el presente. Los dos tipos pueden estar, y frecuentemente están, combinados: la meta es entonces descrita como la de lograr un estado de cosas en el que las personas sean tratadas como los seres humanos iguales que de hecho ya son, pero que en sí no son tratadas como tales. En ambos usos, la idea de igualdad encuentra notoriamente la misma dificultad: que en un tipo de interpretación los enunciados en los que figura son demasiado fuertes, y en

otro tipo demasiado débiles, y es difícil encontrar una interpretación satisfactoria que se encuentre entre los dos.” WILLIAMS, Bernard, *En el principio era la acción. Realismo y moralismo en el argumento político*, Traducción de Adolfo García de la Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, p. 134.

- 11 Véase al respecto SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, Porrúa, México, 2011, pp. 99 y ss.
- 12 En dicha reforma únicamente se sustituyó el término “capacidades diferentes” por el de “discapacidades” actualmente empleado.
- 13 Únicamente se adicionó al término “preferencias” la palabra “sexuales”.
- 14 El Código Civil de la Ciudad de México establece:
 “Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:
 I. Los menores de edad;
 II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”
- 15 Se puede considerar que el carácter desproporcional que menciona la disposición, se encuentra implícito en su irracionalidad.
- 16 El origen del concepto de categoría sospechosa se encuentra subsumido en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica,

condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo:...”

Podríamos afirmar que de acuerdo con esta disposición, la discriminación es una distinción que tiene dos características: 1) Es Subjetiva (no objetiva); y 2) Es irracional.¹⁵

¿Qué da a una desigualdad el carácter de subjetivo? En principio, el hecho de que no se encuentre fundamentada en el Derecho Objetivo. ¿Realmente siempre tiene que estar fundamentada en una norma de Derecho Objetivo? La respuesta es no, como se verá a continuación.

El listado de motivos de discriminación contenido en el artículo 1º constitucional, ha recibido el nombre de categorías sospechosas¹⁶ y las mismas, según se ha pronunciado la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tienen en su contra la presunción de ser discriminatorias.¹⁷

Pero el listado de motivos discriminatorios del artículo 1º constitucional no es limitativo. En primer lugar, por la inclusión en la reforma publicada el 10 de junio de 2011 de los tratados internacionales como categoría interpretativa en materia de Derechos Humanos, con lo cual, si alguno de ellos contiene un motivo de discriminación distinto, el mismo forma parte del ordenamiento jurídico mexicano.¹⁸

En segundo, lugar porque el artículo 1º constitucional también prohíbe “cualquier otra [discriminación] que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

¿Lo anterior permite que el legislador prohíba motivos distintos de discriminación? La respuesta es afirmativa, siempre y cuando los mismos atenten contra la dignidad humana y tengan por objeto menoscabar derechos.¹⁹ Dicha facultad, por supuesto, se encontrará sujeta a los procesos democráticos de legislación, que garantizan que estas nuevas categorías emanen de órganos con representatividad.

¿Puede hacerlo la autoridad judicial? Al parecer sí, bajo las mismas condiciones.

¿Qué es lo que hace a una desigualdad irracional? Que carezca de racionalidad, lo cual es un tema mucho más controvertido. Se trata de un concepto filosófico respecto del cual ni la doctrina ni la jurisprudencia han sido capaces de dar una respuesta clara, sino sólo algunas guías para encontrarla.

La racionalidad es la característica que distingue al ser humano del resto de los animales. Aunque se ha cuestionado si existen otros ani-

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

males que comparten la racionalidad o una cualidad muy similar. Nos hemos convencido a nosotros mismos de que la nuestra, si no es distinta, indudablemente es superior a la de los demás. A pesar de ello es un concepto que nos sigue generando muchas dificultades.²⁰ Al respecto, Gerardo Mora Burgos señala:

“Por consiguiente, ¿qué debe significar la racionalidad en general? Demasiadas nociones específicas, conceptos diferenciados, sustanciales, formales y metódicos son traídos bajo esta expresión por diversos intérpretes, de manera que no se puede hablar de un significado unitario y claro. “Racionalidad en sí y en general” no parece ser un concepto unitario si uno va más allá de una intuición fundamental que puede ser delimitada en forma aproximada por medio de la expresión “racional” que se refiere de alguna manera a estrategias sistematizadas para la solución de problemas. Frecuentemente se incluye en esta intuición fundamental una medida de la eficiencia del logro de objetivos o de la argumentación, o por lo menos una orientación a puntos de vista más universales como valores, reglas generales, esquemas formales, etc.”²¹

Por su parte, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha sentado jurisprudencias en los siguientes términos:

“PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. El principio de igualdad tiene un carácter complejo al subyacer a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y último párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los artículos referidos son normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, estos poderes, en particular el legislativo, están vinculados al principio general de igualdad establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por otro, un mandato

para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley.” Entre otros casos pueden mencionarse: “*United States v. Caroleine Products Co.*,” “*Toyosaburo Korematsu v. United States*” y “*Bolling v. Sharpe*”. Para mayor abundamiento véase ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, “La noción de “categoría sospechosa” y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 2º semestre, [en línea] 2014, (sin mes): [Consultado el 28 de marzo de 2017] Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf>. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden consultarse los casos “*Atala Riffo y niñas v. Chile*,” “*Norin Catrimán y otros v. Chile*,” “*Almonacid y otros v. Chile*,” —entre otros—, para conocer los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a las categorías sospechosas y al escrutinio estricto que debe realizar el juzgador respecto de éstas.

17 **“IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando una ley contiene una distinción basada en una categoría sospechosa, es decir, en alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la

religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), el juzgador debe realizar un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, puesto que estas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello." *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.), Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1462, Jurisprudencia.

- 18 El segundo párrafo del artículo 1º constitucional, dispone lo siguiente: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."
- 19 Se sustituye la fórmula "tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas"; ya que una anulación es un menoscabo de alto grado, las libertades forman parte de los derechos y de éstos, sólo son titulares las personas.
- 20 El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones

de tratamiento desigual, que obliga al legislador a prever diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida."²²

"IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. FUNCIONES Y CONSECUENCIAS EN EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. La razonabilidad como principio aplicado al derecho, funge como herramienta: a) interpretativa, directiva o pragmática, en cuanto orienta la actividad de los creadores de las normas; b) integradora, en tanto proporciona criterios para la resolución de lagunas jurídicas; c) limitativa, ya que demarca el ejercicio de determinadas facultades; d) fundamentadora del ordenamiento, en cuanto legitima o reconoce la validez de otras fuentes del derecho; y, e) sistematizadora del orden jurídico. Además, dicho principio exige una relación lógica y proporcional entre los fines y los medios de una medida, por la cual pueda otorgarse legitimidad. Así, de dicha relación derivan las siguientes consecuencias: I) la razonabilidad reestructura la base de una serie de criterios de análisis que integran todos los juicios necesarios para comprender la validez de una medida; II) opera como pauta sustancial de validez y legitimidad en la creación normativa, en su aplicación e interpretación, y para esto, los juzgadores que tienen esta potestad deben analizar la norma de modo que ésta guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales; además, para que la norma sea válida, es necesario que esté de acuerdo con las finalidades constitucionales o de derechos humanos y con sus principios. En este sentido, un completo control de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial; y, III) busca trascender la idea de que el control de razonabilidad es una mera ponderación o análisis de proporcionalidad, entre principios, ya que si bien ésta puede ser una propuesta plausible para la razonabilidad en la interpretación, en cuanto control material de constitucionalidad y derechos humanos, *se trata más bien de una herramienta que pretende examinar la relación entre los medios y fines mediatos e inmediatos de una medida, que debe ser proporcionada, pero no se limita únicamente a esto; además, debe analizarse la legitimidad de la finalidad, pues no cualquier finalidad propuesta es compatible con la esencia y los fines de los derechos humanos de fuente nacional e internacional*

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

y el logro de sus objetivos. Juego, para un análisis acabado, resulta imprescindible examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales, de acuerdo con la finalidad de máxima eficacia de la Constitución y lograr la armonización de los derechos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que se opone a entender que los derechos están en conflicto. En ningún caso puede postergarse un derecho, ya que quien tiene derecho merece protección.²³

Los elementos que tanto la Doctrina como la Jurisprudencia brindan a propósito de la racionalidad, es que debe obtenerse a partir de la finalidad buscada por la norma jurídica²⁴ y que se trata de una categoría abierta, es decir, en la que existe un amplio margen de deliberación por parte del aplicador del Derecho.

V. LA DISCRIMINACIÓN Y LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES EN EL DERECHO CIVIL

El *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* de 1928, contenía en sus disposiciones preliminares una disposición en materia de igualdad a propósito de la capacidad del hombre y la mujer. Dicha disposición —que actualmente continúa con idéntico contenido en el *Código Civil Federal*— es del tenor siguiente:

“Artículo 20.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.”

Cabe recordar que en los *Estados Unidos Mexicanos* el Derecho Civil es materia local, por lo que habrá que revisar los códigos y legislación de cada Entidad Federativa para ver cuál es su contenido en materia de igualdad.

Las consideraciones de este trabajo se basan en las disposiciones del Código Civil de la Ciudad de México.²⁵ No obstante ello, las consideraciones referentes a la aplicación del artículo 1º constitucional lo son también para las otras Entidades Federativas, por el carácter federal de esta última norma.

Así, el artículo 2º del Código Civil de la Ciudad de México prohíbe la restricción de derechos por razón de algunas categorías, en los siguientes términos:

“Artículo 2.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad

que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de la racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías del razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones mediante las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer. No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.” BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Fabra Zamora,

Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Serie Versiones de Autor 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 416-417.

- 21 MORA BURGOS, Gerardo, "Racionalidad y tipos de racionalidad", en *Revista de Filosofía (Universidad de Costa Rica)*, No. 103, Vol. 41, p. 95, [en línea] 2003, (sin mes): [Consultado el 28 de marzo de 2017] Disponible en: <http://www.inf.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XLI/No.%20103/Racionalidad%20y%20tipos%20de%20Racionalidad.pdf>.
- 22 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 2a./J. 64/2016 (10a.), Libro 31, Tomo II, junio de 2016, p. 791, Jurisprudencia. [Énfasis añadido].
- 23 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 1a. CCCLXXXV/2014, (10a.), Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 719, Tesis Aislada. [Énfasis añadido].
- 24 "Así el derecho no sólo puede, sino que debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio á todos los enfermos; adapta el remedio á la enfermedad. De igual manera el derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones, las adapta al estado del pueblo, á su grado de civilización, á las necesidades de la época. Imaginarse que el derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todos los enfermos al mismo tratamiento. Un derecho universal para todos los pueblos, para todas

de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos."

Aunque esta disposición no utiliza el término discriminación, por las razones antedichas, resulta obvio que no podría estar prohibiendo las diferenciaciones en absoluto —ya que estas le son esenciales al Derecho—, sino únicamente las que resultan antijurídicas, es decir, discriminatorias.

Independientemente de lo dispuesto por el artículo 2º del Código Civil, como ya se señaló anteriormente, por así disponerlo el tercer párrafo del artículo 1º constitucional, y por el principio de jerarquía normativa, todas las autoridades, sean federales o locales, ejecutivas, legislativas o judiciales, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la no discriminación, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.²⁶

Es momento de atender a la siguiente interrogante: ¿cómo deben proceder en estos casos las autoridades judiciales en materia civil? La siguiente tesis aislada es por demás explicativa:

"CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.

De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplicia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso

y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica): *no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.*¹²⁷

Las categorías sospechosas se encuentran reconocidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte y por la legislación federal y local.

A pesar de ello, no es necesario que una categoría sospechosa tenga un reconocimiento expreso, ya que pueden incorporarse al ordenamiento jurídico nuevas categorías por parte de los jueces, las cuales, tendrán tal carácter y permitirán la no aplicación de una disposición legal cuando cumplan los siguientes requisitos: 1) Generen desigualdad; 2) Sean objetivas; 3) Sean irracionales; y 4) Atenten contra la dignidad humana.²⁸

Los requisitos que limitan tal facultad judicial distan por mucho de ser claros y precisos.

Las posibilidades de encontrar una desigualdad son amplísimas, pues como ya se señaló anteriormente, los criterios de comparación (*tertia comparationis*) ontológicamente hablando son prácticamente ilimitados. Permiten hacer comparaciones y crear categorías a partir de cualquier característica del ser.

Tampoco queda claro en este caso en qué consiste el carácter objetivo que debe tener la desigualdad. Dicho requisito lo establecen la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Jurisprudencia.

No puede entenderse por objetivo el hecho de que el supuesto de desigualdad esté reconocido en una fuente formal del Derecho, ya que estamos precisamente en el supuesto en que falta tal reconocimiento y el juez va a incorporar la causal de discriminación al ordenamiento jurídico.

En su connotación coloquial, algo es objetivo cuando existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce, con independencia de la propia

las épocas, corresponde a la panacea universal para todas las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios (*Stein der Weisen*), pero que solamente los locos se ocupan de buscar." VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Librería General de Victoria-no Suárez Calle de Preciados núm. 48, Madrid, 1883, p. 272.

25 En lo sucesivo Código Civil.

26 **"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO.** Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las

tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un

manera de pensar o de sentir. En el caso de las categorías sospechosas no reconocidas por el ordenamiento jurídico, es precisamente el juez quien debe constatar si las mismas existen y siempre debe actuar con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. Si se equivoca en su determinación, para ello existen los recursos jurídicos correspondientes hasta que la resolución adquiera definitividad.²⁹

Los conceptos de irracionalidad y dignidad humana³⁰ son de raigambre filosófica y su delimitación no está exenta de múltiples cuestionamientos. La jurisprudencia ofrece el concepto de dignidad humana siguiente:

“DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.”³¹

La anterior facultad genera aún varios cuestionamientos al momento de su aplicación práctica. A continuación se analizan algunos ejemplos.

El Código Civil da preferencia para ser adoptantes en igualdad de condiciones a los mexicanos sobre los extranjeros.³² ¿Se está estableciendo una desigualdad irracional en contra de los extranjeros dado que sus circunstancias para adoptar son iguales o es racional preferir a los mexicanos por su mayor afinidad cultural con el adoptado en caso de que sea mexicano? ¿Se está discriminando por razón de nacionalidad?

Libro completo en: <https://goo.gl/5AH8SM>

¿Se viola el derecho humano que protege la organización y desarrollo de la familia?

El Código Civil otorga preferencia a la madre respecto del padre en la guarda y custodia de los hijos menores de 12 años en caso de divorcio.³³ ¿Se está discriminando al hombre en razón de su sexo? ¿Existe motivo para la distinción en caso de que el menor haya rebasado la edad de lactancia? ¿Existen razones científicas o culturales que favorecen la custodia de la madre? ¿Se vulnera el derecho humano del padre al desarrollo de la familia? ¿Es irracional dado que existen hombres que se hacen cargo solos de sus hijos menores de 12 años? ¿Es irracional en la medida en la que el padre puede probar que se ha hecho cargo exitosamente de su hijo menor de 12 años o podría hacerlo?

El Código Civil exige a los padres biológicos la mayoría de edad para reconocer a un hijo.³⁴ ¿Se les discrimina por razón de su edad? ¿Es racional que habiendo procreado biológicamente no puedan establecer filiación jurídica por razón de su edad, cuando son igualmente padres que quienes son mayores de edad? ¿No se les debió privar sólo de la patria potestad y no así de la filiación? ¿Se vulnera el derecho humano a la organización y desarrollo de la familia? ¿Se vulnera el derecho humano del menor a su identidad o realmente se le protege? ¿Se está protegiendo el interés superior de éste? ¿Se restringe el ejercicio del derecho humano a los alimentos el menor?

El Código Civil permite generar parentesco consanguíneo por reproducción asistida en los siguientes términos:

“Artículo 293.-...

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.”

Se excluye al hombre que busca generar solo el parentesco consanguíneo y no así a la mujer. También se excluye a las parejas homosexuales y no así a las heterosexuales. Tales disposiciones: ¿son violatorias del derecho humano que protege la organización y el desarrollo de la familia? ¿Discriminan irracionalmente por razón del sexo? ¿Discriminan irracionalmente por razón de las preferencias sexuales? ¿Realmente son racionales dado que pretenden imitar en la medida de lo posible los métodos naturales? ¿Realmente lo logran?

Con los anteriores ejemplos se pone de manifiesto el hecho de que los límites de la facultad antidiscriminatoria de los jueces no son claros, principalmente porque en mayor o menor medida la racionalidad se en-

inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad

y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados." *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.), Libro 1, Tomo II, diciembre de 2013, p. 933, Jurisprudencia.

27 *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 10ª Época, Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1647, Tesis Aislada. [Énfasis añadido].

28 Preferí eliminar de la fórmula usada por el legislador constitucional el que "Tengan por objeto menoscabar un derecho" ya que parto de la idea general de que ello es un presupuesto general del ilícito civil.

cuentra presente en todas las disposiciones comentadas, lo que permite pensar que la verdadera acción del juez no debe ir enfocada a encontrar una norma irracional, sino a ponderar las razones a favor y en contra de aplicar o dejar de aplicar una determinada norma jurídica.³⁵

VI. CONCLUSIONES

La autoridad judicial en materia civil se encuentra facultada, en ejercicio y cumplimiento del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, para de oficio valorar y resolver sobre la no aplicación a casos concretos de las disposiciones legales que considere discriminatorias por violar Derechos Humanos.

Se trata de un matiz al sistema legalista en beneficio de la judicialización del Derecho Civil mexicano. Redunda en beneficio de los destinatarios de las normas jurídicas, pues se trata de una nueva herramienta para reafirmar el respeto y vigencia de los Derechos Humanos.

Desafortunadamente, los límites en la aplicación práctica de dicha facultad aún no están claros. Constituye una categoría abierta, cuyos alcances todavía no se encuentran claramente establecidos y por ello pondrá a prueba la eficacia de los medios de control de la juridicidad de las resoluciones judiciales, para que permanezcan siempre apegadas a Derecho.

Presupone el conocimiento y cultura de fomento al respeto de los derechos humanos por los jueces en materia civil, pero no solamente por parte de ellos, sino también de todo intérprete y aplicador del mismo.

Se trata de un nuevo modelo que impone el reto de revisar todas nuestras opiniones y actuación con el objeto de replantearlas a través del crisol de los derechos humanos.

"DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus

niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, **también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).**¹³⁶

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

LIBROS

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdez. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ARISTÓTELES, *Política*, traducción y notas de M. García Valdés, Gredos, Madrid, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Serie Versiones de Autor 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y diferencia de género*, Colección Miradas 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico”, en B. Flores Imer (comp.), *Obras de Eduardo García Máynez 2. Filosofía del derecho*, El Colegio Nacional, México, 2012.

HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 176 y ss. Disponible en: http://sistemas2.dti.uaem.mx/evadocente/programa2/201639/documentos/EL_CONCEPTO_DE_DERECHO_-_HERBERT_L_A_HART.pdf.

29 A propósito de los conceptos de definitividad e infalibilidad en las decisiones judiciales, Herbert Hart realiza una comparación entre los criterios de los jueces y los juegos competitivos en los siguientes términos: “Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se “equivocó” carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad...”

Al igual que los cambios que se operan al pasar de un régimen consuetudinario a un sistema jurídico maduro, la introducción en el juego de reglas secundarias que instituyen un tanteador cuyas resoluciones son definitivas, aporta al sistema un nuevo tipo de enunciado interno; porque a diferencia de los enunciados de los jugadores respecto del número de tantos convertidos (*score*), las determinaciones del tanteador tienen asignado, por virtud de reglas secundarias, un status que las hace indiscutibles... La institución de un tanteador puede colocar a los jugadores en una situa-

ción difícil: el deseo de que el juego sea regulado, como antes, por la regla de tanteo, puede entrar en conflicto con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad definitiva. El tanteador puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla de tanteo en la mejor forma posible. Por cualquiera de esas razones puede decidir que se ha convertido un tanto cuando no ha ocurrido ningún hecho que justifique tal decisión. Es posible adoptar provisiones para corregir sus fallos mediante apelación a alguna autoridad superior; pero esto tiene que terminar alguna vez en una decisión con autoridad definitiva, que será dictada por seres humanos fallibles, y llevará así consigo el mismo riesgo de error honesto, abuso o violación.

Es imposible proveer mediante reglas a la corrección de las infracciones a todas las reglas. Los riesgos inherentes en la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo, pueden materializarse en cualquier esfera.³⁰ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 176 y ss. Disponible en: http://sistemas2.dti.uaem.mx/evadocente/programa2/201639/documentos/EL_CONCEPTO_DE_DERECHO_-_HERBERT_L_A_HART.pdf.

30 "La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraría también la afirmación positiva de pleno

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Derecho Social*, Porrúa, México, 1980.
RADBURCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 21ª edición, Porrúa, México, 2013.

SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, Porrúa, México, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.

VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Librería General de Victoriano Suárez Calle de Preciados núm. 48, Madrid, 1883.

WILLIAMS, Bernard, *En el principio era la acción. Realismo y moralismo en el argumento político*, Traducción de Adolfo García de la Sienna, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

REVISTAS

ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, "La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 2º semestre. [en línea] 2014, (sin mes): [Consultado el 28 de marzo de 2017] Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n43/a13.pdf>.

MORA BURGOS, Gerardo, "Racionalidad y tipos de racionalidad", en *Revista de Filosofía (Universidad de Costa Rica)*, No. 103, Vol. 41, p. 95, [en línea] 2003, (sin mes): [Consultado el 28 de marzo de 2017] Disponible en: <http://www.inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XLI/No.%20103/Racionalidad%20y%20tipos%20de%20racionalidad.pdf>.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Vol. 7, No. 2, 2009.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Código Civil Federal

Código Civil de la Ciudad de México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

SITIOS ELECTRÓNICOS

Suprema Corte de Justicia de la Nación

desarrollo de la personalidad de cada individuo". NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en Revista Estudios Constitucionales, Chile, Vol. 7, No. 2, 2009, p. 145.

31 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 1a/JJ. 37/2016 (10a.), Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 633, Jurisprudencia.

32 "Artículo 410 F.- En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros."

33 "Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes;... B. Una vez contestada la solicitud: ...

[...]

II.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos..."

34 "Artículo 361.- Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio."

"Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad."

35 Para Robert Alexy la ponderación consiste en "el "sopesamiento" de los intereses opuestos que entran en colisión para determinar cuál debe preferirse en el caso concreto y en qué medida". ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

En relación al tema de la ponderación es pertinente hacer alusión a las ideas del jurista argentino Rodolfo Vigo: "En cambio cuando las tensiones se dan entre principios, la preferencia de uno no trae aparejada la muerte jurídica del otro, sino simplemente su desplazamiento circunstancial por lo que nada impide que en un nuevo caso futuro la preferencia sea distinta.

Poco avanzamos sosteniendo que cuando se privilegia un derecho sobre otro, ambos permanecen en el derecho vigente e igualmente disponibles para futura elección. El problema en realidad es otro, y consiste básicamente en procurar algún criterio objetivo y previsible que indique cuál de los derechos en conflicto debe elegirse." VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, p.156.

36 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: XXVII.3o. J/23 (10a.), Libro 15, Tomo III, febrero de 2015, p. 2257, Jurisprudencia. [Énfasis añadido].