



28

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD
CONSTITUCIONAL: MANIFESTACIONES
Y PROBLEMAS APLICATIVOS**

Miguel Carbonell

DERECHO CONSTITUCIONAL

Octubre de 2002

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. ❖ D. R. (C) 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-74-63/64 exts. 703 o 704, fax 56-65-34-42.
www.juridicas.unam.mx

15 pesos

DR © 2002.

Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.

CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. Niveles de análisis de la igualdad	1
III. Las modalidades jurídicas del principio de igualdad.....	3
IV. Problemas aplicativos	4
V. Bibliografía	12

*Para Marisa Iglesias y Neus Torbisco,
por su generosa hospitalidad mediterránea*

I. INTRODUCCIÓN

El de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho. Su incidencia en el campo de los derechos humanos, como se intenta demostrar en las páginas que siguen, es central por muchos motivos. Aparte de que el derecho a obtener un trato igual (en sus diversas manifestaciones) está protegido como tal en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, dicho trato se convierte en la práctica en un pre-requisito para el disfrute efectivo de muchos otros derechos.

La de igualdad es una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada, casi siempre, por posicionamientos ideológicos. Se ha dicho que en la actualidad es quizá el único signo distintivo de lo que se conoce como la “izquierda política”.¹

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado. El primer artículo de que lo que, junto con la Constitución norteamericana de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

Para su mejor entendimiento, sin embargo, creo que es oportuno distinguir entre los posibles y distintos niveles de análisis que puede tener la igualdad.

II. NIVELES DE ANÁLISIS DE LA IGUALDAD

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci (1992, pp. 85-87²):

a) Un primer nivel es el lógico-lingüístico. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta “¿igualdad en qué sentido?”. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad, de determinar sus usos lingüísticos.

b) El segundo nivel es el filosófico-político. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: “¿porqué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los

¹ Los vínculos entre la igualdad y la izquierda han sido recordados recientemente por Norberto Bobbio, 1998.

² Un análisis muy completo y detallado, en el que se apoya también Comanducci, se puede ver en Westen, 1990.

distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que existen.

En este segundo nivel, Ronald Dworkin ha distinguido la “igualdad económica” de la “igualdad política” (1993, pp. 478 y ss.; 2000, *passim*). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar —desde el punto de vista político— el significado de esa igualdad (Bovero, 2000, p. 14). En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas que pertenecen a una comunidad —o la amplia mayoría de ellas— pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular. Consecuencia de este significado de la igualdad política es el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisonal”, como resultado del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*” (Bovero, 2000, p. 16).

c) El tercer nivel es el jurídico, que es sobre el que se va a centrar la exposición de las páginas siguientes. Se trata de contestar a la pregunta de “¿cómo lograr la igualdad?”. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales, desde el punto de vista de la dogmática constitucional no tenemos la necesidad de justificarlo como valor³, sino de explicar las condiciones para aplicarlo.

La vertiente jurídica del estudio de la igualdad debe afrontar la cuestión de las diferentes manifestaciones —jurídicas— del principio. Esto supone el análisis de los tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad, cuestión que es abordada en el siguiente apartado.

³ La concepción de la igualdad como “fundamento” de los derechos fundamentales se encuentra en Ferrajoli, 2001. Ferrajoli define la igualdad jurídica como “la igual titularidad de situaciones jurídicas —desde los derechos fundamentales hasta las prohibiciones penales— provenientes de su atribución, a la clase de sujetos entre los que se predica, en la forma de reglas generales y abstractas”.

III. LAS MODALIDADES JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Los ordenamientos jurídicos contemporáneos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, recogen de muy diferentes formas en principio de igualdad. Varias de esas formas han sido de reciente creación, mientras que otras se encuentran, como ya se ha señalado, en los primeros textos del constitucionalismo moderno, dentro de lo que Peter Häberle ha llamado “la hora inaugural” del Estado constitucional (Häberle, 1998).

Son cuatro los principales tipos de normas jurídicas que contienen mandatos de la igualdad en general:

A) *El principio de igualdad en sentido estricto*, ya sea como valor o como principio. Los ejemplos que se podrían poner de esta modalidad son innumerables. Comienzan en el ya citado artículo 1 de la Declaración francesa de derechos de 1789. Más recientemente se encuentran en los artículos 1 (que lo considera un “valor superior del ordenamiento jurídico”) y 14 de la Constitución española de 1978 (“Los españoles son iguales ante la ley...”) y en casi todas las constituciones emanadas durante el siglo XX⁴.

B) *El mandato de no discriminación*. Se trata de una variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran como “especialmente odiosos” o sospechosos de violar ese principio general si son utilizados por algún mecanismo jurídico (ya sea, por mencionar algunos casos, en una ley, una sentencia o un contrato). Un par de ejemplos de este tipo de normas, en el ámbito internacional, se encuentran en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone: “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se establece: “Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

C) *La igualdad entre el hombre y la mujer*. Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad entre el

⁴ Una lista de los principios de igualdad en diversos ordenamientos constitucionales puede verse en Carbonell (2002).

hombre y la mujer (Beltrán *et al.*, 2001). Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, no fue logrado en países como Suiza sino hasta 1971). La sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas legislaciones en comparación con el hombre, hizo que en algunas cartas constitucionales se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexo. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un párrafo sencillo pero contundente en su artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

D) *La igualdad sustancial*. El estadio más reciente en el recorrido de la igualdad a través del texto de las constituciones más modernas se encuentra en el principio de igualdad sustancial, es decir, en el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa. Hay dentro de esta cuarta modalidad al menos dos distintos tipos de preceptos; unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana. Entre los segundos está el importante y polémico agregado de 1999 al artículo 3o. de la Constitución francesa, que ha dado lugar a importantes cambios en la legislación electoral de ese país (al respecto, Carrillo, 2002; Pizzorusso y Rossi, 1999); el texto en cuestión dispone que “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4o. de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3o. dentro de las condiciones que establezca la ley. Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas cuotas electorales de género, cuyo estudio se emprende en párrafos posteriores.

IV. PROBLEMAS APLICATIVOS

Los problemas aplicativos del principio se producen sobre todo con el segundo y el cuarto de los incisos apuntados; es decir, con el mandato de no discriminación y con la igualdad sustancial.

1. *La no discriminación*

Como ya se ha mencionado, la prohibición de discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero en general hacen referencia a: A) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en esa virtud, no pueden modificar, o B) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa. Entre las primeras estarían las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico o nacional, sexo, etcétera; en el segundo supuesto se ubicarían las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso.

En México el principio de igualdad se encuentra recogido de diversas maneras en el texto constitucional de 1917 (por ejemplo en el artículo 1 párrafo primero que prevé el igual goce de derechos fundamentales, en el artículo 4 a propósito de la igualdad entre el hombre y la mujer o en el artículo 13 mediante la prohibición de leyes especiales, entre otros), pero hasta hace poco no lo estaba a través de la prohibición de discriminar. Fue por medio de la reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que se incorporó en el texto de la constitución mexicana una cláusula de no discriminación; a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación) el párrafo tercero de dicho artículo dispone lo siguiente: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, 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”.

Del párrafo recién transcrito conviene subrayar varios aspectos; en primer lugar, la notable ambigüedad con que se recogen algunos de los términos (como por ejemplo en el caso de las “capacidades diferentes” o de las “preferencias”); en segundo término, es importante mencionar que el propio artículo expresamente señala que la lista de cualidades que enumera no es limitativa, de forma que podrá haber otras que también estén prohibidas si atentan contra la dignidad humana y tienen por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Una de las cuestiones más arduas en el tema de la discriminación es definir el propio concepto de discriminación. Para hacerlo, puede acudir a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que ofrecen ciertas pautas definitorias. Así por ejemplo, como lo recuerda el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en 1989), el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de vida pública. En sentido parecido, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que por “discriminación contra la mujer” se debe entender toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera.

En un Anteproyecto de Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación y dado a conocer en México a finales de 2001, se adoptó la siguiente definición de discriminación, tomando en cuenta — aunque no reproduciendo literalmente— el artículo 1 párrafo tercero de la Constitución de 1917: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas” (artículo 4 del Anteproyecto); el mismo artículo, en su párrafo tercero, añadió a la definición de discriminación un concepto que a veces pasa desapercibido pero sobre el que vale la pena llamar la atención; se trata de la discriminación que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad. El texto de ese párrafo es el siguiente: “Asimismo, será considerada discrimina(toria) toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad” (el texto completo del Anteproyecto puede consultarse en Carbonell, 2002).

Una fórmula conceptual distinta es la que utiliza el artículo 1o. de la Ley 23.592 de Argentina (ley antidiscriminatoria); su texto es el siguiente: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

“A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

El principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también, con algunas matizaciones, para los particulares (así lo reconoce, por ejemplo, la sentencia 241/1988 del Tribunal Constitucional español); de esta forma, por mencionar algunos casos, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo) o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquilarla a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar (ver al respecto la sentencia 177/1988 del Tribunal Constitucional español).

La aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que es en las relaciones sociales más diversas donde se genera un porcentaje importante de las conductas discriminatorias. La discriminación es un fenómeno social, antes que jurídico (Bilbao, 1997, p. 398) y la actuación del ordenamiento jurídico debe atender esa realidad.

Una de las cuestiones más debatidas de los últimos años en torno a la prohibición de discriminar tiene que ver con la forma en que su violación puede ser reparada; concretamente, el tema que preocupa de forma insistente es el de los efectos de una sentencia de la jurisdicción constitucional que anule una norma por ser discriminatoria. En algunos casos, el efecto de esa sentencia puede ser el de extender el supuesto de la norma a sujetos hasta entonces *irrazonablemente* excluidos de ella; en otros puede llevar a la simple anulación de la norma, retirando un derecho o prerrogativa que había sido reconocido de forma discriminatoria. Bajo ciertas condiciones, incluso, la sentencia puede conllevar importantes costes económicos para el Estado, con las consiguientes consecuencias para el principio de reserva de ley en materia presupuestaria o con la posible invasión de competencias del juez constitucional en perjuicio del parlamento.

2. Cuotas electorales y acciones afirmativas

Por lo que hace a las acciones afirmativas, uno de los puntos principales de debate que se ha generado por su aplicación lo constituye el tema de las cuotas electorales por razón de género.

Las cuotas electorales por razón de género son una especie dentro del concepto más amplio de las acciones afirmativas. Tales cuotas son la reserva que hace normalmente la ley electoral y excepcionalmente la Constitución para que ningún género pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos. Para algunos autores, las cuotas electorales de género forman parte de las medidas de “discriminación inversa”, que a su vez sería una variedad específica de las acciones positivas ya mencionadas (Rey Martínez, 1995, pp. 84-85).

Así por ejemplo, se puede establecer una representación asegurada mínima para cada género de un 30% de escaños, al prohibir que un sólo género tenga más del 70% de los lugares disponibles; a este tipo de cuota de género se le puede llamar de “representación umbral”, en tanto que no registra con exactitud el porcentaje de hombres y mujeres que existen —normalmente— en las sociedades contemporáneas, sino que, de manera más simple, se limita a asegurar para cada género un *umbral mínimo* de representación. Distinto es el caso de las cuotas que establecen un 50% de escaños para cada género; en este caso se trata de un caso de las llamadas “cuotas duras”, que más que pretender una “representación umbral”, buscan la identidad de los géneros en la repartición de escaños, al establecer una medida lo más parecida posible al porcentaje efectivo de población de hombres y mujeres.

Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos; el promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda el 12%; en Europa se ubica sobre el 15%, pero en los países árabes apenas es significativo. En México dicho porcentaje alcanzó el 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000). Es en este contexto histórico y político concreto en el que surge la discusión sobre las cuotas de género, las cuales sin duda alguna forman parte de la agenda pública de muchos países, incluyendo desde luego a México.

Las cuotas electorales de género, como en general las acciones afirmativas, han producido un debate muy intenso en la teoría constitucional de los últimos años. Los argumentos a favor y

en contra de las cuotas, sobre los que se abunda enseguida, parecen irreductibles y los distintos puntos de vista mantienen posiciones diametralmente opuestas.

Los argumentos que con mayor frecuencia se suelen esgrimir contra las cuotas electorales de género son los siguientes (sigo la exposición de Aguiar, 2001):

a) Las cuotas violan el principio de igualdad. Los críticos de las cuotas consideran que vulneran el principio de igualdad al no respetar las mismas oportunidades de acceso a puestos representativos para los hombres y las mujeres; para este punto de vista, todos los seres humanos deberían ser tratados de la misma forma y la distribución de recursos que implicaran una visión de la justicia social se debería realizar sin atender a cuestiones de género. La respuesta para esta objeción es que el principio de igualdad no puede considerarse como simetría absoluta y que la idea de una igualdad puramente formal, que no atendiera a las discriminaciones que de hecho existen en nuestras sociedades, acabaría conculcando el objetivo de alcanzar una sociedad justa. Lo cierto, además, es que con las cuotas se intenta reparar una *probabilidad objetiva* que pesa en contra de las mujeres, de acuerdo con la cual —según lo demuestran las estadísticas— la posibilidad real que tienen de acceder a cargos representativos es notablemente menor que la que tienen los hombres; como afirma Rey Martínez (1995, p. 1) “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás”. En este contexto, se puede concluir que las cuotas, más que vulnerar el principio de igualdad, en realidad lo afianzan, en la medida en que lo hacen real, ya que impiden una consolidada y permanente discriminación por razón de sexo en contra de las mujeres.

b) Las cuotas no son neutrales y usan un criterio prohibido para diferenciar entre las personas, como lo es el sexo. Esta crítica parte del supuesto de que el derecho y las actividades estatales deben ser neutrales con respecto a algunas características de las personas, como lo pueden ser el sexo, la raza, el origen étnico o nacional, entre otros. La realidad, sin embargo, es que esa neutralidad no existe en la práctica y que los grupos vulnerables o discriminados lo son en buena medida porque no existen incentivos sociales o institucionales que les ofrezcan competir en igualdad de oportunidades con otras personas. Además, las sociedades actuales no son neutrales con relación al género, entendiéndose por tal el rol que socialmente se asigna a los hombres y a las mujeres; de esta forma, las mujeres desempeñan roles asociados a la vida privada (cuidado de niños y ancianos, mantenimiento del hogar, etcétera) y los hombres asumen roles en la vida pública (el tema de los roles sociales para efectos de la discriminación por razón de sexo ha sido abordado en el caso *Stanton v. Stanton* fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1975 y ha vuelto aparecer en los casos *Craig v. Boren* de 1976, *Califano v. Wescott* de 1979 y *Orr v. Orr* del mismo año, entre otros). Esta separación de ámbitos de actuación ha supuesto para las mujeres una relegación importante en el campo político, que es justamente lo que tratan de evitar las cuotas electorales. Se podría decir que tal vez las cuotas no son neutrales con respecto al sexo, pero sí respecto al género.

c) Las cuotas son paternalistas. Los críticos de las cuotas afirman que se trata de medidas que consideran a las mujeres como seres indefensos o como menores de edad, que necesitan de la ayuda del ordenamiento jurídico para poder competir con los hombres. En realidad, sucede aproximadamente lo contrario, es decir, porque se considera que las mujeres son igual o más capaces que los hombres para desempeñar cualquier cargo público es por lo que se crean las

cuotas, que como se dijo, tienden a disminuir una *probabilidad objetiva* que opera actualmente contra las mujeres. Las cuotas no se crean porque se piense que las mujeres tienen menos méritos, sino porque las relaciones de poder realmente existentes en nuestras sociedades les impiden aplicar esos méritos en las instituciones representativas.

d) Las cuotas no respetan los criterios de mérito. Se afirma por sus críticos que las cuotas no toman en cuenta el mérito de las personas, sino simplemente su sexo a la hora de distribuir las posibilidades de acceder a cargos públicos electivos. La respuesta a esta objeción es que el mérito, siendo sin duda importante, no puede ser el único criterio para la distribución de beneficios sociales. Puede suceder incluso que el mérito sea un criterio injusto si la situación de partida de dos personas o de dos grupos no es equitativa. A la crítica del mérito se suele acompañar el argumento de que las mujeres ya han logrado avanzar mucho en los distintos ámbitos públicos y que es solamente una cuestión de tiempo para que tengan mayor presencia en los parlamentos y cámaras legislativas; en realidad, los datos demuestran que incluso en sociedades en donde la emancipación de las mujeres se realizó hace muchos años, los cambios siguen sin producirse y la diferencia entre hombres y mujeres sigue siendo muy importante (Francia es el mejor ejemplo). Por otro lado, es importante señalar que en materia política los méritos son más difícilmente medibles que en otros campos, pues no hay criterios objetivos que nos puedan indicar si una persona será o no un buen representante popular. Además, si el mérito ha sido hasta ahora el criterio con el que se han integrado los órganos públicos, habría que empezar a cuestionarlo a la vista de los pobres resultados que ha generado y del desencanto que la gente tiene sobre sus representantes populares. La evaluación de los méritos que actualmente hacen nuestras sociedades puede y debe ser cuestionada, pues en muchos aspectos es obvio que no está dando buenos resultados. En relación al criterio de mérito, Elena Beltrán afirma que “Es difícil la defensa, desde un punto de vista moral, de la idea de que alguien merece una posición particular porque está cualificado desde un punto de vista objetivo, si pensamos en el mérito como una construcción social que refleja una serie de factores sobre los cuales el individuo no tiene control, como el talento, el entorno familiar, la educación recibida, los recursos económicos o la socialización en los roles de género” (2001, p. 236).

La justificación de las cuotas electorales de género procede, según Alfonso Ruiz Miguel, de dos tipos de razones: “en cuanto al fin, las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración; en cuanto al medio, facilitar el acceso a puestos socialmente importantes puede ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, si no de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión... ofreciendo nuevos modelos de *rol* más igualitarios para las generaciones más jóvenes” (1999, p. 48).

Por lo que hace al derecho comparado se puede ver que, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana y el Consejo Constitucional francés se han pronunciado por la inconstitucionalidad de las cuotas cuando las leyes electorales que las prevenían fueron impugnadas; en el caso francés, se tuvo incluso que reformar la Constitución de 1958 para poder darles cobertura constitucional. Recientemente, algunas comunidades autónomas españolas

también han introducido cuotas de género en sus leyes electorales, las cuales han sido recurridas ante el Tribunal Constitucional.

En México las cuotas electorales de género se han establecido en algunos códigos electorales de las entidades federativas y a nivel federal en el COFIPE. Vale la pena mencionar que el tema de la constitucionalidad de las cuotas fue examinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la acción de inconstitucionalidad 2/2002, que fue promovida por el Partido Acción Nacional contra las reformas que las introdujeron en el Código Electoral del Estado de Coahuila. En su sentencia la SCJN considera que las cuotas no son inconstitucionales, si bien su argumentación no es del todo contundente al respecto.

Luego de esa sentencia, fueron publicadas las reformas al COFIPE (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 2002) para introducir las cuotas electorales de género en el ámbito federal. Concretamente, se reformaron los artículos 4.1, 38.1, 175.3 y 269.3 y se adicionaron los artículos 175-A, 175-B y 175-C; también se derogó por la misma reforma el artículo Vigésimo Segundo transitorio tal como estaba a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 1996.

De acuerdo con esa nueva regulación, “es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular” (artículo 4.1); los partidos políticos tienen la obligación de “garantizar la participación de las mujeres en la toma de decisiones en las oportunidades políticas” (artículo 38.1 inciso S), por lo que “promoverán y garantizarán en los términos del presente ordenamiento (el COFIPE), la igualdad de oportunidades y la equidad entre mujeres y hombres en la vida política del país, a través de postulaciones a cargos de elección popular en el Congreso de la Unión, tanto de mayoría relativa como de representación proporcional” (artículo 175.3). Para lograr ese propósito, “De la totalidad de solicitudes de registro, tanto de las candidaturas a diputados como de senadores que presenten los partidos políticos o las coaliciones ante el Instituto Federal Electoral, en ningún caso incluirán más del setenta por ciento de candidatos propietarios de un mismo género” (artículo 175-A).

En consecuencia con lo anterior, se crea un sistema de “listas cremallera” para evitar que, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 175-A, los partidos terminen relegando a las mujeres a los peores sitios de las listas electorales; en este sentido, el COFIPE establece que “Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de los mayores avances que en esta materia señale la normatividad interna y los procedimientos de cada partido”. Este esquema de listas cremallera es importante, ya que como señala Alfonso Ruiz Miguel, “el simple establecimiento de una reserva porcentual o cuota que garantice una cierta presencia de candidatas femeninas podría ser una propuesta funcionalmente ineficiente si no se garantizara además una cierta reserva en la ordenación o colocación de tales candidaturas... de modo que los lugares con posibilidades reales de elección no queden predisuestos fundamentalmente para varones” (1999, pp. 48-49).

El COFIPE prevé también la consecuencia jurídica para el caso de que los partidos no respeten los señalamientos que se acaban de mencionar respecto a las cuotas (artículo 175-C); si los partidos no cumplen con los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE les requerirá para que en un plazo de 48 horas contadas a partir de la notificación rectifiquen la

solicitud de registro; si no proceden a tal rectificación, el IFE les impondrá una amonestación pública y les dará un nuevo plazo, de 24 horas, para que haga la corrección; si no se hace en ese tiempo, el IFE sancionará al partido correspondientes con la negativa del registro de las candidaturas de que se trate. Estas reglas no se aplicarán para las candidaturas de mayoría relativa que sean resultado de un proceso de elección mediante voto directo.

La reforma al COFIPE, como se mencionaba, deroga el artículo 22 transitorio, cuyo texto viene de las modificaciones al propio ordenamiento de noviembre de 1996; su texto era el siguiente: “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de la mujer”.

El artículo segundo transitorio del decreto de reforma al COFIPE que se está comentando contiene una disposición curiosa, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los artículos 175-A, 175-B y 175-C se aplicará por lo menos para la celebración de los cinco procesos electorales federales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto”. La redacción un tanto confusa no permite advertir fácilmente las consecuencias normativas que pueden extraerse de este artículo. Quizá la intención del legislador fue incorporar un componente de temporalidad, que es algo que ha estado muy presente en todo el debate alrededor de las acciones afirmativas; es decir, dichas acciones tienen sentido durante el tiempo en que persiste la discriminación hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, pero cuando dicha discriminación cesa ya no tiene sentido mantener las acciones afirmativas.

La necesaria temporalidad de las acciones afirmativas es algo que aparece en varias sentencias de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el tema (así por ejemplo, en la sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional español, en la que se habla de que las acciones afirmativas deben someterse a “revisión periódica” para comprobar la pervivencia de la discriminación que las originó; también aparece el elemento temporal en la sentencia *Johnson v. Santa Clara County* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictada en marzo de 1987 a propósito de acciones afirmativas para mujeres en el ámbito de las contrataciones en el sector público). Sin embargo, la regulación actual del COFIPE no se dirige claramente a los fines señalados, puesto que establece una temporalidad mínima, que no tiene sentido tal como está redactada, ya que no puede servir para limitar las futuras decisiones que sobre el mismo tema tome el propio poder legislativo; para decirlo en otras palabras, ¿qué sucedería con esa norma si dentro de un par de años decide el Congreso de la Unión derogarla? Hubiera sido quizá mejor redactar de otra forma la cláusula de temporalidad; por ejemplo previendo la obligación de generar informes sobre la persistencia de bajos porcentajes de candidatas en las listas electorales, que podría rendir el IFE ante el Congreso de la Unión o de alguna otra manera. En cualquier caso, interesa subrayar que las cuotas, como en general las acciones afirmativas, deben ser medidas temporales, que se justifican mientras dura la situación discriminatoria que quieren combatir.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en su 37° periodo de sesiones, 1989) señala que “el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los

derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto” (párrafo 10).

En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General número 5 (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7o. periodo de sesiones, 1988), recomienda que los Estados Partes de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (entre los que se encuentra México) “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Al menos en la visión de los dos Comités de la ONU mencionados, las cuotas electorales de género estarían justificadas en el contexto de los textos internacionales que los propios comités tienen el encargo de interpretar. En virtud de que ambos instrumentos son parte de la llamada por el artículo 133 constitucional, “ley suprema de toda la Unión”, se deberá entender que también el derecho internacional suministra una plataforma de justificación de las políticas de acción positiva y, concretamente, una justificación para las cuotas electorales de género.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Fernando, “A favor de las cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, número 116, Madrid, octubre de 2001.
- BALLESTRERO, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, número 19, Alicante, 1996.
- BECALLI, Bianca (editora), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- BELTRÁN, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPCO, 1997.
- BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2ª edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- , “Legislar contra la discriminación” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002.
- , “Propuesta de ley contra la discriminación”, en *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, tomo I, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2002.

- , MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, CNDH, Porrúa, 2002.
- CARRILLO, Marc, “Cuotas e igualdad por razón de sexo”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992.
- DWORKIN, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, volumen III, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993,
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign virtue: the theorie and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- FISS, Owen, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GIMÉNEZ Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1998.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, Madrid, 1983.
- LAPORTA, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, número 67, Madrid, 1985.
- PHILLIPS, Anne, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?” en Becalli, Bianca (editora), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- PRIETO, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- , “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IJ-UNAM, 2000 (2ª edición ampliada, 2001).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- , “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, número 121, Morelia, 2000.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Igualdad” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, número 19, Alicante, 1996.

———, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, número 94, Madrid, julio-agosto de 1999.

SEN, Amartya K., *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.

SLONIMSKI, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, FJD editor, 2001.

TULLY, James, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.

WESTEN, Peter, *Speaking of equality. A analysis of the retorical force of ‘equality’ in moral and legal discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.