

*Queda prohibida toda discriminación motivada por 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*

## LA CLÁUSULA ANTIDISCRIMINATORIA

José María SOBERANES DÍEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Constitucionalismo y cláusulas antidiscriminatorias.* III. *Las comparaciones prohibidas.* IV. *La prohibición de discriminar como derecho humano.* V. *Los sujetos de la relación iusfundamental.* VI. *Las acciones afirmativas.* VII. *El juicio de discriminación.*

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque los primeros movimientos constitucionalistas tuvieron por objeto lograr la igualdad, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo XX cuando este valor se tradujo en la prohibición de realizar distinciones basadas en determinados criterios que atentan contra la dignidad humana. En el caso mexicano, no fue hasta el inicio del siglo XXI cuando se consagró esta premisa en la Constitución. El objeto de este trabajo es analizar la fórmula antidiscriminatoria que se encuentra en el quinto párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de entender su contenido y alcances jurídicos.

Para ello, en primer término se analizará el origen de las cláusulas antidiscriminatorias tanto en el constitucionalismo universal como en el caso específico mexicano (apartado II). Luego, se revisarán las causas por las que se prohíbe discriminar en el texto constitucional (apartado III).

---

\* Profesor-investigador de la Universidad Panamericana. Investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.

En el siguiente apartado (el IV), se abordará un debate doctrinal. La prohibición de discriminar está íntimamente ligada con los derechos y las libertades de las personas, en tanto pretende que no se menoscaben por determinados motivos. Por ello, hay un sector doctrinal que niega su carácter iusfundamental, aludiendo que trata sólo de un principio informante del resto de derechos humanos.

Si entendemos que constituye un derecho humano, habrá que analizar a los sujetos de esa relación jurídica, es decir, quién es el titular del derecho y frente a quién puede oponerse. De eso versará el apartado V.

Parece que la palabra discriminación se formó del prefijo *dis*, que refiere a oposición, diferencia, de *crimin*, asociado a crimen, y el sufijo *-omis*, acción. Así pues, sería el acto de diferenciar ilícitamente. Esa ilicitud se genera por usar algunos criterios previamente proscritos por una norma. Aunque en principio no pueden usarse esos motivos, hay ocasiones en que se utilizan para conseguir la igualdad material, como sucede en las acciones afirmativas. Por ello habrá que analizar la justificación de estas medidas en el apartado VI.

Finalmente, en el último apartado (el VII) se abordará la forma en que deben analizarse los planteamientos de discriminación para entender cómo han de ser formulados y, en su caso, resueltos.

## II. CONSTITUCIONALISMO Y CLÁUSULAS ANTIDISCRIMINATORIAS

Constitución e igualdad parecen ser dos conceptos íntimamente ligados. Las Constituciones modernas surgieron para garantizar la igualdad. Sin embargo, la prohibición de discriminar, como una manifestación específica de la igualdad, apareció hasta mucho después. Se analizará cómo sucedió esto, tras lo cual se revisará en el desarrollo normativo constitucional mexicano.

### 1. *El origen de las cláusulas antidiscriminatorias*

Las cláusulas antidiscriminatorias aparecieron en las Constituciones hasta la segunda mitad del siglo XX, aunque la igualdad había sido una preocupación del constitucionalismo moderno. Los primeros autores en ocuparse de la igualdad en una forma diversa al entendimiento de la *aequalitas* de la Constitución mixta<sup>1</sup> la vincularon a la libertad. Fernando Váz-

---

<sup>1</sup> Sobre este concepto, Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 108 y 109.

quez de Menchaca, por ejemplo, entendía el aforismo romano *ab initio omnes homines liberi nascebantur* (al inicio todos los hombres nacieron libres), que se encuentra en las *Institutas* de Justiniano,<sup>2</sup> en el sentido de que conforme al derecho natural todos son iguales, incluso los esclavos,<sup>3</sup> con lo que se apartaba de la postura que justificaba la esclavitud.<sup>4</sup>

En la misma línea, Jean-Jacques Rousseau sostuvo la existencia de un estado de la naturaleza, en el que todos los hombres eran libres, y, por tanto, únicamente existían desigualdades naturales, como las que se desprenden de las fuerzas del cuerpo, pero sin desigualdades sociales o políticas.<sup>5</sup> Sin embargo, a diferencia de Vázquez de Menchaca, el ginebrino hizo una propuesta concreta para buscar que la libertad y la igualdad originarias se vuelvan a garantizar. Esta propuesta consistió en establecer un contrato social que impidiera la subordinación de cualquier persona a un titular personal o corporativo del poder, pues únicamente lo estarían al cuerpo social como un todo, es decir, el ciudadano sólo estaría sometido a la *volonté générale*.<sup>6</sup>

Esas ideas florecieron en la Francia revolucionaria como una lucha en contra del derecho del Antiguo Régimen, caracterizado por los fueros o las normas propias de cada uno de los estamentos en los que se dividía la sociedad. Esto se traducía, como quería Rousseau, en que los ciudadanos no pudieran ser vinculados a otra autoridad distinta al legislador; intérprete legítimo de la voluntad general.<sup>7</sup> De esta forma, el principio de igualdad quedó subsumido en el principio de legalidad.

La Constitución mexicana es un buen ejemplo de este entendimiento de la igualdad, ya que se trata de un documento que proclama los derechos —por lo menos los reconocidos desde hace más años— de forma negativa: en vez de establecer un derecho, prohíbe las conductas contrarias. Por ejemplo, en vez de señalar que todas las personas tienen libertad de expresión, indica que “la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”. En el caso de la igualdad, en vez de proclamarla, se prohibieron las leyes privativas y los tribunales especiales.

<sup>2</sup> *Institutas* I, II, 2.

<sup>3</sup> Vázquez de Menchaca, Fernando, *Controversias ilustres*, 7, n. 3.

<sup>4</sup> Carpintero, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977, p. 151.

<sup>5</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 232.

<sup>6</sup> Señala Rousseau que el contrato social únicamente tiene una cláusula: “La enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos”. Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, México, Editora Nacional, 1979, p. 198.

<sup>7</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 1996, p. 58.

De esta forma, la igualdad se oponía al derecho particular. Así, una norma que no tuviera privilegios, aunque hiciera diferencias respecto a sus destinatarios, no podía considerarse violatoria del principio de igualdad siempre y cuando se expresara de forma general y abstracta, como quería el movimiento codificador que era contemporáneo. La igualdad era un mandato a establecer juicios lógicos universales, a determinar genéricamente a sus destinatarios y de forma abstracta a las conductas tratadas.<sup>8</sup>

El caso mexicano también es interesante, pues existe el control judicial desde la mitad del siglo XIX. En los casos en los que se reclamó que una ley violaba el principio de igualdad, se desestimó el argumento en todas las ocasiones en las que se trataba de desigualdades expresadas de forma general y abstracta,<sup>9</sup> bajo el entendimiento de aquella época, de que son iguales a quienes la ley considera como iguales y diferentes aquellos a quienes diferencia.<sup>10</sup>

Desde principios del siglo XX se emprendió un cambio de paradigma sobre la igualdad en los ambientes académicos,<sup>11</sup> en los que se empezó a sostener que la igualdad era un principio con un contenido axiológico, con estándar mínimo de justicia,<sup>12</sup> que no podía quedar reducido a la idea de fijar el derecho de forma abstracta.

Estas ideas quedaron en la mera discusión académica. Fue por ello que pudo florecer un derecho profundamente discriminatorio, como lo fue el nazi. Un derecho que, si bien cumplía las características lógicas de generalidad y abstracción, era un vehículo para exterminar a los judíos y a otros pueblos, lo que sin duda contraviene a la dignidad humana, el valor subyacente en todo el orden constitucional.

Fue por ello que las Constituciones de los países que formaron el *Eje* reaccionaron frente al horror cometido en contra de las personas y de sus derechos fundados en la discriminación,<sup>13</sup> y consagraron fórmulas para prohi-

<sup>8</sup> Cabo, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 47.

<sup>9</sup> Sobre estos criterios, Soberanes Díez, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011, pp. 54-57.

<sup>10</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 621.

<sup>11</sup> Gallego Anabitarte, Alfredo, “La discusión sobre el método en derecho público durante la República de Weimar”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 46, 1996, p. 17.

<sup>12</sup> Leibholz, Gerhard, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1959, p. 72.

<sup>13</sup> La Torre, Massimo, “Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, núm. 64, 1987, p. 623.

birla. Estas normas, sin embargo, no utilizaron la palabra “discriminación”, sino que prohibieron las distinciones basadas en determinados motivos,<sup>14</sup> o impidieron “favorecer o perjudicar” a alguien por determinadas razones.<sup>15</sup> Sin embargo, todas estas expresiones pretendieron significar que se prohíbe discriminar. En estos textos, la forma lingüística de esta cláusula está ligada al principio de igualdad en la ley.

Posteriormente, aparecieron otras cláusulas antidiscriminatorias en las Constituciones y en los tratados internacionales, en los que ya se puede apreciar la expresión “discriminación”.<sup>16</sup> Además, en estas redacciones más modernas se vincula la discriminación al valor de igualdad, a la igualdad real o material.<sup>17</sup> Esta nueva redacción responde a una nueva concepción de la discriminación, que es una crítica y corrección de los fenómenos sociales anómalos.<sup>18</sup>

## 2. La cláusula antidiscriminatoria mexicana

México podría presumir de contar con la primera cláusula antidiscriminatoria en la historia, pues el texto original de la Constitución de 1917, al

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, la Constitución japonesa del 3 de noviembre de 1946 señala: “Artículo 14.- Todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no existirá distinción política, económica o social por razones de raza, credo, sexo, condición social o linaje”; y la Constitución italiana de 1947 señala en su artículo 3o.: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el artículo 3.3 de la Ley Fundamental de Bonn dispone: “3.- Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

<sup>16</sup> Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa-CNDH, 2006, p. 144.

<sup>17</sup> Por ejemplo, el artículo 15 del Acta Constitucional de Canadá de 1982 señala: “No se prohíben las leyes, programas o actividades que tengan como objeto el mejoramiento de condiciones de individuos o los grupos discriminados incluyendo los que sean discriminados con motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad, o discapacidad mental o física”; el artículo 13 de la Constitución colombiana de 1991 dispone: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

<sup>18</sup> Aparisi Miralles, Ángeles, “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 5, 1995, p. 192.

referirse a la retribución laboral, estableció que a trabajo igual debía corresponder salario igual “sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.<sup>19</sup> Es decir, estaba prohibiendo dos motivos por los cuales realizar distinciones.

Sin embargo, el entendimiento de esa norma se circunscribió al ámbito laboral. Se requería de una cláusula general, aplicable a cualquier actuación. Ésta llegó en 2001, en el contexto de la reforma en materia indígena.

En la iniciativa del Ejecutivo Federal no se proponía introducir esta cláusula antidiscriminatoria.<sup>20</sup> No obstante, en los trabajos de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Asuntos Indígenas y Estudios Legislativos del Senado de la República se planteó su inclusión,<sup>21</sup> que finalmente fue aprobada.

Con motivo de esta reforma, la prohibición de esclavitud localizada en el artículo 2o. pasó al segundo párrafo del artículo 1o., y se adicionó un tercer párrafo con la cláusula antidiscriminatoria, que prohibía distinguir por diez motivos expresos: el origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, y el estado civil. A esas causas expresas habría que sumar otras, pues también se proscribían las distinciones basadas en cualquier motivo que atentara “contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

El 4 de diciembre de 2006 se reformó esa norma, y se cambió la referencia a “capacidades diferentes”, que resultaba discriminatoria,<sup>22</sup> por “las discapacidades”. Y en la reforma del 11 de junio de 2011, el motivo de discriminación, consistente en “las preferencias”, pasó a ser “las preferencias sexuales”. En esta reforma, además, la cláusula pasó a ser el quinto párrafo del artículo 1o., pues se añadieron un par de párrafos antes. Así pues, el texto vigente dispone:

Queda prohibida toda discriminación motivada por 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.

---

<sup>19</sup> Textualmente indica: “Art. 123.- [...] VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

<sup>20</sup> *Gaceta Parlamentaria* del 7 de diciembre de 2000.

<sup>21</sup> *Gaceta Parlamentaria* del 25 de abril de 2001.

<sup>22</sup> Exposición de motivos de la iniciativa del senador Adalberto Arturo Madero Quiroga, *Gaceta del Senado de la República* del 22 de septiembre de 2005.

### III. LAS COMPARACIONES PROHIBIDAS

Se ha visto que la Constitución prohíbe realizar distinciones por algunos motivos, basada en una ampliación del entendimiento de la igualdad. Ahora se analizará cuál es la relación del principio de igualdad con éstos, tras lo cual se abordará el listado constitucional de prohibiciones de comparación.

#### 1. *Igualdad y no discriminación*

Como se explicó en el apartado anterior, desde la mitad de siglo XX se superó la subsunción de la igualdad en la legalidad. Claro que no deben existir normas privativas y tribunales especiales. Pero, además, el contenido de la ley debe respetar el principio de igualdad. La igualdad ante la ley es solo una de las manifestaciones de ese principio.

Al tomar conciencia de la ampliación del entendimiento de la igualdad, surgió el problema de lo que debía significar ese principio. Una primera respuesta sería que implicaba tratar a todos de la misma forma. Sin embargo, en el mundo jurídico existen posiciones diversas que exigen tratos desiguales. No es lo mismo un comprador que un vendedor, por ejemplo, y las obligaciones y derechos de uno y otro deben ser diversos.<sup>23</sup> Por ello, se recurrió a la fórmula derivada del pensamiento clásico que postula que la igualdad consiste en tratar igual a los iguales, y jurídicamente se ha expresado como el mandato de tratar lo esencialmente igual arbitrariamente desigual.<sup>24</sup>

Esa fórmula, sin embargo, entraña la dificultad de determinar desde qué perspectiva puede considerarse que dos personas o dos situaciones son esencialmente iguales a efecto de darles el mismo tratamiento. Ésta constituye la pregunta básica de la igualdad, como se ha sostenido muchas veces.<sup>25</sup>

El punto de vista desde el que se predica la igualdad o la desigualdad se ha llamado “tercio de comparación” o *tertium comparationis*, y varía caso por caso, pues depende de la relación jurídica. Quien realiza un trámite para obtener un acta de nacimiento y quien tramita un pasaporte son iguales desde la perspectiva que son personas que deben ser atendidas correctamente

<sup>23</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 384.

<sup>24</sup> BVerfGE 4, 144

<sup>25</sup> Por ejemplo, Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 54; Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 21, así como el mismo Aristóteles, *Política*, 1282b.

por la administración, pero desde la perspectiva de los requisitos que han de cumplir son diferentes. Por ello es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han ofrecido criterios para determinar el tercio de comparación.<sup>26</sup>

Dicho lo anterior, hay que apuntar que a nivel internacional el primer concepto de discriminación data de 1958, en el Convenio 111 de la OIT. Ahí se indica que la discriminación es “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato”.

Analizando dicha definición obtenemos que se trata de un acto o una omisión que distingue y conlleva un trato desigual. Esas dos características se encuentran en la definición genérica de la igualdad. La especificidad de la discriminación es que la distinción se basa en una serie de motivos específicos. Se trata de causas que se entienden accidentales a lo esencial, que es la idéntica dignidad. Desde la perspectiva de la dignidad humana, se considera que todas las personas son esencialmente iguales, y por tanto se prohíbe el uso de *tertia comparationis* accidentales.

Así pues, en la discriminación el tercio de comparación adquiere una relevancia especial. No será algo que deba definirse caso por caso, como en la igualdad genérica, sino que se trata de una prohibición de uso. La discriminación veda el uso de determinados tercios de comparación.

Algunos autores han apuntado que la prohibición de discriminar debe desligarse del principio de igualdad, puesto que la discriminación en realidad es una crítica y corrección de los fenómenos sociales anómalos.<sup>27</sup> Sin embargo, no es tan clara esa emancipación. Si bien el Estado debe dar fin a ciertos fenómenos sociales de marginación, que se materializan a través de leyes y políticas públicas,<sup>28</sup> lo que sería la vertiente positiva de la discriminación, también se prohíbe segregar. En la medida en que no se puede marginar por razones previamente dispuestas por la Constitución, esto es, en tanto no pueden realizar distinciones por determinadas causas, la igualdad y la discriminación gozan de una relación de especie y género,<sup>29</sup> pues

---

<sup>26</sup> Se coincide en que el tercio de comparación se desprende atendiendo a la finalidad de la norma. A nivel jurisprudencial así lo ha dicho la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Railway Express Agency v. New York*, 336 US 106 (1949); o el Tribunal Constitucional español en la sentencia 114/1987 del 6 de julio, fj 4. Y a nivel teórico Aristóteles, *Política*, 1282b-1283a; y Tussman, Joseph *et al.*, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, núm. 37, 1949, pp. 341-381.

<sup>27</sup> Aparisi Miralles, Ángeles, *op. cit.*, p. 192.

<sup>28</sup> Fernández, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 81.

<sup>29</sup> Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 56.

la discriminación no es más que una prohibición de trato diferenciado por determinados motivos.

## 2. Los tercios de comparación vedados por la Constitución

Son diez los tercios de comparación aludidos por la Constitución desde 2011, como ya se vio. Si revisamos los que prevén los principales tratados internacionales genéricos tanto universales como regionales,<sup>30</sup> y los comparamos con la Constitución mexicana, podemos concluir que ésta recoge casi todos esos motivos (salvo idioma), aunque algunos con distinto fraseo;<sup>31</sup> además de que incluye otros, como la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales y el estado civil.

Ciertamente, a este catálogo se le podrían agregar otras causas de discriminación, como la lengua.<sup>32</sup> No obstante, estos motivos pueden ser incorporados mediante la interpretación que permite la cláusula de apertura establecida en la misma fórmula, que señala que además de los tercios prohibidos no debe distinguirse en razón de cualquier otro motivo que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Si partimos de la idea que la dignidad es un criterio interpretativo para determinar el alcance de los principios constitucionales,<sup>33</sup> las cláusulas antidiscriminatorias presuponen la igual dignidad entre los seres humanos. Al ser iguales en dignidad, no se les puede dar un trato distinto sobreponiendo una de sus cualidades específicas a su esencia.

---

<sup>30</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3o.). Todos estos instrumentos proscriben el uso de los mismos tercios de comparación, que son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>31</sup> Los instrumentos usan los términos “raza y color”, mientras que la Constitución, el de origen étnico; usan el término “opinión política o de otra índole”, mientras que la Constitución de “opiniones”; hablan de posición económica, mientras que la carta magna usa la expresión “condición social”; y hablan de “sexo”, mientras que la ley fundamental habla de “género”.

<sup>32</sup> Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007 pp. 70 y ss.

<sup>33</sup> Batista Jiménez, Fernando, “La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, 2004, p. 5.

En efecto, el acto discriminatorio consiste esencialmente en el menosprecio del otro, en la infravaloración que una persona hace de otra por motivo de alguna condición o característica personal. Emitir un juicio de valor respecto de una persona siempre constituye un reduccionismo, que acaba por desfigurar el valor intrínseco de la persona.<sup>34</sup>

Entendiendo que la dignidad es el fundamento de la cláusula antidiscriminatoria, puede ser utilizada como pauta hermenéutica que permita a un tribunal, sostener que un trato desigual a los anglohablantes es inconstitucional, a pesar de que la prohibición de discriminar por lengua no se encuentre en el catálogo del artículo 1o. constitucional.

Así pues, los tercios de comparación prohibidos no son *numerus clausus*, sino un catálogo enunciativo de motivos de distinción que lesionan la dignidad de los sujetos discriminados. Hay que señalar que puede discriminarse aun cuando no se use directamente uno de los tercios de comparación prohibidos, sino uno neutral que esconda el uso de uno vedado. Como en estos casos no es directo el uso del motivo prohibido, pero se encuentra escondido, se le ha denominado “discriminación indirecta”.

Puede resultar ejemplificativo el caso *Bilka-Kaufha*, que conoció el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La empresa Bilka-Kaufhaus garantizaba sólo a los trabajadores a tiempo completo un plan de pensiones, excluyendo a los trabajadores a tiempo parcial. Aunque aparentemente no se distinguía con base en un tercio prohibido, pues la diferencia parecía obedecer al tiempo laborado, en realidad se trataba de una distinción basada en el sexo, pues las mujeres eran quienes ocupaban las plazas de tiempo parcial.<sup>35</sup>

A partir de este caso se ha construido la noción de discriminación indirecta, entendida como “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra que afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo”.<sup>36</sup> Aunque la definición anterior se refiere al sexo, es posible aplicarla a cualquier otro de los *tertia* vedados.

### 3. *El uso de los tercios de comparación vedados por la Constitución*

El primer enunciado de la expresión arquetípica del principio de igualdad que hace referencia a la igualdad esencial se concreta en unos tercios de comparación en el caso de la discriminación, pues se presupone que son

<sup>34</sup> Torre Martínez, *op. cit.*, p. 51.

<sup>35</sup> *Bilka c. Weber*, 170/74, sentencia del 13 de mayo de 1986.

<sup>36</sup> Artículo 2.2 de la Directiva 97/80/CE del Consejo de la Unión Europea.

cuestiones accidentales a la idéntica dignidad humana de la que gozan todas las personas. Es por ello que se prohíbe usar esos *tertia*. Usarlos supondría infravalorar a una persona por una cualidad.

No obstante, lo anterior resulta una generalidad. Hay ocasiones en que pueden usarse esos tercios de comparación atendiendo a criterios de razonabilidad. Por ejemplo, sería absurdo prohibir usar siempre el criterio de la edad, pues ello impediría proteger a los menores de edad del servicio militar, o sería irracional prohibir el uso del *tertium* de condiciones de salud en todos los casos, pues habría que darle tratamiento médico a los sanos o no atender a los enfermos.

Así pues, esta prohibición de uso debe entenderse en el conjunto de la definición de la discriminación. Si atendemos a la dada por el Convenio 22 de la OIT antes señalada, no podemos pasar por alto que el uso del tercio debe tener por efecto anular o alterar las oportunidades de trato para ser discriminatoria.

Es por ello que los tribunales constitucionales han considerado que no se prohíbe el uso de esas categorías, sino su utilización injustificada, lo que ocurriría, por ejemplo, al considerar superior a un grupo y tratarlo con un privilegio, o al considerar inferior a otro al tratarlo con hostilidad.<sup>37</sup>

Por tanto, la prohibición del uso de los *tertia comparationis* está sujeta a un análisis de razonabilidad de la norma, que incluye tanto los elementos que permitan analizar la consideración que se tiene sobre un grupo determinado como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les dé.

#### IV. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR COMO DERECHO HUMANO

La cláusula de apertura de la fórmula antidiscriminatoria mexicana, es decir, el enunciado que indica que se prohíben otros tercios de comparación que atentan contra la dignidad humana, termina señalando que su objeto debe ser “anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Esta frase puede llevar a preguntarnos si se trata de un derecho humano por sí mismo o si es una condición de los demás derechos. Para que quede más claro, pongamos un ejemplo. Si por motivo de su origen nacional se le

---

<sup>37</sup> Al respecto, puede verse la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2014, el 11 de agosto de 2015. Esa resolución es consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, t. I, p. 325.

limita la libertad de tránsito a una persona, ¿estaremos en presencia de una violación a la libertad de tránsito o lo estaremos discriminando?

Para la doctrina alemana es muy claro que la discriminación es un derecho autónomo. Pero en Italia el carácter de la igualdad como derecho subjetivo no es claro.<sup>38</sup> Han apuntado que la discriminación, antes que un derecho, es una condición de eficacia general de otros derechos, pues carece de un contenido material,<sup>39</sup> pues es un principio relacional al necesitar la comparación entre dos personas o situaciones. Por ello, se ha dicho que más que un verdadero derecho es un modo de ser de los diversos derechos.<sup>40</sup>

Para ser más claros, en el ejemplo antes aludido, el objeto de la pretensión del particular será siempre un diverso derecho, la libertad de tránsito, mientras que la lesión de la posición de igualdad ofrecerá el motivo en que se fundamenta la impugnación. Esa postura reduce la discriminación a un valor. Se trata de un “principio de principios”. Su eficacia normativa se limita a informar a los derechos, teniendo sólo una función argumentativa.

Ante esto, debe decirse que el hecho de que la discriminación tenga un contenido relacional no es suficiente para negar el carácter de derecho autónomo. Lo importante es descubrir si el derecho confiere a su titular algo que no podría exigir de otra forma.

Volviendo al ejemplo, si eliminamos la prohibición de discriminación sería muy complicado poder alegar la inconstitucionalidad de la limitación a la libertad de tránsito. Estando en una ley migratoria se actualizaría el supuesto constitucional de restricción. Por ello, la discriminación sí confiere al titular algo que no puede ser exigido de otra forma. De esta forma, si bien puede impugnarse un acto discriminatorio y violatorio de otro derecho, pueden hacerse valer violaciones a la prohibición de discriminación, aunque no se alegue que se ha trastocado otro derecho.

Por ello, puede decirse que el objeto de la prohibición de discriminación es lograr la equiparación. Es cierto que esa equiparación no se produce en abstracto, sino en relación con determinados *tertium comparationis*; pero eso sólo implica que existe un objeto particular en cada caso, lo que no obsta a que tenga un objeto general, la equiparación. Así, el contenido de discriminación está constituido por un haz de facultades que el titular del derecho tiene para conseguir el restablecimiento del mismo.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Baño León, José María, “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 114, 1987, p. 181.

<sup>39</sup> Rossano, Claudio, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Nápoles, Jovene, 1966, cap. V.

<sup>40</sup> Mortati, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, Cedam, 1960, p. 786.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 183.

## V. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN IUSFUNDAMENTAL

Considerando que la prohibición de discriminar constituye un derecho humano, hay que analizar quiénes son los sujetos de esta relación jurídica. Por ello, se abordarán las problemáticas tanto al titular como al destinatario de este derecho.

### 1. *Titularidad*

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, todas las personas son titulares de los derechos humanos. En esa titularidad quedan comprendidas las personas extranjeras tanto por la universalidad de la expresión como por disposición expresa del artículo 33 constitucional.<sup>42</sup>

El problema más relevante que se ha presentado respecto a esta titularidad es si abarca o no a las personas morales. Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos ha surgido la cuestión a partir del artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala expresamente: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La Corte Interamericana se ha pronunciado indicando que “las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”.<sup>43</sup>

Ese pronunciamiento se refiere al derecho internacional. Queda latente el tema constitucional que, además, es el que importa para este trabajo. Al respecto, desde la perspectiva doctrinal, salvo alguna postura cerradamente individualista,<sup>44</sup> es doctrina generalmente aceptada que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, pues la titularidad exige reconocer a los individuos aisladamente considerados,<sup>45</sup> y también en cuanto forman parte de cuerpos sociales. La jurisprudencia de la Suprema Corte

---

<sup>42</sup> Expresamente indica: “Artículo 33.- Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

<sup>43</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, serie A, núm. 22, párrafo 70.

<sup>44</sup> Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2005, p. 68.

<sup>45</sup> Fernández Segado, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1993, p. 229.

ha ido en ese sentido, al señalar que la titularidad de los derechos comprende tanto a las personas físicas como a las morales.<sup>46</sup>

No obstante, como la misma jurisprudencia ha indicado, no puede afirmarse la titularidad genérica de las personas morales, pues siguiendo a la doctrina mayoritaria únicamente lo serán respecto de los derechos que resulten conformes con su naturaleza y fines.<sup>47</sup>

En efecto, hay derechos que se vinculan a ciertas propiedades de los seres humanos o a ciertos comportamientos de los que sólo éstos son capaces, y que por ello no son aplicables a las personas jurídicas. Ello exige examinar caso por caso para indicar si el derecho es o no aplicable a las personas jurídicas.

Para sistematizar la cuestión, el profesor Ángel Gómez Montoro distingue tres bloques de derechos: los derechos que claramente no son aplicables a las personas jurídicas, los que de manera más o menos indiscutida lo son, y, por último, los de aquellos supuestos que se presentan especialmente controvertidos.<sup>48</sup> Dentro de estos últimos se encontraría la discriminación, pues se fundamenta en que las personas tienen la misma dignidad.<sup>49</sup>

Sobre este asunto no se ha pronunciado la Suprema Corte hasta el momento. Intentando dar una respuesta a la cuestión, habría que señalar que la titularidad dependerá del tercio de comparación, pues mientras existen algunos que no son predicables respecto a las personas jurídicas, como lo son la raza, el género o las condiciones de salud, otros sí podrían aplicar a éstas, como son el origen nacional, la edad o las opiniones. En cualquier caso, hacer valer otro tercio de comparación sería difícil, pues la cláusula de apertura hace referencia a la dignidad humana.

## 2. *Destinatario*

Del otro lado de la relación jurídica se encuentra el destinatario, el sujeto a quien obliga el derecho. No hay duda de que el Estado queda cons-

---

<sup>46</sup> Jurisprudencia P./J. 1/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 16, marzo de 2015, t. I, p. 117.

<sup>47</sup> Tesis P. I/2014 (10a.), PERSONAS MORALES. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE LES CORRESPONDE DEPENDE DE LA NATURALEZA DEL DERECHO EN CUESTIÓN, ASÍ COMO DEL ALCANCE Y/O LÍMITES QUE EL JUZGADOR LES FIJE, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, t. I, p. 273.

<sup>48</sup> Gómez Montoro, Ángel, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-julio de 2000, p. 56.

<sup>49</sup> *Idem*.

treñido por la cláusula antidiscriminatoria, como lo está respecto a cualquier derecho fundamental. Los derechos humanos surgieron como cotos de libertad de los individuos frente al Estado. Representan barreras que las autoridades no pueden franquear.

Sin embargo, es evidente que no todas las violaciones a los derechos son cometidas por autoridades. Específicamente, todos los días observamos que privados discriminan a sus semejantes, al impedirles acceder a ciertos lugares, empleos o a la educación. Es por ello que hay que determinar si existen bases constitucionales que permitan afirmar que los particulares son sujetos pasivos del derecho a la no discriminación, y, por tanto, puede exigírseles que respeten ese derecho.

En la teoría general de los derechos fundamentales suelen hacerse dos objeciones a la eficacia de los derechos frente a los particulares, también conocida por su nombre alemán, *drittwirkung*.

La primera es de índole sustantiva, pues se refiere a si los derechos deben desplegar sus efectos en las relaciones entre particulares.<sup>50</sup> Los que se oponen a la *drittwirkung* —que son una minoría— ponen de relieve los riesgos que esto entraña para la libertad contractual y la seguridad jurídica, y afirman que se va en contra de la lógica de libertad que informa al derecho civil.<sup>51</sup> En contraposición, los que afirman la eficacia frente a terceros sostienen que la Constitución contiene un programa de configuración de la sociedad, y, por tanto, todos los ámbitos de lo jurídico quedan sujetos a ella. Además, ésta ha devenido en fundamento de todo el ordenamiento, y por ello también del ordenamiento jurídico-privado.<sup>52</sup> Ésta es una concepción más propia de un constitucionalismo social y democrático que pretende darle una dimensión valorativa a las normas fundamentales.<sup>53</sup>

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si, por un lado, se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro, se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva). A partir de

<sup>50</sup> Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, p. 145.

<sup>51</sup> Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 283.

<sup>52</sup> Hesse, Konrad, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 81 y ss.

<sup>53</sup> Dice Carl Schmitt, teórico de la Constitución de Weimar: “Para que el «imperio de la ley» conserve su conexión con el concepto de Estado de Derecho es necesario introducir en el concepto de ley ciertas cualidades [justicia y razonabilidad, dirá más adelante]”. *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970, p. 161.

ello, ha afirmado que “la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”.<sup>54</sup>

La segunda objeción es de carácter procesal, es decir, sobre el medio idóneo para realizar el control de los particulares que violen un derecho humano.<sup>55</sup> Se ha afirmado que tanto las Constituciones como las leyes orgánicas de los tribunales constitucionales, al tratar el amparo, se refieren exclusivamente a las violaciones de los derechos fundamentales causadas por el “poder público”.<sup>56</sup> Esta cuestión suele salvarse de dos formas. Por una parte, la vía de la eficacia directa, según la cual, ante la carencia de una norma que autorice este control, debe ser colmada por la jurisdicción constitucional.<sup>57</sup> Por otra, la vía de la eficacia indirecta, según la cual corresponde a una resolución judicial ordinaria en primera instancia pronunciarse sobre la eficacia del derecho fundamental y, de forma subsidiaria, la jurisdicción constitucional resolverá el problema en última instancia.<sup>58</sup>

México se encuentra en una posición intermedia, pues en el medio de control constitucional que pueden hacer valer todas las personas, el amparo, en principio, procede en contra de normas generales, actos u omisiones “de autoridad” que violen los derechos humanos, como lo prescribe el artículo 103 constitucional. Sin embargo, la Ley de Amparo indica que el amparo protege a las personas frente a “los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley”, en su artículo 1o. Posteriormente, en la fracción II de su artículo 5o. precisa que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad”.

---

<sup>54</sup> Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 789.

<sup>55</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 145.

<sup>56</sup> Por ejemplo, el artículo 93.1 de la Ley Fundamental de Bonn y el parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán.

<sup>57</sup> Vega García, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 703.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, se aceptó por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, BVerfGE 7, 198. Esta sentencia es consultable en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 202 y ss. La misma doctrina sigue la Corte Constitucional italiana, a partir de la sentencia del 9 de julio de 1970, y la Suprema Corte de Estados Unidos, en los casos *Smit vs. Allright* de 1944, *Schellely vs. Kremer* de 1948.

De acuerdo con lo anterior, en términos generales puede afirmarse la eficacia de los derechos humanos frente a los particulares. Sin embargo, debe señalarse que no puede sostenerse de forma hegemónica. Habrá derechos que en su dimensión clásica no puedan exigirse a los particulares, como el debido proceso, pues la jurisdicción es una función estatal. Por ello, hay que analizar qué derechos tienen la multidireccionalidad.

En el caso que nos ocupa, sería difícil dejar de controlar situaciones evidentemente discriminatorias, como prohibir el acceso a los establecimientos mercantiles abiertos al público por alguna característica racial. Por ello es que la Suprema Corte ha determinado que los derechos fundamentales de igualdad y de no discriminación “son vinculantes no sólo frente a los órganos del Estado, sino que adicionalmente, poseen eficacia jurídica en ciertas relaciones entre particulares”.<sup>59</sup>

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte ha estimado que existen tres factores que resultan útiles a la hora de medir la incidencia de la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado:

En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible... El segundo factor a tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación, es decir la existencia de un patrón de conducta generalizado o bastante extendido, desde un punto de vista sociológico. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública... El tercer factor, por último, es valorar la posible afectación al núcleo esencial de la dignidad de la persona discriminada.<sup>60</sup>

Dicho lo anterior, es preciso valorar algunos supuestos concretos que se han presentando ante la jurisdicción constitucional, y también otros que, aunque no han sido objeto de la jurisprudencia, resulta interesante analizar.

#### A. *Convocatorias laborales*

Uno de los casos de discriminación en las relaciones entre particulares que ha tratado la Suprema Corte es el relativo a las convocatorias labora-

<sup>59</sup> Tesis 1a. XX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 627.

<sup>60</sup> Tesis 1a. CDXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 243

les. En términos generales, la Corte estimó que si bien la prohibición de no discriminación no obliga a contratar o a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente, no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto, y que puede hacer a un lado las virtudes de un candidato por los motivos que sean en razón de la libertad de contratación, no puede motivar la exclusión en alguno de los tercios de comparación establecidos en el artículo 1o. constitucional.<sup>61</sup>

Antes de llegar a esa conclusión, la Suprema Corte precisó que en estos supuestos no es necesario exigir un acercamiento entre quien realiza una convocatoria laboral potencialmente discriminatoria y el aspirante mediante una solicitud de trabajo, pues ello conllevaría en un efecto residual discriminatorio, situación que conduciría a una revictimización, la actualización de una discriminación y un vaciamiento de la protección de las normas de derechos fundamentales.<sup>62</sup>

En particular, la Suprema Corte analizó el caso del requisito de la edad para ocupar un puesto. Este supuesto, como reconoció el tribunal, ofrece peculiaridades muy específicas, pues, a diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen caracteres variables entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos. En cualquier caso, apuntó que este tipo de distinciones suelen apoyarse en estereotipos o estigmas asociados a la edad, como sería la inexperiencia o la poca destreza, en el caso de los jóvenes, o la falta de adaptación y la menor capacidad de reacción, en el caso de los mayores.<sup>63</sup>

Sin embargo, consideró que podían hacerse distinciones en razón de la edad cuando se justificara debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate, al contexto en que se lleve a cabo, o que constituya un requisito profesional esencial y determinante en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo, y el requisito, proporcionado.<sup>64</sup>

En caso de que la convocatoria laboral resulte discriminatoria, debe declararse su nulidad, conforme a la Suprema Corte, pero no debe conllevar necesariamente en una obligación de contratación en atención a la libertad contractual.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, t. I, p. 226.

<sup>62</sup> Tesis 1a. CDXXXVI/2014 (10a.), *cit.*, p. 221.

<sup>63</sup> Tesis 1a. CDXXXIX/2014 (10a.), *cit.*, p. 223.

<sup>64</sup> Tesis 1a. CDXXXII/2014 (10a.), *cit.*, p. 226.

<sup>65</sup> Tesis 1a. XXXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, enero de 2015, t. I, p. 754.

Aunadas a la nulidad del acto, el juez podría establecer medidas reparatorias de carácter disuasorio, sanciones penales si la ley lo prevé, y una indemnización de los daños causados a la empresa ofertante;<sup>66</sup> aunque la Corte pidió a los jueces estar atentos a solicitudes de trabajo fraudulentas, “cuyo único objetivo sea la obtención de una indemnización dineraria”,<sup>67</sup> pues podría dar lugar al surgimiento de “estrategias de búsqueda de empleo y posterior litigio, con el único objetivo de obtener ciertas cantidades de dinero, tergiversando así los fines para los cuales se ha establecido en nuestro país el derecho fundamental a la no discriminación”.<sup>68</sup>

La Suprema Corte se refirió a un caso de discriminación por motivos de edad. Habría que considerar otras causas del tratamiento desigual. Existirán algunas que tengan una menor posibilidad de justificar el trato inequitativo, como puede ser el origen étnico de los aspirantes. Otras, en cambio, permitirán mayor margen de justificación, como las entidades caracterizadas por sus creencias, que podrían tener un interés legítimo en no contratar a personas que no comparten determinada opinión, ideología o religión.

### B. *Instituciones educativas particulares*

Otro sector de particulares a los que la Suprema Corte ha considerado especialmente vinculados por la prohibición de discriminación son los que prestan servicios educativos. En concreto, lo sostuvo en el contexto de acoso escolar, al considerar que cuando los particulares prestan servicios públicos educativos a menores o desarrollan actividades relacionadas con los niños en general, se encuentran vinculadas por el principio del interés superior del menor, principio que los obliga a proteger a los niños de violaciones a su derecho a no ser discriminados.<sup>69</sup>

Es por ello que estimó que las instituciones educativas particulares deben tomar medidas y acciones afirmativas orientadas a garantizar a niñas, niños y adolescentes la igualdad sustantiva de oportunidades y el derecho a la no discriminación, y son responsables de diagnosticar, prevenir, intervenir y modificar positivamente la convivencia escolar a fin de evitar la discriminación.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Tesis 1a. II/2015 (10a.), *cit.*, p. 760.

<sup>67</sup> Tesis 1a. XXXIV/2015 (10a.), *cit.*, p. 761.

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Tesis 1a. CCCX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, octubre de 2015, t. II, p. 1639.

<sup>70</sup> Tesis 1a. CCCXXXII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 24, noviembre de 2015, p. 962.

También los tribunales colegiados se han pronunciado al respecto, al considerar que es obligación de las instituciones particulares que prestan servicios educativos el “mantener una política orientada hacia la dignidad de las personas, en el marco de la no discriminación”.<sup>71</sup> Fue por ello que el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito consideró ilegítima la mecánica implementada por una universidad privada, que para diferenciar a los alumnos que han pagado los servicios de educación que presta los obliga a usar una pulsera, brazaletes o cualquier otro distintivo, “pues dicha acción constituye una forma de discriminación motivada por una condición social”.<sup>72</sup>

*C. La igualdad en relación con las características de los sujetos de la relación privada*

Otro factor que puede incidir en la eficacia horizontal del derecho a la igualdad es la situación de los sujetos de la relación privada. Las características de alguna de las partes de la relación pueden incidir en la intensidad de la obligación de respetar este derecho.

En primer término, puede hacerse esta valoración atendiendo al sujeto activo del derecho a la igualdad. Si un menor de edad puede ser discriminado, el deber de respeto a la igualdad de los otros particulares es más intenso. Como ha indicado la Suprema Corte, la obligación de no discriminación

se impone y se proyecta a todos los integrantes de la colectividad, de tal modo que todos, sin excepciones, están obligados a respetar el derecho a la no discriminación, en especial tratándose de menores, pues debido a su falta de madurez, dicha discriminación puede afectar gravemente su sano desarrollo.<sup>73</sup>

En segundo término, puede hacerse la valoración a partir del sujeto pasivo, es decir, del obligado a respetar el principio de igualdad. El profesor Javier Díaz Revorio ha considerado que no todas las relaciones entre particulares son iguales para efectos de la discriminación, y ha elaborado una interesante distinción entre diversas categorías de los sujetos obligados.

<sup>71</sup> Tesis XXVII.3o.10 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, octubre de 2017, t. IV, p. 2672

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> Tesis 1a. CCIX/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, mayo de 2014, t. I, p. 564.

Sitúa por una parte a los particulares en general, y por otra a las empresas que gestionan servicios públicos, las empresas monopólicas, y las grandes empresas.<sup>74</sup>

Respecto a las que gestionan servicios públicos, como salud, educación, o televisión, estima que serían máximas las exigencias de la igualdad. Si reciben financiamiento público, se les debería exigir casi como al Estado, y en casos de emergencia, no podrían justificar jamás un trato desigual. Las empresas que constituyen monopolios o que ofrecen bienes o servicios básicos como energía eléctrica o gas, tendrían exigencias semejantes. Y las grandes empresas, aunque se les debe exigir menos, tampoco puede equipararseles a cualquier otro particular por su posición de dominio o superioridad frente a los clientes.

A la luz de lo anterior, se entiende que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya considerado que los medios de comunicación juegan un papel fundamental en la formación de una cultura pública que propicie la disminución y, en última instancia, la erradicación de discursos discriminatorios. Por ello, consideró que tienen una responsabilidad especial para evitar la propagación del discurso discriminatorio, atendiendo a la naturaleza y funciones que desempeñan.<sup>75</sup>

También a la luz de esta distinción entre las diversas clases de empresas, se entiende que la Corte haya estimado que las compañías de seguros, que gozan de una relevancia, se encuentran vinculadas a la implementación de medidas para erradicar la discriminación de las personas con discapacidad, a menos que las mismas no encuentren una justificación razonable acorde con los principios de la propia materia.<sup>76</sup>

Entre los particulares que se encuentran en una posición de igualdad parece que el principio de igualdad debe ceder ante la autonomía de la voluntad; de lo contrario, una persona no podría vender su casa a quien quisiera, bien sea por motivos objetivos (una mejor oferta), como por meros caprichos; que no pudiera decidir quién ingresa en su domicilio; o al extremo absurdo de que no pudiera contraer matrimonio con quien quisiera. Sin embargo, hay que analizar unos supuestos especiales.

El primero es cuando alguien realiza una oferta pública. No una oferta laboral, pues ese supuesto ya lo analizamos. Nos referimos a ofertas regidas

<sup>74</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *Discriminación en las relaciones entre particulares*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 154-156

<sup>75</sup> Tesis 1a. CLXIII/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XX, mayo de 2013, t. 1, p. 558.

<sup>76</sup> Tesis 1a. X/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, enero de 2013, t. 1, p. 632.

por el derecho civil, como ofertar el alquiler de un inmueble. En caso de que alguien atienda al ofrecimiento, el ofertante podría negarse a celebrar el contrato, en principio, atendiendo a su libertad. La mayoría de las ocasiones esto obedecerá a razones objetivas, como recibir una mejor propuesta económica.

No obstante, también hay que pensar en el rechazo por alguna de las causas discriminatorias. Por ejemplo, si una persona anuncia públicamente que quiere vender su coche, pero que no acepta compradores de determinada raza, estaría incurriendo en una discriminación ilícita.<sup>77</sup> Sin embargo, si anuncia que quiere subarrendar una habitación y hace una exclusión por sexo, podría estar justificada la diferenciación. En conclusión, las ofertas públicas están en una zona gris.

Un segundo supuesto a valorar es la prohibición de entrada a un local abierto al público y a celebrar contratos de prestación de servicios y de compraventa, que se caracterizan por una reserva en el derecho de admisión. Si hace algunos años se entendía que era lícito que el encargado de la gestión de un local abierto al público pudiera señalar libremente quién podía ingresar y quién no, las exigencias de la discriminación se han ido abriendo paso en estos supuestos, por lo que se puede considerar ilegítima la exclusión de una persona, especialmente por motivos de raza o de sexo.<sup>78</sup>

Un tercer supuesto es el relativo a la disposición de los bienes *mortis causa*. Aunque en principio debe imperar la voluntad del testador, que puede excluir a alguien por el motivo que sea, aunque sea un capricho, habría que analizar algunas cláusulas especiales, como nombrar herederos sólo a los “hijos legítimos”, considerando que los otros hijos no tienen derecho a una pensión. En el ámbito europeo<sup>79</sup> y en el español<sup>80</sup> no se ha admitido esa diferencia.

## VI. LAS ACCIONES AFIRMATIVAS

Se había señalado que no todo uso de un tercio de comparación vedado por la Constitución es ilícito; que ello dependía de un análisis de racionalidad que incluyera la consideración sobre un grupo determinado, así como el tratamiento perjudicial o benéfico que se les diera.

<sup>77</sup> Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 172.

<sup>78</sup> Bilbao Ubillos, Juan, “Prohibición discriminación y relaciones entre particulares”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 162.

<sup>79</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pla y Puncernau vs Andorra*, del 13 de julio de 2004.

<sup>80</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 9/2010, del 27 abril.

Así, por ejemplo, el uso del tercio de las “condiciones de salud” para distinguir entre sanos y enfermos con objeto de proveer a los dolientes de tratamiento médico no puede ser considerado discriminatorio, pues no tiene por objeto anular las oportunidades de nadie, sino hacer efectivos los derechos fundamentales de los enfermos.

Bajo este contexto general es que hay que analizar el caso de las acciones afirmativas,<sup>81</sup> como se le denomina a “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.<sup>82</sup>

En este tipo de acciones se utiliza uno de los tercios vedados a favor de la igualdad real de oportunidades de un grupo tradicionalmente perjudicado, pero que conllevan que otro grupo pueda verse desfavorecido en oportunidades laborales, políticas o educativas. A continuación, se abordará su justificación, para posteriormente analizar las que tienen relevancia constitucional en México.

### 1. *Su justificación*

El principio de igualdad prohíbe tratar lo esencialmente igual de forma arbitrariamente desigual. En la discriminación lo esencialmente igual se presume desde determinadas perspectivas. Usar alguno de esos tercios de comparación no conlleva necesariamente a considerar discriminatoria una conducta, pues queda por realizar el segundo análisis, es decir, si el trato desigual es arbitrario o si encuentra alguna justificación.

Así pues, si las acciones afirmativas conllevan el uso de un tercio vedado, resulta necesario analizar si son razonables los tratos desiguales que establecen o si hay que considerarlos arbitrarios. Al respecto, hay diversas opiniones. Para entenderlas resulta clarificador uno de los casos líderes que

---

<sup>81</sup> En España se suele usar el término de “acción positiva”. Sin embargo, se ha dicho que es distinto hablar de “acciones positivas” y “acciones afirmativas”, aunque ambos quieren otorgar preferencias a ciertos grupos. Basados en el uso anglosajón, se ha indicado que las acciones afirmativas serían *hard measures of intervention* o medidas de intervención severa; mientras que las acciones positivas consisten en *soft measures* o medidas leves y preservan los criterios meritocráticos. Al respecto, Caruso, Daniela, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, p. 332.

<sup>82</sup> La definición es de la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles. La traducción es de Martín Vida, María de los Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003, p. 35

se han presentado ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, el caso *Bakke*.

Como antecedente del caso hay que señalar que la Facultad de Medicina de Davis, de la Universidad de California, había instituido en 1970 un programa especial de admisiones que funcionaba junto al ordinario. En el programa ordinario se elegían a ochenta y cuatro candidatos que debían contar con una calificación mínima. En el programa especial se seleccionaban a dieciséis alumnos pertenecientes a minorías (negros, asiáticos o hispanos) bajo requisitos menores y sin calificación mínima.<sup>83</sup>

En 1974, Allan Bakke, un ingeniero de raza blanca de treinta y seis años, fue rechazado por tercera vez para ingresar como estudiante en la Facultad de Medicina, pese a contar con mejor expediente y mejores méritos que candidatos negros o hispanos admitidos bajo el programa especial. Este rechazo fue llevado a los tribunales aduciendo que no podía ser excluido sólo por causa de su raza, pues contravenía la cláusula de igualdad establecida en la decimocuarta enmienda.<sup>84</sup> El asunto llegó a la Suprema Corte de aquel país.

Bajo la concepción rígida de que la raza es un *tertium comparationis* absolutamente vedado, debía declararse la inconstitucionalidad del programa.<sup>85</sup> Éste fue el criterio de los cuatro magistrados que sostenían la inconstitucionalidad del programa especial.<sup>86</sup> Otros cuatro jueces, en cambio, sostuvieron que las acciones encaminadas a terminar con la segregación racial en el sistema educativo eran un mandato constitucional, porque el objeto de la prohibición de discriminación es conseguir la igualdad real, y, por tanto, el programa era constitucional.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Beltrán, Miguel *et al.*, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 441.

<sup>84</sup> Dicha enmienda, en su punto 1, dispone la igual protección de las leyes para todos: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

<sup>85</sup> La Suprema Corte había sostenido que las leyes que estipulan que sólo los blancos pueden concurrir a la universidad son contrarias a la igualdad, prohibiendo los criterios de raza en la admisión de alumnos, en *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629.

<sup>86</sup> Fue el criterio de los *justices* Burger, Stewart, Stevens y Rehnquist. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)

<sup>87</sup> Los *justices* Brennan, Marshall, White y Blackmun. *Idem*.

Aquí se advierten dos concepciones sobre las acciones afirmativas. La primera atiende únicamente a los cánones formales que señala la Constitución: si la raza es un *tertium comparationis* vedado, todo uso que se haga de ésta es inconstitucional independientemente de su finalidad. La otra atiende a cánones materiales, pues entiende que si con una desigualdad formal se consigue el objetivo constitucional de terminar con la segregación, aquélla es lícita.

El *justice* Powell le dio la razón en parte a cada uno de los grupos de jueces, al señalar que la raza puede ser tomada en cuenta siempre que no existan cuotas rígidas y la universidad justifique debidamente las preferencias a determinada minoría. Como lo anterior no había ocurrido en el caso, el programa era inconstitucional.<sup>88</sup> Con una *plurality opinion* de cinco contra cuatro, se ordenó admitir a Bakke en la Facultad de Medicina.<sup>89</sup>

A esta sentencia, en la que se han vertido heterogéneas opiniones, le han seguido muchos otros pronunciamientos judiciales de aquel tribunal. Esa resolución también ha generado diversas posturas teóricas sobre la justificación de las acciones afirmativas, sobre todo en el ámbito norteamericano.<sup>90</sup>

Una primera justificación se funda en la justicia compensatoria, y parte de un análisis del pasado (*back-ward-lookin*), buscando resarcir los daños causados por situaciones históricas.<sup>91</sup> Éste es el que más ha sido usado por los tribunales al responder los planteamientos en contra de las acciones afirmativas.

La justicia compensatoria centra la atención en las necesidades de las víctimas de una desigualdad, buscando reparar los daños estableciendo un justo medio entre la pérdida o el padecimiento de uno y el provecho que otro ha sacado.<sup>92</sup> Aunque John Rawls no se pronunció sobre las acciones afirmativas, autores como Robert Allen las han justificado basados en su teoría,<sup>93</sup> citando al propio Rawls, quien sostuvo que las desigualdades inmerecidas requieren de una compensación, y dado que las desigualdades

---

<sup>88</sup> *Idem*.

<sup>89</sup> *Idem*.

<sup>90</sup> Un panorama más completo sobre las teorías de justificación puede verse en Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Conapred, 2007, pp. 194-243.

<sup>91</sup> Martín Vida, *Fundamentos...*, cit., p. 149.

<sup>92</sup> Aristóteles, *Ética...*, cit., 1132a.

<sup>93</sup> Allen, Robert, "Rawlsian Affirma ti ve Action: Compensatory Justice as Seen from the Origins Position", *Social Philosophy*. Disponible en: <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Soci/SociAlle.htm>.

de nacimiento de dotes naturales son inmerecidas, habrían de ser compensadas de algún modo.<sup>94</sup>

Frente a ello, y en específico sobre la justificación de las acciones afirmativas raciales, el *justice* Scalia apuntó que constituye un error pensar que una raza debe a otra una compensación,<sup>95</sup> con lo que concuerdan autores de una tendencia opuesta, como Dworkin,<sup>96</sup> por lo que se decantan por otro tipo de argumentación que mire al futuro (*forward-looking*).

Para el profesor citado, habría que justificar las acciones afirmativas caso por caso, y reconoce que esto entrañaría una falta de previsibilidad. Propone que en cada caso se analice si existe prejuicio u hostilidad contra cierto grupo, para lo cual debe tomarse en cuenta la condición de los grupos beneficiados y perjudicados, así como de los funcionarios que la diseñaron, y si apuntan a un fin.<sup>97</sup> Sobre esto último pone un acento, pues estima que podría tener justificación un fin como lograr la diversidad en el estudiantado y construir un mejor futuro, mientras que no podrían hacerlo para aumentar los profesionistas de una raza.<sup>98</sup>

John Hart Ely, por su parte, propone su justificación en un mandato constitucional adjetivo, consecuente con su visión procedimental de la Constitución. Para este autor, existe una obligación constitucional de igual participación como mecanismo para conseguir la democracia real. Sin la participación de las minorías, las normas emanadas del Legislativo estarían viciadas de origen. Es por ello que las acciones afirmativas se justifican en tanto suponen un mecanismo para lograr una mejor representación de las minorías.<sup>99</sup> De esta forma, las acciones afirmativas asegurarían un futuro incluyente.

Otra forma de argumentar estas medidas la ha dado Owen Fiss, para quien pueden justificarse de una prohibición a la subordinación. Para este autor, el principio de igualdad prohíbe la existencia de dominación o subordinación de un grupo sobre otro. De este modo, la discriminación sería la conducta que empeora el estatus de un grupo desventajado. Por tanto, las acciones afirmativas se justificarían por ser mecanismos que permiten

---

<sup>94</sup> Rawls, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 103.

<sup>95</sup> Voto concurrente en el caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989).

<sup>96</sup> Dworkin, Ronald, *Virtud...*, *cit.*, p. 468.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 467.

<sup>99</sup> Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 1997, p. 37.

a estos grupos acceder a posiciones de poder, prestigio e influencia, que de otro modo no podrían.<sup>100</sup>

## 2. *Las acciones afirmativas en la Constitución mexicana*

Según se ha visto, existen diversas opiniones sobre la justificación de las acciones afirmativas. Sea cual sea la que más convenza, lo cierto es que se han vuelto un mecanismo socorrido en los Estados Unidos no sólo por motivos de raza, sino también para proteger a minorías distintas a las raciales, que son las que han acaparado las páginas jurisprudenciales y doctrinales norteamericanas.<sup>101</sup>

Ciertamente, las acciones afirmativas han debatido mucho en Estados Unidos, pero no se han restringido a esa nación. También han sido usadas en Europa y en Latinoamérica. México no podía ser la excepción. Por ello, ahora se analizará el uso mexicano, pero limitado a la Constitución, pues de otra forma se excederían los propósitos de este trabajo.

Hay que señalar que producto de la concepción que tenía el constitucionalismo liberal, en el siglo XIX se agravó la situación de desventaja de las comunidades indígenas. Pensemos en el caso de la educación. Si conforme a esta concepción hay que tratar a todos por igual, sin poder hacer distinciones, pues tanto los indígenas como los no indígenas son mexicanos. Eso significaba que todos recibieran educación en el mismo idioma. Para las personas cuya lengua materna es el castellano no supone problema, pero para quien una lengua indígena es la materna, sí que lo hay. Al acudir a clase y no entender, deciden desertar.

Ante este panorama, que además de la educación abarcaba muchos otros aspectos, fue necesario establecer un mandato constitucional a todos los poderes públicos, al iniciar el siglo XXI, con objeto de “promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria”. Por ello, se determinó que debían establecer las instituciones políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 146. El trabajo original, Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 5, 1976.

<sup>101</sup> Sobre los precedentes norteamericanos, Santiago Juárez, Mario, *op. cit.*, especialmente el capítulo cuarto.

<sup>102</sup> Artículo 2o., apartado B, reformado el 14 de agosto de 2001.

Ello se tradujo en las obligaciones concretas de impulsar el desarrollo regional, garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud, mejorar las condiciones de las comunidades indígenas, propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, extender la red de comunicaciones, apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable y proteger a los migrantes de los pueblos indígenas.

Hay que señalar que por mandato constitucional estas obligaciones también se establecieron a favor de las comunidades equiparables a los pueblos indígenas, y en la reforma del 9 de agosto de 2019, a los pueblos y comunidades afroamericanos.

Las obligaciones referidas en sí mismas están ajenas al debate sobre la justificación de las acciones afirmativas, pues no suponen cerrar las oportunidades a las personas que no sean indígenas a favor de quienes sí lo son. En efecto, garantizar la escolaridad de los indígenas o asegurarles el acceso a la salud no supone dejar de hacerlo respecto a los que no lo son. No obstante, en cumplimiento de estas obligaciones sí puede emitirse una acción afirmativa que supusiera el decremento de las oportunidades de otras personas, lo que propiciaría un debate como el norteamericano que se ha reseñado.

Esa polémica sí podría tener cabida en las otras acciones afirmativas contempladas en la Constitución, establecidas en favor de la igualdad de oportunidades electorales de las mujeres, pues en ese caso sí podría suponer que los hombres sintieran que se menoscaba su derecho a ser votados.

Las cuotas de género en materia electoral surgieron en el ámbito federal en 2002, cuando el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales topó en setenta por ciento las candidaturas de un mismo género. En 2007 se ampliaron, al preverse que las candidaturas debían integrarse con al menos el cuarenta por ciento de candidatos del mismo género. A los cambios legislativo le siguieron debates judiciales, que concluyeron que estas cuotas no vulneraran ese principio, aunque sin exponer mayores consideraciones al respecto.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> La constitucionalidad de la reforma Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 2002 no fue analizada propiamente, aunque ese mismo año se presentó la acción de inconstitucionalidad 2/2002, en contra de una reforma similar en Coahuila, que fue considerada constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La sentencia puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 914. El comentario al respecto es de Carbonell, Miguel, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género”, *Cuestiones Constitucionales. Revista mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 8, enero-julio de 2003, pp. 193 y ss.

La polémica jurisdiccional más interesante se presentó respecto a una norma local, la legislación electoral de Veracruz.<sup>104</sup> Los promoventes argumentaban que si bien las cuotas de género eran válidas, esas medidas debían actualizarse para evitar que se desfavoreciera injustificadamente a un género. En el proyecto de sentencia, la ministra ponente propuso reconocer que existía un mandato constitucional de establecer la paridad de género en materia electoral, por lo que el tope del sesenta por ciento de candidaturas del mismo sexo que establecía la legislación impugnada resultaba insuficiente. La mayoría de los ministros estimaron que la Constitución simplemente posibilitaba las acciones afirmativas, pero en ningún caso se trataba de un mandato.

Como el criterio jurisprudencial fue que no existía un mandato constitucional de establecer acciones afirmativas en materia electoral, fue necesario introducirlo. Eso ocurrió en la reforma del 6 de junio de 2019, en que se dispuso que los partidos políticos debían observar el principio de paridad de género en la postulación de sus candidaturas,<sup>105</sup> y que las listas para legisladores por el principio de representación proporcional debían alternar la postulación de hombres y mujeres y ser encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo.<sup>106</sup>

Al tratar las acciones afirmativas a favor de la mujer, no puede dejar de mencionarse que México cuenta con dos normas constitucionales relativas al principio de igualdad que podrían parecer similares. Por una parte, la tratada en este trabajo, que prohíbe la discriminación por género. Por la otra, el primer párrafo del artículo 4o., que establece que “la mujer y el hombre son iguales ante la ley”.

Hay que señalar que la Ley Fundamental de Bonn también cuenta con esas dos normas, pues por una parte prohíbe la discriminación por razón de sexo,<sup>107</sup> y por otra reconoce la igualdad entre mujeres y hombres.<sup>108</sup> Este

<sup>104</sup> Acción de inconstitucionalidad 7/2009 y sus acumuladas 8/2009 y 9/2009, resueltas el 24 de septiembre de 2009. La sentencia puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 1518. Un comentario a esta sentencia fue realizado por Silva García, Fernando *et al.*, “La equidad de género en materia electoral”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio 2010, pp. 381 y ss.

<sup>105</sup> Artículo 41, párrafo tercero, fracción I.

<sup>106</sup> Artículos 53, párrafo segundo, y 26, párrafo segundo, respectivamente.

<sup>107</sup> Dispone el artículo 3.3: “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

<sup>108</sup> El artículo 3.2 establece: “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes”.

binomio normativo no se considera ocioso en aquella nación, pues se ha interpretado que son dos deberes de diversa especie, ya que por una parte existe un mandato de promoción de la igualdad y, por otra, una prohibición de distinción.<sup>109</sup>

Así pues, la norma contenida en el artículo 4o. podría ser la que autorizara las acciones afirmativas para conseguir la igualdad de hecho, pues esa es la paradoja de la igualdad: para conseguir la igualdad de *facto* hay que crear una desigualdad de *iure*, y la igualdad de *iure* produce desigualdades de *facto*.<sup>110</sup>

## VII. EL JUICIO DE DISCRIMINACIÓN

Es común que muchas personas, al sentirse menospreciadas por un trato adverso, afirmen que han sido discriminadas. Puede ser que no estén siendo discriminados, pues el trato no necesariamente cumple con los elementos para considerarlo como tal.

Por ejemplo, una persona que llega tarde a un aeropuerto y no le permiten abordar un avión, pues el vuelo que iba a tomar ya fue cerrado. Aunque eso sea tomado como una afrenta personal, no necesariamente puede considerarse discriminación, pues, como hemos visto, para que exista discriminación se requiere hacer una distinción. Si se impide abordar a todos los que fueron impuntuales, no hay distinción y, por tanto, no se discriminará, aunque esa persona pueda haber sufrido la violación a otro derecho por parte del personal de la aerolínea.

Si a otra persona se le permitió abordar, ya podríamos estar en presencia de una discriminación; entonces habría que valorar qué es lo que motivó el trato diferenciado. No podría considerarse discriminación si fue el primer oficial quien subió tarde al avión por hacer una inspección de última hora. Pero si a quien se le permitió el abordaje extemporáneo fue a una persona por el hecho de ser menor de edad, sería otro el panorama, puesto que la discriminación exige el uso de uno de los tercios de comparación constitucionalmente proscritos.

En el último supuesto, a su vez, habría que valorar si existe una causa que justifique el trato desigual, pues, como se ha visto, no todo trato desigual basado en un tercio prohibido puede considerarse discriminatorio, sino úni-

---

<sup>109</sup> Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 59.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 105.

camente los que son injustificados. Quizá el evitar una separación de un menor de sus padres que ya abordaron siendo que el niño salió del avión sin que lo notara nadie podría justiciar su reingreso a la aeronave.

Como se puede apreciar, son muchos los supuestos que pueden condicionar la consideración de una conducta como discriminatoria. Por ello, es oportuno analizar la estructura lógica que ha de emplearse para verificar si un tratamiento puede considerarse discriminatorio o no.

La igualdad, que es el género de la discriminación, prohíbe tratar lo esencialmente desigual de forma arbitrariamente desigual. Esa prohibición entraña dos adjetivos (esencial y arbitrariamente), lo que supone que deben hacerse dos análisis diversos: la valoración de si quienes se comparan son esencialmente iguales, y la de si el trato desigual es arbitrario o justificado. Por ello, los tribunales constitucionales distinguen entre estos dos momentos en el juicio de igualdad.<sup>111</sup> Los españoles han llamado “juicio de racionalidad” al primero, y “juicio de proporcionalidad” al segundo.<sup>112</sup> Usaremos esa terminología a fin de distinguir las etapas.

### 1. *Juicio de racionalidad*

El juicio de racionalidad implica valorar si dos situaciones son esencialmente iguales. Podría suponerse que en el caso de la discriminación eso se presume, pues implica una distinción por motivos que comprometen la dignidad de las personas, y todas poseen la misma dignidad. Ciertamente, ello es así. Sin embargo, eso no exime de valorar dos presupuestos lógicos previamente.

El primero consiste en comprobar que se esté haciendo un trato desigual. Aristóteles, al exponer su doctrina sobre la justicia distributiva, que es la que informa el principio de igualdad, considera que se trata de una relación entre dos razones, entre las que debe existir una proporción geométrica.<sup>113</sup>

Ello es lógico. La igualdad es un concepto relacional. La igualdad se predica en relación con otro. Sólo se puede decir que algo es igual o distinto en relación con otro. Ésta es la especificación de los derechos de igualdad, entre los que se encuentra la discriminación. En los demás derechos se com-

---

<sup>111</sup> Cerri, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, 1994, t. XXXII, p. 9.

<sup>112</sup> Gimenez Glük, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 56.

<sup>113</sup> Aristóteles, *Política*, 1131b.

para una situación con la Constitución. En los derechos de igualdad hay que comparar, previamente, una situación respecto a otra.

Así pues, el primer presupuesto lógico de un juicio de racionalidad es determinar que a dos personas se les esté dando un trato desigual. En caso de que a todos se les dé el mismo trato, no podrá ser considerado como discriminatorio. Quizá sea un trato que atente contra la dignidad humana y haya de ser reprobado, pero eso será a la luz de otro derecho, y no de la prohibición de la discriminación. Podrá decirse que es un trato indigno, que viola la integridad personal o alguna libertad, pero no a la discriminación.

Pensemos en una persona que es detenida y desnudada en un separo policial. Evidentemente se atenta contra su dignidad. Sin embargo, si no es un trato que se le haga de forma exclusiva a una persona o a un grupo determinado, habrá que considerar que estamos en presencia de una violación a su derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En caso de que sí haya un trato desigual, que no sea una actuación general, como ocurría en el caso descrito al inicio del apartado, en el que se le impide abordar a todos los que llegan tarde, habrá que hacer la valoración de otro presupuesto.

El segundo presupuesto consiste en el uso de uno de los tercios de comparación proscritos por la Constitución. Si el trato desigual no se basa en una de las causas prohibidas, estaremos en presencia de un caso de igualdad genérica. Pero si se basa en un *tertium* proscrito, sí será un caso de discriminación. Cabe recordar que existe una cláusula de apertura en la Constitución, que permite sumar otros tercios a la prohibición si atentan contra la dignidad humana.

Un primer resultado posible del análisis es que la comparación se basa en un motivo constitucionalmente proscrito. En este caso, habría que realizar un juicio de proporcionalidad, para verificar si hay una razón que justifique el trato desigual.

Un segundo resultado posible sería que la comparación no se base en el tercio prohibido, aunque se haya alegado. Por ejemplo, frente a alguien que alega que se le niega la sustitución de la pena de prisión con motivo de sus creencias religiosas y, por tanto, se usa un tercio prohibido,<sup>114</sup> se podría concluir que la distinción se basa en una norma que contempla ese beneficio únicamente a los que han sido condenados a menos de cuatro años de

---

<sup>114</sup> Ese caso se presentó ante la Suprema Corte y dio lugar a la tesis 1a. CXXXIV/2004, IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVEN, RESPECTIVAMENTE, LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO VIOLAN ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 363.

prisión, es decir, el tercio de comparación serían los años de condena y no la religión. Podría en ese caso hacerse un análisis de igualdad genérica, pero no de discriminación.

En este punto hay que ser cuidadosos, pues puede darse el caso de que se utilice un tercio no proscrito, un motivo de comparación aparentemente neutral, pero que en realidad se pretenda discriminar a un grupo.<sup>115</sup> Serían los supuestos de discriminación indirecta o estructural. Éstos son los casos difíciles de analizar.

La Suprema Corte ha afirmado que también se estaría en presencia de discriminación cuando una distinción se base en motivos neutrales, pero que provoque una diferencia de trato irrazonable, injusto o injustificable, de acuerdo con la situación que ocupen las personas dentro de la estructura social.<sup>116</sup>

Es por ello que deben analizarse los factores contextuales o estructurales, como las relaciones de subordinación en torno al género, o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos desaventajados, y las condiciones socioeconómicas.<sup>117</sup>

A manera de síntesis, en el juicio de racionalidad deben responderse dos preguntas:

- a) ¿Se ha realizado un trato desigual? De responder negativamente habría que valorar la conducta a la luz de otro derecho fundamental. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- b) ¿El trato desigual se basa en uno de los tercios de comparación vedados? De responder negativamente habrá que hacer un análisis de constitucionalidad a la luz de la igualdad genérica. Si se responde afirmativamente, se debe pasar al juicio de proporcionalidad.

## 2. Juicio de proporcionalidad

Como se ha indicado, la distinción basada en un tercio de comparación prohibido no resulta discriminatoria necesariamente; únicamente podrá

<sup>115</sup> Giménez Glük, *op. cit.*, p. 287.

<sup>116</sup> Tesis P. VIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, septiembre de 2016, t. I, p. 254.

<sup>117</sup> Esto lo sostuvo la Suprema Corte en la tesis 1a. CXXI/2018 (10a.), DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O NO EXPLÍCITA. SU DETERMINACIÓN REQUIERE EL ANÁLISIS DE FACTORES CONTEXTUALES Y ESTRUCTURALES, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 58, septiembre de 2018, t. I, p. 841.

considerarse como tal si no se justifica el trato desigual, en la medida en que únicamente están prohibidos los tratos arbitrariamente desiguales.

Para valorar si el trato desigual es razonable o no, se ha recurrido al test de proporcionalidad, una herramienta surgida en el derecho administrativo para valorar las actuaciones discrecionales de las autoridades,<sup>118</sup> que ha retomado el derecho constitucional para valorar las restricciones a los derechos humanos.

Este análisis se realiza también en los casos de la igualdad genérica. Para distinguir la valoración general de los supuestos de discriminación, las jurisdicciones constitucionales de Estados Unidos,<sup>119</sup> Alemania,<sup>120</sup> España,<sup>121</sup> Italia,<sup>122</sup> o Colombia,<sup>123</sup> aplican un examen más riguroso (*strict scrutiny*) en los casos en los que se alega una discriminación, al considerar que existe una sospecha de inconstitucionalidad de la distinción por basarse en un tercio de comparación proscrito, a lo que se le ha llamado “categoría sospechosa”.

Siguiendo la línea de las jurisdicciones antes mencionadas, la Suprema Corte ha considerado que si la distinción reclamada se basa en una categoría sospechosa de las enumeradas en el artículo 1o., debe realizarse un escrutinio estricto, puesto que esas distinciones están afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.<sup>124</sup>

Hay que señalar que en el ámbito norteamericano se ha debatido acerca de si ha de usarse el escrutinio estricto al valorar la constitucionalidad de las acciones afirmativas, pues, pese a usar un tercio de comparación proscrito tienen como fin lograr la igualdad real.<sup>125</sup> Este debate no ha llegado al ámbito jurisdiccional mexicano, por lo que no habrá que profundizar en ello. Sin embargo, puede decirse que parece razonable no exigir el test estricto, pues se trata de comparar la igualdad consigo misma.

<sup>118</sup> García de Enterría, Eduardo *et al.*, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, t. I, p. 401.

<sup>119</sup> *Railway Express Agency vs New York*, 336 US 106 (1949).

<sup>120</sup> BVerfGE 66, 234.

<sup>121</sup> Sentencia 81/1982, del 21 de diciembre, f.º 2; y sentencia 70/1991, del 8 de abril, f.º 7.

<sup>122</sup> Cerri, *op. cit.*, p. 7.

<sup>123</sup> Sentencias C-93 de 2001 y C-371 de 2000 de la Corte Constitucional colombiana.

<sup>124</sup> Tesis 1a./J. 66/2015 (10a.), IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESCRITO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, octubre de 2015, t. II, p. 1462.

<sup>125</sup> Algunos autores consideran que debe usarse un escrutinio débil, como si fuera un caso de igualdad genérica. Por ejemplo, Fiss, *op. cit.*, p. 151, o Dworkin, *Virtud..., cit.*, p. 455-458. Este debate ha alcanzado los tribunales. Una síntesis de la actividad judicial puede verse en Martín Vida, *Fundamentos..., cit.*, pp. 156 y ss.

En las matemáticas, analizar la proporcionalidad implica valorar la relación entre dos objetos o dos magnitudes. En el ámbito jurídico también supone una valoración relacional, sólo que entre la importancia entre dos fines.

Uno de los fines ya lo conocemos de antemano, y es el objetivo de la cláusula antidiscriminatoria: lograr la igualdad entre quienes poseen la misma dignidad. El otro fin debe ser dado por quien realiza el trato desigual. Si no hay una finalidad para usar un tercio prohibido, la distinción será arbitraria y contraria a la Constitución, entendida como limitación al poder.

Dicho fin no puede estar proscrito constitucionalmente,<sup>126</sup> y debe ser socialmente relevante, como ha dicho el Tribunal Constitucional español,<sup>127</sup> pues si se va a intervenir en un derecho, debe ser por alguna razón que interese a la sociedad. En el ámbito norteamericano se va a más, pues como parte del escrutinio estricto se pide que la finalidad sea un valor constitucional fundamental.<sup>128</sup> Esto ha sido retomado por la jurisprudencia mexicana, que exige que tenga “una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional”, y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible.<sup>129</sup>

Así pues, la proporcionalidad implicará comparar el fin de la cláusula antidiscriminatoria con la finalidad de una distinción que usa un tercio de comparación prohibido. Para poder hacer ese análisis se requieren dos pasos previos, que han sido llamados “adecuación” y “necesidad”.

### A. Adecuación

La adecuación, también llamada “idoneidad”, parte de la idea de que la finalidad de un trato desigual no basta. Se requiere que el trato desigual contribuya de algún modo a conseguir ese fin, es decir, que sea adecuado o idóneo para alcanzar el fin procurado.

Así pues, en este paso debe valorarse si con el trato desigual se consigue el fin que persigue con la diferencia normativa. En caso de que la respuesta sea negativa, se debe declarar la inconstitucionalidad de la distinción por

---

<sup>126</sup> Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994, p. 698.

<sup>127</sup> Sentencia 55/1996, del 28 de marzo, f.º 7.

<sup>128</sup> Siguiendo la expresión de la Suprema Corte de Estados Unidos, que exige una “*compelling government interest*”. Véase *Shapira v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969).

<sup>129</sup> Jurisprudencia 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 109.

inadecuada. Si la respuesta es afirmativa, se debe continuar con el análisis de necesidad.

### B. *Necesidad*

El segundo paso es valorar la necesidad de la distinción. De acuerdo con éste, todo trato desigual basado en un tercio prohibido debe ser el más benigno con la igualdad, entre otras alternativas que revistan por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.<sup>130</sup>

Dicho en otras palabras, habría que preguntarse si realmente era necesario realizar el trato desigual si no existía otra forma de alcanzar la finalidad que usando un tercio de comparación proscrito. Por ello, debe valorarse si la medida adoptada es la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos entre las igualmente eficaces.<sup>131</sup>

Eso implica dos cuestiones. Primero, valorar si existen otros medios con una idoneidad equivalente a la del trato desigual para contribuir a alcanzar el fin inmediato desde las perspectivas de la eficacia, la temporalidad, la realización del fin y la probabilidad.<sup>132</sup> En caso de que no existan, se pasará al análisis de proporcionalidad.

Pero si existen medidas alternativas igualmente eficaces, debe determinarse el grado de restricción entre los medios que sean igual o más eficaces, es decir, si entre los medios alternativos de igual o mayor eficacia hay uno que sea menos restrictivo. En caso de que existan, debe declararse inconstitucional la norma impugnada. De lo contrario, debe considerarse que la medida es necesaria, y se pasa al análisis de proporcionalidad.

Hay que señalar que este paso ha sido excluido del análisis de la igualdad genérica y de otros derechos humanos al sostener que no corresponde a los jueces valorar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles; únicamente les atañe valorar que sea uno de los posibles.<sup>133</sup> Sin embargo, en los casos de escrutinio estricto sí se realiza esta valoración.<sup>134</sup>

En el caso mexicano, la Suprema Corte ha estimado que en los casos en que se realiza el escrutinio estricto debe valorarse que la distinción legis-

---

<sup>130</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 734.

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 178/1989, del 2 de noviembre, f. 5.

<sup>132</sup> Bernal, *op. cit.*, p. 741.

<sup>133</sup> Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 138.

<sup>134</sup> Gimenez Glük *op. cit.*, p. 117.

lativa sea la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.<sup>135</sup>

### C. *Proporcionalidad en estricto sentido*

Una vez superados los análisis de idoneidad y necesidad, ya puede realizarse el juicio de la proporcionalidad entre el fin de la cláusula antidiscriminatoria y la finalidad del trato desigual, para valorar si entre ambas existe una relación razonable.

Esto es lo que se conoce como *balancing test* en el derecho norteamericano,<sup>136</sup> y que no es otra cosa que comparar la importancia de los bienes jurídicos. Habrá una desproporción si no corresponde la magnitud del fin de la distinción con la finalidad de preservar la igual dignidad entre las personas. Si la distinción pretende un fin que sea de la misma dimensión que la igualdad, podrá considerarse proporcional el trato desigual.

Hay que precisar que la importancia de la igualdad y del fin son elementos que no son medibles cuantitativamente. Si se señala que se miden y que se comparan las mediciones, es para hacer gráfico el proceso mental que se debe seguir, no para encerrar la realidad.

Así pues, habrá que preguntarse si el fin procurado compensa las desventajas que produce el trato desigual. En caso de que las compense, el trato desigual será constitucional; de lo contrario, se debe declarar su inconstitucionalidad.

Al igual que se hizo en el juicio de racionalidad, a manera de síntesis, en el juicio de proporcionalidad deben responderse cinco preguntas:

- a) ¿El trato desigual tiene una finalidad? De responder negativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- b) ¿El trato desigual contribuye a alcanzar la finalidad? De responder negativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- c) ¿Existen medidas alternativas al trato desigual para conseguir el fin que sean igualmente eficaces? De responder negativamente habría

<sup>135</sup> Jurisprudencia 1a./J. 87/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 25, diciembre de 2015, t. I, p. 109.

<sup>136</sup> Así se le denomina por la propia Suprema Corte de aquella nación en *Refugee Comm v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Sobre el tema, Fried, Charles, "Two Concepts of Interest: Some reflections of Supreme Court's Balancing Test", *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, p. 755.

que pasar a la pregunta *e*). Si se responde afirmativamente, se pasa a la siguiente pregunta.

- d*) ¿Alguna de las medidas alternativas es menos restrictiva de la igualdad que el trato desigual? De responder afirmativamente habría que declarar discriminatorio el trato. Si se responde negativamente, se pasa a la siguiente pregunta.
- e*) ¿El fin procurado compensa las desventajas que produce el trato desigual? Si se responde afirmativamente, habrá que reconocer que el trato desigual es constitucional. Si se responde negativamente, se considerará que el trato es discriminatorio, y, por tanto, inconstitucional.