

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. Introducción al concepto de igualdad..	161
1. Igualdad y justicia	162
2. Perspectivas sobre la igualdad	163
A. La perspectiva lógico-lingüística	164
B. La perspectiva filosófico-política	165
C. La perspectiva jurídica.	168
3. ¿Qué diferencias son relevantes?	169
4. Igualdad en la aplicación de la ley e igualdad ante la ley	173
II. La igualdad en derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero)	175
III. El principio de no discriminación (artículo 1o., párrafo tercero)	177
1. Concepto de discriminación.	179
2. La no discriminación frente a los particulares	182
3. El control jurisdiccional de la no discriminación.	186
4. La jurisprudencia mexicana sobre no discriminación	189
5. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación	194
IV. La igualdad entre el hombre y la mujer y la protección de la familia (artículo 4o., párrafo primero)	208
1. La igualdad entre el hombre y la mujer	208
A. La igualdad entre el hombre y la mujer en la jurisprudencia	210
B. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral	214

C. La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos	217
D. Algunos datos sobre la desigualdad de género	222
E. La igualdad entre el hombre y la mujer en la teoría constitucional mexicana	227
2. La protección de la familia	228
V. Las prohibiciones del artículo 12 constitucional	239
VI. El artículo 13 constitucional.	241
1. Leyes privativas	242
2. Tribunales especiales	248
3. Emolumentos	250
4. Fuero militar	253
VII. La igualdad en sentido sustancial	262
1. Las acciones positivas	264
2. Las cuotas electorales de género	275
A. Las razones a favor y en contra de las cuotas electorales de género.	276
B. Las cuotas electorales en México	280
C. Las cuotas y el derecho internacional de los derechos humanos	284
3. El derecho a la renta básica	285
VIII. Bibliografía	291

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DE IGUALDAD

I. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE IGUALDAD

El de igualdad es un concepto complejo, que atañe al quehacer de diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.¹

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos. Como señala Francisco J. Laporta:

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.²

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado.

¹ Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que “En el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leivmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder; y en sociología, en la estratificación social”, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16. Como veremos a lo largo de este capítulo, también el derecho tiene sus propias preocupaciones y tareas en relación con la igualdad.

² Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, num. 67, 1985, p. 3.

El primer artículo de que lo que, junto con la Constitución estadounidense de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

1. *Igualdad y justicia*

Aparte de lo anterior, la igualdad dentro del pensamiento filosófico de la modernidad ha estado vinculada al concepto más amplio de justicia. Esto es lo que explica que la más importante formulación teórica sobre la justicia que se realizó en el siglo XX, la famosa *Teoría de la justicia*, de John Rawls, afirme como los dos grandes principios de justicia cuestiones que están inmediatamente relacionadas con la igualdad. Para Rawls, los dos principios a partir de los cuales habría que comenzar a edificar una sociedad justa (partiendo de lo que el propio Rawls llama “la posición originaria”) son los siguientes:

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.³

Como se puede ver, el nexo que establece Rawls entre justicia e igualdad es inequívoco.⁴ A partir del primer principio se podría construir el mandato constitucional de la igualdad en los derechos fundamentales, que como veremos más adelante aparece establecido en el párrafo primero del artículo 1o. de la Constitución mexicana. En la última parte del primer principio también está implícita la idea de que las libertades básicas (concepto que podríamos ampliar para incluir a los derechos fundamentales) no se pueden restringir con cualquier argumento, sino solamente en la medida en que así lo exija la necesidad de que todas las personas tengan el mismo esquema de libertades (es decir, se trata del conocido principio según el cual mi derecho puede llegar hasta donde

³ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 67 y 68.

⁴ Sobre la teoría de Rawls se han escrito infinidad de libros y artículos; su libro ha sido uno de los más citados dentro de las ciencias sociales desde que apareció en 1971; para una introducción a su teoría, en relación con el principio de igualdad, Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 63 y ss.

comienza el de otra persona; cuestión que en la práctica no es fácil de dilucidar, pero que como principio normativo es irrefutable).

El segundo principio parte de la idea de que la regla debe ser la igualdad; las desigualdades deben ser la excepción y solamente se pueden tolerar bajo las dos circunstancias que enumera en el mismo principio. De esas dos circunstancias o condiciones también se pueden extraer interesantes consecuencias para la fundamentación de los derechos de igualdad previstos por el orden constitucional; según la primera de ellas, podemos justificar el criterio de “protección de los más débiles”, que tiene mucha relevancia en el ámbito de los derechos sociales, como lo veremos oportunamente; sólo a partir de la protección preferente de los más débiles podemos justificar que una desigualdad sea ventajosa para todos.

De acuerdo con la segunda circunstancia podemos construir y fundamentar el principio de igualdad de oportunidades que subyace al mandato de igualdad formal ante la ley; es decir, para que una desigualdad esté justificada, debe darse una igualdad de oportunidades a todos los miembros de una sociedad, de manera que los “empleos y cargos” (podríamos ampliar esta idea para hacerla extensiva a todos los bienes socialmente relevantes, o por lo menos a todos los bienes básicos) sean realmente asequibles a todos; a partir de este principio podrían justificarse, por ejemplo, las cuotas electorales de género, cuyo estudio pormenorizado se realiza en la parte final de este mismo capítulo. Es importante destacar que para Rawls los “empleos y cargos” deben ser *realmente asequibles* a partir de la igualdad de oportunidades; es decir, no solamente se trata de decir que son asequibles en tanto que no hay impedimentos formales para acceder a esos bienes sociales, sino que se deben generar las condiciones necesarias y suficientes para que en efecto exista la posibilidad real de acceder a ellos.⁵

2. Perspectivas sobre la igualdad

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci,⁶ y que en seguida desarrollamos.

⁵ En este punto la teoría de Rawls quizá pueda empatarse con algunos conceptos desarrollados por las teorías neorrepublicanas, que sostienen la pertinencia de lograr esquemas de “libertad real para todos”; este es, justamente, el empeño de la importante obra de Van Parijs, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996. Sobre el mismo tema puede verse Ovejero, Félix y otros (comps.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y sociedad*, Barcelona, Paidós, 2004.

⁶ Comanducci, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto* 1992, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 85-87.

A. La perspectiva lógico-lingüística

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

Si acudimos al *Diccionario de la Lengua Española*, podemos encontrar que el vocablo “igualdad” proviene del latín *aequalitas* y tiene dos significados generales y un significado específico en matemáticas; en general significa “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”, así como “Correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo”; en matemáticas significa “equivalencia de dos cantidades o expresiones”.

¿Qué significa decir que dos personas o dos objetos son iguales? Para que dos personas o dos objetos sean iguales deben mantener una relación de igualdad, la cual debe cumplir con tres propiedades: ser reflexiva ($A=A$), ser simétrica ($A=B, B=A$) y ser transitiva (si $A=B, B=C$, entonces $A=C$).⁷

Para el ámbito de las ciencias sociales es importante recordar que cuando utilizamos el término igualdad normalmente lo hacemos en un sentido normativo y no descriptivo;⁸ es decir, cuando decimos que dos personas son iguales ante la ley lo que en realidad queremos decir es que la ley *debería* tratarlas como iguales, porque de otra manera esa ley estaría violando tal o cual artículo de la Constitución o de un tratado internacional.

Nuestra perspectiva es también de carácter normativo en la medida en que, como es obvio, no hay dos personas completamente iguales. A las ciencias sociales lo que les interesa es saber cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser tomadas en cuenta. Así por ejemplo, a la economía le puede interesar la desigualdad de ingresos existente entre dos o más personas, porque de esa manera se puede hacer un cálculo de los impuestos que debe pagar cada una de ellas; la sociología puede tomar en cuenta las distintas formas de agrupamiento familiar que se producen en una sociedad, analizando las causas por las que unas personas tienen ciertos vínculos familiares y otras sostienen una forma diferente de convivencia. Siguiendo a Laporta podemos decir que las ideas de la igualdad o de la desigualdad no están determinadas principalmente

⁷ Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 67 y 68.

⁸ Tomo esta idea de Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad”, *cit.*, p. 66. En el mismo sentido, Valcárcel, Amelia, “Igualdad, idea regulativa”, en *id.* (comp.), *El concepto de igualdad, cit.*, pp. 1-15.

por hechos, sino que son producto de la estructura normativa de la sociedad;⁹ esa estructura ha sido variable históricamente, razón por la cual, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, la igualdad que tenemos en las sociedades contemporáneas —mucho o poca en la práctica, eso es otra cuestión— se ha ido ganando por parcelas, por avances grandes y pequeños, pero no se ha dado de una vez y para siempre.

Al derecho la pregunta que le interesa, como lo veremos más adelante, es la de ¿cómo lograr la igualdad? Para contestar esa pregunta, sin embargo, la ciencia jurídica tiene que tener claras muchas cuestiones que parten del significado lingüístico, pero también de la perspectiva política desde la que puede ser analizada la igualdad. Justamente sobre la igualdad política trata el siguiente apartado.

B. *La perspectiva filosófico-política*

El segundo nivel desde el que se puede analizar la igualdad es el *filosófico-político*. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: “¿por qué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que en general existen desde la perspectiva filosófico-política (más adelante nos referiremos a los tipos de igualdad que existen desde el punto de vista jurídico).

Desde una perspectiva filosófico-política, Ronald Dworkin ha distinguido la “igualdad económica” de la “igualdad política”.¹⁰ La igualdad económica, de acuerdo con este autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinado por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines.

⁹ Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, p. 3. Este autor señala, en consonancia con lo que se acaba de decir, que hay que tener presente que la idea de igualdad es un principio y no una descripción genérica de la sociedad.

¹⁰ Dworkin, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 478 y ss.; del mismo autor, *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, sobre todo los caps. 1 y 2, dedicados respectivamente a la igualdad de bienestar y a la igualdad de recursos.

Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación política (o en el derecho a ella), entonces habrá que determinar —desde el punto de vista político— el significado de esa igualdad.¹¹ Böckenförde señala que

Democracia e igualdad están estrechamente vinculadas. La posesión del poder de ejercer el dominio político y el punto de partida para la legitimación de este poder no puede atribuirse a unos pocos, sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo. La igualdad de los derechos políticos es así imprescindible para la democracia. Pues si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad.¹²

En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas que pertenecen a una comunidad —o la amplia mayoría de ellas— pueden participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular.

Consecuencia de este significado de la igualdad política es el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisional”, como resultado del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de *todos* los individuos considerados... tienen una *igual dignidad*”.¹³

Los enfoques que, como el de Bovero al que acabamos de hacer referencia, llaman la atención sobre la igualdad política en cuanto *forma de tomar decisiones* se ubican dentro de lo que Alfonso Ruiz Miguel ha denominado el “modelo procedimental” de la igualdad política. El propio Ruiz Miguel explica que jun-

¹¹ Bovero, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, trad. de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 24.

¹² Böckenförde, Ernst Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 82 y 83.

¹³ Bovero, *Una gramática de la democracia, cit.*, p. 26.

to al “modelo procedimental” puede ubicarse el “modelo de preferencias”, que en vez de poner el acento en asegurar la igualdad mediante una correcta forma de tomar decisiones (un hombre, un voto, por ejemplo), se propone que la igualdad política se traduzca en la mayor medida posible en la satisfacción de las preferencias de los votantes.¹⁴

Este segundo modelo es interesante porque añade algún elemento de sofisticación en el entendimiento de la igualdad política; así, por ejemplo, si queremos asegurar que las preferencias de los votantes tengan la consideración más igual que sea posible, entonces es probable que tengamos que diseñar un sistema electoral basado en la proporcionalidad, para que los votos de los ciudadanos se traduzcan de la manera más fiel posible en la distribución de los asientos parlamentarios; es obvio que un sistema electoral mayoritario no toma en cuenta el “modelo de las preferencias” tan en serio como lo hace un sistema proporcional, si bien se puede decir que respeta el “modelo procedimental” en tanto asigna a cada ciudadano una cuota igual de voto (uno por persona). En el mismo sentido, si adoptamos el “modelo de las preferencias” probablemente tendremos que hacer un diseño muy cuidadoso de los distritos electorales a fin de que no existan graves desbalances entre unos y otros; por ejemplo, no sería conforme a ese modelo que en un distrito electoral conformado por 30,000 ciudadanos eligieran el mismo número de representantes que en otro distrito integrado por 300,000 ciudadanos.¹⁵

La igualdad política seguramente podría verse mejor realizada en un sistema de democracia directa pues en ese sistema se reduce la distancia entre quienes ocupan un puesto público y los simples ciudadanos, consiguiendo de esa forma lo que se ha llamado la “igualdad vertical”.¹⁶ Como señala Ruiz Miguel,

la democracia representativa hace que la desigualdad entre gobernantes y gobernados sea radicalmente más marcada, pues los ciudadanos se limitan a elegir a los gobernantes sin capacidad de adoptar directamente las decisiones políticas y, dada la

¹⁴ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 68-71.

¹⁵ La explicación de estos supuestos y su aplicación a casos concretos que han surgido en el derecho español y en el de los Estados Unidos se encuentra en Ruiz Miguel, “La igualdad política”, *cit.*, pp. 82 y ss. *Cfr.* también, sobre el tema de la igualdad política y la distribución geográfica de las demarcaciones del voto, Sánchez Muñoz, Óscar, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en Pau Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 491 y ss.

¹⁶ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad política”, *cit.*, p. 71.

general prohibición del mandato imperativo, no tienen más forma de control decisivo sobre aquéllos que la no elección en la convocatoria siguiente.¹⁷

Ahora bien, toda vez que la posibilidad de establecer sistemas puros de democracia directa en los Estados contemporáneos parece un poco remota por una serie de razones que no es posible estudiar en este momento, el objetivo de la igualdad política consistiría en diseñar mecanismos para que la distancia entre representantes y representados fuera menor de lo que es en la actualidad. Esto se podría lograr, quizá, por medio de la introducción en el texto constitucional de mecanismos de democracia semidirecta.

En cualquier caso, lo interesante para los efectos de este capítulo es considerar que la igualdad política no se agota en fórmulas abstractas ni es una construcción ideológica, sino que, cuando es tomada en serio, puede provocar interesantes y positivas consecuencias para el sistema constitucional, logrando no solamente el disfrute más pleno de la igualdad en sentido amplio, sino también una mejor protección y realización de los derechos político-electorales.

C. *La perspectiva jurídica*

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

El concepto de igualdad, desde una perspectiva normativa, es un concepto indeterminado, que requiere de un esfuerzo creativo importante por parte del intérprete al momento de juzgar si una determinada norma o situación pueden lesionarlo. Tiene razón Francisco Rubio Llorente cuando afirma que

la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe

¹⁷ *Ibidem*, p. 72. En México, sin embargo, ni siquiera tenemos ese medio de control que consiste en no votar a los mismos representantes para el periodo siguiente, porque desde la propia Constitución no se permite la reelección de los principales cargos públicos (presidente de la República, diputados, senadores, diputados locales, presidentes municipales, etcétera).

existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.¹⁸

Al ser un concepto relacional, podemos considerar también que el principio de igualdad tiene un carácter abierto, en un doble sentido.¹⁹ Como ya lo dijimos, el principio de igualdad es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un trato diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos; así, hasta hace poco no era extraño que existiera una diferencia entre los hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho de sufragio; de la misma forma, todavía hasta la mitad del siglo XX, en Estados Unidos existía una separación entre personas de raza blanca y personas de raza negra en el sistema escolar o en el sistema de transporte público; hoy en día, sin embargo, a nadie se le ocurriría defender que los criterios del sexo o la raza son válidos para tratar de distinta forma a una persona. En un segundo sentido, el principio de igualdad es un principio abierto debido a que no es posible enumerar o hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un trato diferente a dos o más personas.

3. *¿Qué diferencias son relevantes?*

Ahora bien, la pregunta que de inmediato debe hacerse a partir del carácter relacional y abierto del principio de igualdad es: ¿cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser relevantes para producir un trato distinto entre ellas? O dicho en otras palabras: ¿cómo sabemos cuándo está permitido tratar de forma distinta a dos personas? ¿cómo justificamos que una persona tenga un mejor sueldo que otra o que un empresario deba pagar más impuestos que un desempleado? ¿qué es lo que justifica que los menores de edad no puedan ser titulares del derecho de sufragio o que las personas con discapacidad síquica no puedan realizar por sí mismas contratos de compraventa?

Para contestar a esas preguntas tenemos que acudir necesariamente a lo que dispongan los ordenamientos jurídicos concretos, como es obvio; pero, ¿y si nosotrosuviéramos la tarea de legislar yuviéramos que justificar la elección

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

¹⁹ Sigo la idea de Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *cit.*, pp. 14 y 15.

de ciertos criterios bajo los cuales no está permitido distinguir entre las personas? ¿Qué haríamos en ese caso? Tendríamos que realizar necesariamente unos “juicios de relevancia”. Es decir, el principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto. No se trata de otra cosa sino de la conocida fórmula expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Hay muchos criterios para poder determinar cuándo las diferencias pueden ser relevantes a efecto de generar un tratamiento jurídico diferenciado hacia dos personas. Francisco J. Laporta ha elegido cuatro de esos criterios, que me parece que arrojan mucha luz sobre este complicado asunto.²⁰ Para Laporta, un tratamiento diferenciado entre dos personas podría justificarse tomando en cuenta los siguientes criterios:

A) Principio de satisfacción de las necesidades; de acuerdo con este principio, estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tiene una necesidad que satisfacer y no darle ese mismo tratamiento a quien no tenga esa necesidad. El problema en este caso sería determinar el concepto mismo de necesidad.²¹ Para algunos autores, una necesidad se produce cuando en ausencia de lo necesitado resentimos un daño en alguno de nuestros derechos o en la posibilidad de llevar adelante nuestros planes de vida; otros, sin embargo, consideran que hay que distinguir entre “necesidades básicas”, que serían aquellas que son requisitos para realizar *cualquier* plan de vida (por ejemplo la vida, la salud, la alimentación, la vivienda, puesto que son bienes sin los cuales nadie podría realizar prácticamente ningún plan de vida), y las necesidades aparentes o personales, que serían las que requiere una persona para llevar a cabo un *determinado* plan de vida (por ejemplo, tener una casa grande, viajar, fumar, etcétera).

B) Principio de retribución de merecimientos; según este principio, estaría justificado dar un trato diferente a una persona que tenga un merecimiento, respecto a otra que no lo tenga. Aunque hay muchos ejemplos aplicativos que no generan demasiada discusión (por ejemplo que la medalla de oro en una carrera atlética se le debe entregar a quien llegue en primer lugar y no a quien llegue en

²⁰ *Ibidem*, pp. 20 y ss.

²¹ Una aproximación a este tema puede verse en Añón Roig, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

último lugar; que un alumno que acredite todas las materias debe obtener un título profesional y el que no cumpla con ese requisito no, etcétera), hay algunos supuestos en donde la puesta en práctica del principio de retribución de merecimientos no es tan fácil; esto se debe al hecho de que el concepto de mérito es una construcción social, que depende de la valoración positiva o negativa que podamos tener sobre una conducta determinada; ¿qué sucede, sin embargo, cuando esa conducta no puede ser valorada en términos positivos o negativos? Éste es justamente un dilema sobre el que volveremos en este mismo capítulo al examinar el tema de las cuotas electorales de género, dentro del apartado referido a la igualdad sustancial.

C) Principio de reconocimiento de aptitudes; de acuerdo con este principio, sería legítimo dar un trato diferenciado a una persona que tuviera ciertos rasgos o características, predominantemente innatas, respecto a otra que no las tuviera; las aptitudes pueden ser características como la inteligencia, la salud, algunos rasgos físicos, la experiencia, etcétera. Las aptitudes se distinguen de los méritos por el hecho de no incorporar de forma preponderantemente elementos volitivos; es decir, nuestra voluntad no tiene incidencia sobre la estatura que tenemos o sobre la precisión de nuestra vista. Por ejemplo, para citar un caso extremo, tendría justificación tratar de forma diferente a una persona que tuviera buena vista respecto de otra que fuera invidente al momento de seleccionar conductores de autobuses. También podría justificarse que las personas que deben desempeñar labores profesionales de alto riesgo tuvieran ciertas características físicas.

Desde luego, este principio tampoco está exento de riesgos y de entrar en conflicto con el principio de no discriminación, que justamente trata —en algunos de sus aspectos— de lograr que las personas no puedan recibir un trato diferente por motivos que no pueden modificar voluntariamente, como el sexo o el color de la piel. En este sentido, la relevancia de las aptitudes tendrá que ser examinada para cada caso en particular; puede ser razonable que para ocupar cierto puesto de trabajo se pidan personas que midan más de 1.80 metros, pero quizá no lo sea si además se le pide a esas personas que no sean de raza negra o que no profesen una religión islámica.

D) Principio de consideración de estatus; según este principio sería legítimo dar un trato diferente —más positivo— a una persona que tenga un cierto estatus en relación a otra persona que no lo tenga. Por estatus puede entenderse el hecho de que una persona ocupe una cierta posición social desde una perspectiva sociológica; ejemplo de diferentes estatus desde este punto de vista serían el ser niño, pobre, médico, mayor de edad, mujer, etcétera. No necesariamente

debe tratarse de estatus que se refieran a situaciones de vulnerabilidad o a grupos vulnerables. En parte, el proceso de especificación de los derechos tiene que ver justamente con la determinación de los estatus que son relevantes para otorgar derechos diferenciados; si en el primer constitucionalismo los derechos eran reconocidos para todo hombre o para toda persona, el constitucionalismo más reciente ha ido concretando esa asignación para dar cuenta de las posiciones que las personas van adoptando a lo largo de su vida; en consecuencia, los textos constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos hablan no del hombre o de la persona en general, sino del niño, del trabajador, del inmigrante, del indígena, del consumidor, del preso, etcétera.

Es claro que habrá que discutir, nuevamente, cuáles son los estatus relevantes; ¿por qué el artículo 2o. de la Constitución mexicana establece una protección especial para los pueblos y comunidades indígenas y no dice nada sobre los filósofos del derecho de corte analítico?, ¿por qué se protege especialmente a los niños en el artículo 4o. constitucional y no a las personas de entre 30 y 40 años que no tienen pareja? De momento basta con apuntar el hecho de que la pertenencia a un cierto grupo determina el que se tenga un determinado estatus, el cual puede ser tomado en cuenta al momento de juzgar si un tratamiento jurídico diferenciado es o no violatorio del principio de igualdad.

En su trabajo sobre el tema de la igualdad, del que hemos tomado los cuatro criterios anteriores, Laporta señala dos consideraciones generales que hay que tener presentes.²² Por un lado, afirma que muchas de las nociones empleadas en los cuatro criterios dependen del contexto social, cultural y lingüístico en el que se quieren aplicar (reiterando de esa forma lo que ya se había dicho sobre el carácter abierto del principio de igualdad). Por otro lado, nos advierte que algunas de esas nociones deben ser tomadas gradualmente, puesto que su presencia o ausencia puede darse en una escala de medida que puede ser muy variable. Así por ejemplo, puede ser relevante el hecho de alcanzar o no un cierto grado de “necesidad”, de “merecimientos” o de “aptitudes” (seguramente el criterio de la consideración de estatus podría ser, en principio, el que menos problemas de gradualidad ofreciera). Esto es lo que produce que, en la práctica, el principio de igualdad esté sujeto en ocasiones al control por medio de la proporcionalidad; es decir, la igualdad será respetada siempre que el trato desigual dado a dos personas sea proporcional en relación con las normas que consagran el propio principio de igualdad o de otras que les reconozcan o nieguen ciertos

²² Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 24 y 25.

derechos. El juicio de proporcionalidad tiene un papel esencial para saber si el principio de igualdad ha sido o no violado.

Vamos a analizar en las páginas siguientes las manifestaciones que el principio de igualdad tiene en el mundo de lo jurídico. Esto supone el análisis de los tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad; será el objeto de las siguientes páginas.

El orden de la exposición sigue el orden en el que aparecen las distintas provisiones de la igualdad en el texto constitucional mexicano. De esta forma, se inicia con el análisis del artículo 1o., párrafo primero, que prevé el principio de igualdad en derechos fundamentales. Luego viene el estudio del principio de no discriminación, establecido en el mismo artículo 1o., párrafo tercero. En el apartado 4 de este capítulo se aborda lo relativo a la igualdad entre el hombre y la mujer, prevista en el artículo 4o., párrafo primero. En seguida se estudian las prohibiciones que, en tutela de la igualdad, dispone el artículo 12. Para terminar con el análisis del texto constitucional, se aborda el contenido del artículo 13, el cual contiene varias disposiciones que también están encaminadas a preservar la igualdad, tanto la que tiene que ver con el diseño y contenido que a las leyes le deben dar los órganos que las crean, como la que exige la eliminación de fueros personales como expresión de distintas capacidades jurídicas, lo cual deriva en el análisis de la prohibición constitucional de los emolumentos y del significado del fuero militar.

En la última parte de este capítulo, examinaremos de forma breve el concepto de igualdad sustancial, así como dos de las aplicaciones más polémicas que ha tenido o puede tener el principio de igualdad, justamente en esta vertiente de igualdad material o sustancial: se trata de lo relativo a las cuotas electorales de género y al derecho a la renta básica.

Antes de examinar el contenido de los mandatos de igualdad que establece la Constitución mexicana nos detendremos en una división muy conocida del principio de igualdad, que puede aplicarse a cada una de las categorías que estudiaremos con posterioridad.

4. Igualdad en la aplicación de la ley e igualdad ante la ley

La teoría jurídica contemporánea y la práctica de algunos tribunales constitucionales han estudiado el principio de igualdad a partir de dos subconceptos del mismo: el principio de igualdad en la aplicación de la ley y el principio de igualdad ante la ley.

El primero consiste en el mandato de trato igual referido a las autoridades encargadas de aplicar la ley, es decir, este mandato se dirige de manera funda-

mental a los poderes Ejecutivo y Judicial. Por su parte, el principio de igualdad ante la ley es un mandato dirigido al legislador para que no establezca en los textos legales diferencias no razonables o no justificadas para personas que se encuentran en la misma situación, o para que no regule de la misma manera y de forma injustificada a personas que se encuentran en circunstancias desiguales.²³

Esta distinción ha sido reconocida por muchos tribunales constitucionales en el mundo; el Tribunal Constitucional español la ha explicado de la siguiente forma: para el Tribunal, la igualdad ante la ley se viola “cuando la norma distingue de forma irrazonable y arbitraria un supuesto de hecho específico, al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente, lo que supone una violación del principio de igualdad”; por su parte, la igualdad en la aplicación de la ley estaría siendo vulnerada, por sugerir un ejemplo, “cuando un órgano aplicador del derecho —bien de la administración, bien un órgano judicial— interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales” (sentencia 73/1989).

Sobre este último supuesto, el Tribunal Constitucional ha entendido que el mandato de igualdad puede servir también como parámetro para evaluar la corrección de una sentencia judicial. Para que pueda acreditarse que un juez o un tribunal no han sido respetuosos del principio de igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional exige que exista identidad del órgano judicial, identidad sustancial de los supuestos que se están juzgando y ausencia de una fundamentación adecuada que justifique un cambio de criterio interpretativo.²⁴

La distinción entre estos dos tipos de igualdad es importante para poner de manifiesto que todas las autoridades están sometidas a las disposiciones constitucionales que protegen justamente el principio de igualdad, el cual se proyecta hacia los distintos órganos públicos en momentos diversos y les impone también obligaciones diferentes. En un primer momento, el principio de igualdad tiene incidencia en el *diseño* de la ley y del resto de normas generales de rango subconstitucional. En una segunda etapa, la igualdad impone tratos razonables y no discriminatorios a las autoridades encargadas de *aplicar* esas

²³ Sobre el tema, entre otros, Díez Picazo, Luis María, “Sobre la igualdad ante la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I, pp. 469 y ss.

²⁴ Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p. 116 y ss.

normas generales. Sobre cada uno de estos aspectos se abunda en los apartados siguientes.

II. LA IGUALDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES (ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO PRIMERO)

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional contiene el principio de igualdad de todos los seres humanos con respecto a las garantías —en rigor, a los derechos fundamentales— que la misma Constitución establece. En este sentido, la Constitución otorga de forma *universal* los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán ser restringidos ni suspendidos, salvo los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales. El texto del párrafo que se comenta es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

La suspensión de derechos (o de garantías, como se les llama en el texto constitucional) se encuentra en el artículo 29, mientras que las limitaciones o restricciones a los derechos son recogidas en diversos preceptos de rango constitucional. Dichas limitaciones se explican en razón de que, en realidad, los derechos sin límites no serían derechos, sino licencias para la arbitrariedad. Aunque esto debe entenderse en el sentido estricto de “límites” constitucionalmente impuestos a un derecho, y no como la posibilidad de convertir un mandato constitucional en un no-derecho a través, por ejemplo, de una regulación secundaria restrictiva.

Otra justificación en el mismo sentido se deriva de la necesidad de hacer que los derechos convivan unos con otros, de forma que algunos de ellos encuentren limitaciones para no invalidar a otros (por ejemplo, los derechos de terceros o la comisión de algún delito como límites a la libertad de manifestación de las ideas, recogida en el artículo 6o., o la vida privada como límite a la libertad de imprenta del artículo 7o.).

Aunque el artículo 1o. en su primer párrafo se refiere en exclusiva a la “igualdad en derechos fundamentales”, dicha igualdad se debe entender también referida a los demás derechos que, sin estar directamente reconocidos en los primeros 29 artículos del texto constitucional, integran lo que la misma Constitución denomina la “Ley Suprema de toda la Unión” en su artículo 133. Particularmente, tendrán un alcance universal —respecto de sus destinatarios— y no podrán ser suspendidos, restringidos o limitados los derechos humanos recogidos en los tratados internacionales ratificados por México.

Son pocos los criterios jurisprudenciales interesantes que hayan aplicado el principio de igualdad en derechos fundamentales. Uno de ellos es el siguiente, en relación con la titularidad de los derechos de aquellas personas que están sujetas a un procedimiento de extradición:

EXTRADICIÓN. No excluye al extraditado de disfrutar de las garantías individuales que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al establecer el artículo 1o., párrafo primero, de la ley fundamental, que todo individuo gozará de las garantías individuales que en ella se consagran, no hace distinción alguna respecto de quiénes serán los titulares, destinatarios o sujetos beneficiados con dichas garantías, y ni siquiera distingue si se trata de un indiciado, procesado o condenado por un delito. En consecuencia, cualquier persona requerida en extradición gozará de tales derechos humanos contenidos en la carta magna. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, octubre de 2001, novena época, pleno, tesis P. XX/2001, p. 23.

Otros criterios jurisprudenciales del Poder Judicial federal sobre la cuestión que nos ocupa son los siguientes:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. La persona jurídica no tiene que probar que se encuentra en el goce de las garantías individuales, porque éste es el estado natural y general de toda persona en la República Mexicana y el acto que restringe o afecta esas garantías, sí debe ser objeto de prueba, porque hay que hacer patente si la restricción se realizó en las condiciones que la Constitución ha previsto. La autoridad, por el simple hecho de serlo, no tiene facultades de restringir las garantías individuales; por tanto, se necesita que pruebe que existían las circunstancias que la Constitución prevé para que la restricción que imponga no sea considerada como violatoria de garantías. La carga de la prueba, incuestionablemente, toca a la autoridad; porque el que destruye un estado jurídico o el que alega una excepción, es el que debe probar los hechos; si la autoridad no rinde esa prueba y se limita a afirmar que obró con justificación, no puede fallarse en su favor, ni negarse el amparo, sino que, por el contrario, debe concederse. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, quinta época, primera sala, p. 1533.

GARANTÍAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS. Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garan-

tías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de su derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 62, sexta parte, séptima época, tribunales colegiados de circuito, p. 39.

GARANTÍAS INDIVIDUALES, SUJETOS DE. Las garantías individuales, en cuanto protegen derechos patrimoniales, no se conceden exclusivamente a las personas físicas, sino, en general, a las personas jurídicas, esto es, a los individuos, a las sociedades civiles y mercantiles, a las instituciones de beneficencia y a las instituciones oficiales, cuando actúan en su carácter de entidades jurídicas, y tan es así, que el artículo 6o. de la ley reglamentaria del amparo, clara y terminantemente lo dispone, indicando que deberán ocurrir ante los tribunales, por medio de sus representantes legítimos o de sus mandatarios debidamente constituidos, o de los funcionarios que designen las leyes respectivas. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, quinta época, tercera sala, p. 1205.

Como se puede apreciar, en las tres tesis citadas el lenguaje empleado no es muy moderno, quizá por la época en la que fueron redactadas. Como quiera que sea, es probable que en el futuro inmediato asistamos a un mayor uso hermenéutico del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional relativo a la prohibición de discriminar, y el primer párrafo del mismo artículo siga siendo poco utilizado en las sentencias de nuestros tribunales. Justamente es la prohibición de discriminar el objeto de análisis del siguiente apartado.

III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO)

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

Dichos rasgos o características suelen variar dependiendo del ordenamiento jurídico concreto de que se trate, pero en general hacen referencia a: 1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad

y que, en esa virtud, no pueden modificar, o 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa. Entre las primeras estarían las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico, sexo, etcétera; en el segundo supuesto se ubicarían las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso.

Fue por medio de una reforma constitucional publicada el 14 de agosto de 2001 que se incorporó en el texto de la Constitución mexicana una cláusula de no discriminación; a partir de su entrada en vigor (al día siguiente de su publicación) el párrafo tercero de dicho artículo dispone lo siguiente:

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

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

Para comprender las posibilidades interpretativas que genera la apertura que propicia la última parte del artículo 1o. constitucional transcrito, en el sentido de que aparte de los criterios mencionados por ese precepto son también discriminatorias otras causas que puedan atentar contra la dignidad humana siempre que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, conviene acudir, entre otras fuentes, a la jurisprudencia de la Corte constitucional colombiana, que sostiene que son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que:

- 1) se funden en rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no puedan prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; 2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y 3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar

una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales [sentencias C-371 de 2000 y C-93 de 2001].²⁵

1. *Concepto de discriminación*

Las cláusulas de no discriminación existen en varias declaraciones internacionales de derechos humanos y también en un buen número de instrumentos constitucionales de otros países. Así, por ejemplo, el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

De forma parecida, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 contiene también una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (ver también el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

Otro ejemplo interesante se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, en la que se establece:

Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

²⁵ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 51 y ss.

Algunos instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos, como se menciona enseguida, también contienen cláusulas de no discriminación. Tal es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer o de la Convención de los Derechos de los Niños.

Una de las cuestiones más arduas en el tema de la no discriminación es definir el propio concepto de discriminación. Para hacerlo, puede acudirse a algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que ofrecen ciertas pautas definitorias. Por ejemplo, como lo recuerda el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en 1989),²⁶ el artículo 1o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que la expresión “discriminación racial” denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera de vida pública.

En sentido parecido, el artículo 1o. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que por “discriminación contra la mujer” se debe entender toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquiera otra esfera (véase también el artículo 1.1 del Convenio número 111 de la OIT, de 1958).

En un Anteproyecto de Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación y dado a conocer en México a finales de 2001, se adoptó la siguiente definición de discriminación, tomando en cuenta —aunque no reproduciendo literalmente— el artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución de 1917:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo,

²⁶ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. I, pp. 422-426.

la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquiera otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas [artículo 4o. del Anteproyecto].

El mismo artículo, en su párrafo tercero, añadió a la definición de discriminación un concepto que a veces pasa desapercibido, pero sobre el que vale la pena llamar la atención; se trata de la discriminación que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad. El texto de ese párrafo es el siguiente: “Asimismo, será considerada discrimina(toria) toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.²⁷ Esta precisión tenía por objeto prever el supuesto de la llamada discriminación indirecta. Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como

aqueellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo.²⁸

Una fórmula conceptual distinta a la del Anteproyecto mencionado es la que utiliza el artículo 1o. de la Ley 23.592 de Argentina (ley antidiscriminatoria); su texto es el siguiente:

Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

²⁷ El texto completo del Anteproyecto puede consultarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002 y en Carbonell, Miguel, “Propuesta de ley contra la discriminación”, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, t. I, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2002.

²⁸ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64; el concepto de discriminaciones indirectas es introducido en la jurisprudencia constitucional española —en términos muy parecidos a los de la definición que se acaba de transcribir— por medio de la sentencia 145/1991.

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

De acuerdo con Rodríguez Piñero y Fernández López, son tres los elementos que se suelen encontrar en todos los conceptos jurídicos de discriminación: 1) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente en una distinción, exclusión o preferencia; 2) el que esa desigualdad de tratamiento se base precisamente en una de las causas o criterios que señalan las propias normas jurídicas como prohibidos; y 3) que tenga por efecto anular ya sea la igualdad de trato, ya sea la igualdad de oportunidades.²⁹

2. *La no discriminación frente a los particulares*

El principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también, con algunos matices, para los particulares; de esta forma, por mencionar algunos casos, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo, negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo)³⁰ o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquirlársela a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar.

Para decirlo con las palabras de Fernando Rey Martínez —que aunque se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puede ser aplicable a las demás formas de no discriminación—,

El derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo: 1) limita la autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamento, estatutos, etc.); 2) impone un deber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, confesiones religiosas, etc.); y 3)

²⁹ Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 97.

³⁰ Sobre este punto, Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.

exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (taxis, comercios, cines, escuelas, bares y restaurantes, etc.) o que sean concesionarios de la Administración o dependan de ella en alguna medida.³¹

A esto habría que agregar el deber de los medios de comunicación social de evitar difundir patrones de conducta discriminatorios; en México, éste deber se desprende del hecho de que al menos los medios electrónicos utilizan para su difusión un bien público de la nación (como lo es el espacio radioeléctrico) y en esa medida pueden ser sujetos de la imposición de reglas reforzadas que derivan del principio de no discriminación.

El principio de no discriminación puede operar también como un límite a la libertad de asociación. Así por ejemplo, en Estados Unidos la Suprema Corte ha considerado apegadas al texto constitucional varias disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también a mujeres. El mismo órgano ha admitido sin embargo que puede prevalecer la libertad asociativa cuando se trata, en primer lugar, de las llamadas *expressive associations*, que son aquellas que se crean con el objetivo de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía se protege instrumentalmente para tutelar la libertad de expresión (que como se verá en su momento tiene una “posición preferente” frente a otros derechos); y en segundo término, cuando se trata de la llamadas *intimate associations*, que son aquellas en las que los miembros establecen profundos vínculos y compromisos a través de los cuales comparten aspectos íntimos de sus vidas.³²

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

De hecho, muchas de las conductas que actualmente son consideradas discriminatorias no lo eran hasta hace muy poco tiempo; ha sido recientemente que el derecho ha tomado medidas para impedir que se sigan reproduciendo, pero su presencia parece haber sido una constante en los últimos siglos (los

³¹ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., pp. 66 y 67.

³² Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en Aragón, Manuel (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998, p. 286.

ejemplos pueden ser de lo más variados, pero van desde la negación de la capacidad jurídica de la mujer, hasta la consideración de las personas de color o de los indígenas como seres inferiores, objetos y no sujetos del derecho).

Para tener una idea clara de la discriminación que se genera en una sociedad hay que ubicar a los grupos sociales que la sufren, es decir, a los grupos en situación de vulnerabilidad. Al redactar el Anteproyecto de Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación, al que ya se ha hecho referencia, la Comisión Ciudadana que tuvo a su cargo la formulación de dicho texto identificó como grupos en situación de vulnerabilidad a las mujeres, a los grupos vulnerables por razón de edad (menores de edad y mayores de 60 años), a las personas con discapacidad, a los sujetos de discriminación por origen étnico o nacional (particularmente los pueblos y comunidades indígenas), los sujetos de discriminación por razón de enfermedad y por razón de preferencia sexual.³³

Desde luego, no se trata de una lista exhaustiva; hay otros grupos que también se enfrentan a riesgos reales de ser discriminados (los migrantes, por ejemplo), pero los mencionados constituyen casos paradigmáticos de sectores sociales a los que históricamente se ha discriminado en México; de ahí la importancia de incorporar disposiciones protectoras particulares para prevenir y eliminar toda discriminación contra ellos.

Desde un punto de vista más específico se puede identificar a las siguientes categorías de sujetos como especialmente vulnerables:³⁴

- a) la mujer pobre, cabeza de su hogar, con niños a su cargo, y responsable del sostenimiento familiar;
- b) menores y adolescentes en situación de riesgo social (niños en riesgo de salir del hogar, menores infractores, menores víctimas de violencia física, sexual y psicológica en el seno familiar, menores con padecimientos adictivos);
- c) menores que viven en la calle o menores que, no obstante tener un hogar, a causa de la desintegración familiar o por problemas de otra índole pasan todo el día en la calle;
- d) los menores trabajadores (pepena, estiba, mendicidad, venta ambulante, limpia de parabrisas y actuación en vía pública);
- e) personas de la tercera edad;
- f) personas con discapacidad;

³³ Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", *cit.*, p. 188.

³⁴ González Galván, Jorge y otros, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IJ-UNAM, 2001, p. 227.

- g) población rural e indígena afectada por la pobreza;
- h) mujeres pobres, embarazadas o en estado de lactancia;
- i) jóvenes y mujeres afectados por el desempleo;
- j) trabajadores pobres empleados en el sector informal;
- k) personas sin cobertura en la seguridad social;
- l) mujeres que sufren discriminación política y social, y
- m) pueblos indígenas.

Las sociedades contemporáneas han multiplicado en su seno las formas de sujeción, dominación y explotación, cuestiones que al ser examinadas desde el prisma del derecho constitucional permiten identificar otras tantas formas de discriminación y de minusvaloración de las personas.

Iris Marion Young afirma que hay cinco aspectos que permiten identificar la situación de oprimida que pueda tener una persona: explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia.³⁵ Cada una de esas formas, que a veces son visibles y a veces invisibles cuando se generan en el ámbito exclusivo de los particulares, deben ser tenidas en cuenta —en sus diversas manifestaciones— por el derecho constitucional a fin de prevenirlas o reprimirlas; uno de los instrumentos privilegiados para hacerlo, en virtud de los alcances que tiene como consecuencia de su amplitud, es el principio de no discriminación.

Antes de terminar este apartado, conviene mencionar que el Código Penal del Distrito Federal reconoce que las discriminaciones pueden provenir de autoridades o de particulares, y tipifica como delito las conductas discriminatorias en su artículo 206, que se encuentra ubicado en su capítulo décimo, relativo a la dignidad de las personas. El artículo mencionado tiene el siguiente texto:

Se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:

- I. Provoque o incite al odio o a la violencia;
- II. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o
- III. Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabili-

³⁵ Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000, cap. II.

tación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como se puede apreciar, el texto de este artículo persigue una finalidad muy noble y defendible, pero a través de una vía inadecuada. En efecto, la tipificación de las conductas discriminatorias es muy abierta, lo que puede dar lugar a dudas interpretativas y a una gran discrecionalidad de los agentes que aplican la ley. Quizá la persecución penal no sea el mejor modo de combatir la discriminación. Pese a la general inadecuación del texto y de la vía penal para combatir la discriminación, es importante destacar que el Código Penal acierta al redoblar las obligaciones de los funcionarios públicos en materia de no discriminación, lo que me parece que queda bien reflejado en el último párrafo del artículo 206.

3. *El control jurisdiccional de la no discriminación*

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

Si es verdad que, como argumenta una parte relevante de la doctrina constitucional, el argumento de la razonabilidad —creado a partir de la aplicación del principio de igualdad— puede ser un instrumento importante de discrecionalidad en manos de los tribunales constitucionales, conviene entonces detenerse en el papel que desempeñan dichos órganos en la reparación de las situaciones en las que se considera que se ha producido una discriminación normativa.

Se trata de una cuestión importante en la medida en que vuelve sobre un argumento recurrente en cierto sector de la doctrina, que parece encaminarse hacia posturas restrictivas de los poderes de los jueces constitucionales, así como de los alcances de sus actuaciones, y que, en nombre de una mala interpreta-

ción del principio democrático de mayoría, pretende ganar parcelas de inmunidad o intangibilidad de la política frente al derecho.

Aparte de lo anterior, también es cierto que el uso del principio de igualdad y las reparaciones de la discriminación suponen diversos problemas técnicos en la forma de dictar sentencias y de fijar sus consecuencias.

Riccardo Guastini explica el problema en los siguientes términos:³⁶

el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: casi podría llamarse una máquina de producir lagunas.

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora.

En ambos casos, de acuerdo con el autor, el intérprete —al declarar la invalidez de la norma en cuestión—, estaría creando una laguna, ya que reconocería la falta de una norma igualadora (en el primer caso) o de una norma diferenciadora (en el segundo).

En realidad tal parece que la laguna se crearía solamente en el segundo supuesto, no en el primero. Supongamos que una ley de la seguridad social determina que para poder gozar de la jubilación anticipada se deben reunir los requisitos A, B y C; pero que en el caso de las mujeres bastará con que se cumpla con B y C. Constatada la ilegitimidad de la medida discriminatoria (suponiendo, solamente para efectos de ilustrar el ejemplo, que la medida realmente sea irrazonable), la consecuencia de la sentencia que dicte la jurisdicción constitucional será extender el supuesto de hecho a la clase de sujetos discriminados. El tribunal constitucional declarará ilegítima la medida *solamente* por lo que hace a la discriminación, anulando la distinción realizada de forma contraria a la Constitución y permitiendo el goce del derecho o prerrogativa en igualdad de circunstancias. Con esa decisión no estará creando una laguna, sino simplemente extendiendo el ámbito personal de aplicación de una norma.

Ahora bien, en este caso existe una dificultad de hecho (política, se podría decir) de la que cabe dar cuenta. Las sentencias de este tipo —aditivas, se les suele llamar—, en las que se extiende alguna regulación legislativa a más suje-

³⁶ “La Constitución como límite a la legislación”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa, IIJ-UNAM, 2002, pp. 241 y 242.

tos de los que había previsto el legislador, pueden comportar en algunos casos el redireccionamiento de una buena cantidad de recursos públicos. Recursos que con seguridad no fueron previstos en la correspondiente ley de presupuestos aprobada por el mismo Poder Legislativo.³⁷

Para evitar estos problemas se han teorizado algunas posibles soluciones. Por ejemplo a través de las llamadas “sentencias intermedias”. En tales sentencias la jurisdicción constitucional se limita a constatar la discriminación, pero le deja al legislador la elección de la forma en que se tiene que suprimir. Puede suceder también que el tribunal constitucional otorgue un espacio de tiempo al legislador antes de que se aplique su sentencia.³⁸

Luis María Díez Picazo afirma, sobre el tema, que para saber los efectos de una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por ser discriminatoria hay que distinguir tres variables: *a)* si la norma impone cargas o deberes; *b)* si la norma otorga beneficios o derechos; y *c)* si la norma regula relaciones entre particulares, imponiendo deberes para unos y reconociendo derechos para otros.

En el primer caso, la declaratoria de inconstitucionalidad no podría extender el supuesto normativo hacia otros sujetos no contemplados en su texto, por lo tanto la norma tendría que desaparecer lisa y llanamente. En el segundo caso, si la ley otorgó un beneficio a un determinado grupo de personas, excluyendo del mismo a otras que están en idéntica posición, entonces la declaración de inconstitucionalidad deberá tener como efecto la extensión a estas últimas del beneficio o derecho. En el tercer caso, la declaración de inconstitucionalidad deberá anular la norma, ya que si extiende solamente hacia una parte los derechos dentro de una relación jurídica entre particulares, es probable que esa relación deje de tener sentido por recargar de obligaciones a la otra parte.³⁹

Lo importante en este punto es poner de manifiesto que existen dificultades tanto técnicas como políticas al momento de llevar a cabo la reparación de las discriminaciones normativas y que, por lo menos en aquellos países con jurisdicción constitucional actuante —y que hayan desarrollado algún tipo de línea jurisprudencial sobre el principio de igualdad—, es necesario ir pensando en

³⁷ Sobre el tema, Tania Groppi, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, trad. de Miguel Carbonell, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa Hermanos, 2002, t. I, pp. 239-257.

³⁸ González Beilfuss, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000, p. 177.

³⁹ Díez Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 182 y 183.

mecanismos que produzcan los menores trastornos posibles para el buen funcionamiento de todas las instituciones públicas.

La reflexión sobre las formas de control jurisdiccional de la discriminación sirve, además de lo que ya se ha mencionado, para hacer evidente que en esta materia son muchos los actores llamados a participar: por una parte, como es obvio, el legislador, pero también la administración pública al diseñar las políticas públicas, los particulares en varios campos del acontecer social y los jueces dentro de su ámbito de competencia. Solamente con la participación comprometida de todos ellos es que se podrá erradicar un fenómeno tan difundido y persistente —al menos en el caso de México— como el de la discriminación.

4. *La jurisprudencia mexicana sobre no discriminación*

No son muy abundantes los criterios jurisprudenciales que hayan aplicado el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional; uno interesante es el siguiente:

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en

desigualdad jurídica. Tesis 1a. C/2001, novena época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2001, p. 192.

La jurisprudencia también ha recogido el ya mencionado y clásico criterio de que la igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; se trata de la siguiente tesis:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al consagrar el principio de igualdad no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante, lo que equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos es la vía de realización del principio constitucional de igualdad. De acuerdo con ello, corresponde al legislador la previsión de los supuestos de hecho o de derecho que, agrupados entre sí, por sus características comunes, sean suficientes y necesarias para diferenciarlos de otros, en cuanto tales notas comunes tengan una relevancia jurídica..., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. II, agosto de 1995, p. 72.

La tesis que se acaba de transcribir, que ciertamente se instala en el terreno de lo obvio, abre un campo demasiado grande de posibilidades para el legislador; aun considerando que fue dictada antes de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 por medio de la cual se introdujo en el artículo 1o. constitucional el principio de no discriminación, pudo haber sugerido algún tipo de límite o matiz a observar por el legislador antes de hacer diferencias en las leyes, por ejemplo atendiendo al principio de razonabilidad o algo por el estilo. Muchos tribunales constitucionales entienden que el legislador puede establecer diferencias de trato ante supuestos semejantes sin violar el principio de igualdad solamente si existe para ello una justificación objetiva y razonable; dicha justificación debe observar el criterio de proporcionalidad, de forma que exista congruencia entre los medios empleados por el legislador al hacer las distinciones y los efectos perseguidos por las mismas.

De la mano con la última tesis transcrita, el Poder Judicial consideró también, antes de la reforma al artículo 1o. de agosto de 2001, que la garantía de igualdad de ese artículo en su párrafo primero no tenía valor autónomo, sino que para hacerla valer en un juicio de amparo se debía relacionar con otra de las consagradas por la Constitución; la tesis a la que se hace referencia es la siguiente:

IGUALDAD. LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN QUE SE HAGAN VALER RESPECTO A LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO

PUEDEN ENTENDERSE SI NO ES EN RELACIÓN DIRECTA CON LAS LIBERTADES QUE ÉSTA CONSAGRA. Si bien es cierto que las garantías que otorga la Constitución federal sólo pueden restringirse por disposición de la propia ley fundamental o por otra ley a la que la misma remita, también lo es que los conceptos de violación que haga valer el quejoso en el juicio de amparo, respecto al artículo 1o. de la carta magna que prevé la garantía de igualdad, sólo pueden entenderse en relación directa con las libertades que la propia Constitución consagra. Esto es, la violación que se produciría, en su caso, al artículo 1o. sólo puede advertirse de un estudio conjunto de dicho ordinal con la correlativa libertad que se arguye violada. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, tesis P. CXXXIII/2000, p. 27.

Suponemos que con la incorporación del principio de no discriminación al artículo 1o., párrafo tercero, este criterio ya no tiene sentido, puesto que dicho principio puede operar de forma completamente autónoma en muchos supuestos concretos.

En otro criterio jurisprudencial, el Poder Judicial federal ha empleado de forma un tanto original el principio de no discriminación para declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos de un Código Penal local por prever tipos penales que se actualizan no por la conducta que realice una persona sino por las calidades de ese mismo sujeto, con independencia de sus acciones u omisiones; la tesis es la siguiente:

VAGANCIA Y MALVIVENCIA. El artículo 190 del Código Penal del Estado de Aguascalientes, al establecer como elemento del cuerpo del delito que el inculpado no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada, transgrede la garantía de igualdad jurídica contenida en el artículo 1o. de la Constitución federal. La garantía de igualdad jurídica, prevista en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe entenderse bajo el concepto de que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por cualquier condición o circunstancia personal o social. Así, lo que este principio persigue es que existan normas que al aplicarse no generen un trato discriminatorio en situaciones análogas, o propicien efectos similares respecto de personas que se encuentren en situaciones dispares. De estas manera, los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio ni favoritismo alguno... Luego, aun cuando el artículo 190 del Código Penal del Estado de Aguascalientes está redactado en términos generales, es violatorio de la citada garantía y de los tratados internacionales aludidos, puesto que al establecer como uno de los elementos del cuerpo del delito de vagancia y malvivencia el hecho de que el inculpado no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada, necesariamente implica que está

haciendo distingo discriminatorio con base en la condición económico-social en que se encuentra el indiciado, ya que en supuestos análogos el resultado de su aplicación genera un trato desigual, en razón de que aquella persona que cuente con recursos económicos abundantes o suficientes, no obstante que no se dedique a un trabajo honesto y aunque cuente con malos antecedentes en archivos judiciales o en oficinas policíacas, podría justificar su inactividad laboral, por la sola circunstancia de no tener necesidad de trabajar al contar con medios económicos para su subsistencia; mientras que aquel gobernado cuya condición social es económicamente baja, por el hecho de no contar con un trabajo honesto y comprobarse que tiene antecedentes de los que describe la norma punitiva en estudio, invariablemente su inactividad, ante las limitadas posibilidades de justificación, será considerada como constitutiva del tipo penal señalado. Así, no obstante que ambas personas, solvente e insolvente, se encuentran en igualdad jurídica de causación de la hipótesis delictiva, el primero de ellos se vería excluido de ellas en aras de una justificación que sólo atiende a su condición socio-económica. De ahí la desigualdad de la norma en comentario. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1271.

En otro criterio, el Poder Judicial federal ha señalado que el principio de acuerdo con el cual las personas que se encuentran en una misma situación deben recibir un igual trato, se aplica siempre y cuando se actúe dentro de la legalidad; es decir, no existe un “derecho a la igualdad dentro de la ilegalidad”, lo que supone que una persona no pueda alegar el principio de no discriminación para ser tratado como lo fue otra persona en la misma situación que se benefició de una conducta ilegal. El texto de la jurisprudencia referida, en la parte conducente, establece que

la garantía de igualdad establecida en el artículo 13 constitucional estriba en que se aplique la ley a todos los casos que se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis normativa, sin distinción de personas, lo cual no tiene el alcance de que se otorgue a todos los que lo soliciten, el mismo beneficio que indebidamente se le haya dado a alguien, si no procede de conformidad con la ley, aun cuando su situación sea la misma. *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VI, segunda parte I, p. 357.⁴⁰

El principio de igualdad no supone, en la perspectiva de la Suprema Corte, la obligación de equilibrio absoluto entre las partes dentro de un juicio; por lo tanto, el legislador tiene la posibilidad —matizada— de incorporar en los procedimientos judiciales mayores cargas para una de las partes en razón de la de-

⁴⁰ En el mismo sentido, la Sentencia 21/1992 del Tribunal Constitucional español.

bilidad que pudieran tener sus oponentes. Como el lector podrá imaginar, la tesis se dicta como respuesta a la objeción de posible inconstitucionalidad de la Ley Federal del Trabajo, que contiene mayores cargas para el patrón y menores para la parte trabajadora dentro de los juicios laborales. En la parte que ahora interesa dicha tesis sostiene lo siguiente:

tratándose del juicio laboral, no puede operar el principio de igualdad procesal, como en otras materias, porque las partes que intervienen no se hallan en el mismo plano, de modo que lograr el equilibrio procesal a través de imponer menos cargas procesales a la parte trabajadora, no implica violación de garantías individuales, porque ese trato desigual dimana del reconocimiento que hace el artículo 123 de la Constitución, que consagra derechos mínimos de los trabajadores, que no pueden afectarse con un trato igual en el proceso donde intervienen partes desiguales, ya que debe exigirse el cumplimiento de esos derechos mínimos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IV, noviembre de 1996, p. 139.

En otro criterio similar, se considera que:

TRABAJO, LEY FEDERAL DEL. EL ARTÍCULO 784, FRACCIÓN XII DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY. Al disponer el artículo 784, fracción XII de la Ley Federal del Trabajo, que la Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que, de acuerdo con las leyes tienen obligación legal de conservar, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador, correspondiéndole al patrón, en todo caso, probar su dicho, cuando existe controversia sobre el monto y pago de salarios, no resulta violatorio de la garantía de igualdad ante la ley, dado que en primer lugar, no puede considerarse como un privilegio especial el que la ley exima de la carga de la prueba, a la parte que por sus condiciones especiales carece de los documentos o pruebas idóneas para probar su dicho, sino que precisamente, y con el fin de restablecer el equilibrio entre las exigencias de justicia, traslade al patrón la carga de desvirtuar lo alegado por el trabajador a través de los documentos que por exigencia de ley tiene la obligación de conservar, sancionando el incumplimiento de tal obligación con la presunción de ser ciertos los hechos alegados por el trabajador, presunción que también se puede desvirtuar con otros medios probatorios, en términos del artículo 805 de la ley de la materia. Por otra parte, del propio artículo en cuestión, se advierte que, se colocan en el mismo supuesto normativo, todos aquellos sujetos que sean iguales en su calidad de patrón, ocurriendo lo mismo con los sujetos que actúan en su calidad de trabajadores; por tanto, si el precepto impugnado otorga un trato desigual a los desiguales en una relación laboral, es decir, entre trabajadores y patrones, e igual a los iguales, patrones o trabajadores, entonces, tal precep-

to no resulta violatorio del artículo 13 constitucional. Novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, mayo de 1995, tesis P. I/95, p. 89.

5. *La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*

Al analizar el tema de la no discriminación en México es obligado hacer referencia a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003. La Ley, tal como ya se ha apuntado en varios de los apartados precedentes, tuvo como origen un proyecto redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación que estuvo trabajando durante buena parte de 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado. En esa Comisión trabajaron más de 160 personas, muchas de ellas pertenecientes a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados en México (personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas o con tendencias sexuales distintas a las mayoritarias, mujeres, etcétera).

Aunque el texto de la Ley, como veremos enseguida, se apartó en aspectos importantes del proyecto de la Comisión Ciudadana, es claro que los legisladores tuvieron en ese proyecto su principal insumo de trabajo y que muchas de las propuestas novedosas que en él se establecieron finalmente pudieron adquirir fuerza de ley.

Por todo lo dicho y por la estrecha relación que la no discriminación guarda con el sistema constitucional de derechos a la igualdad, considero que es conveniente hacer una referencia más o menos detallada al contenido de la Ley, a la que en lo sucesivo abreviaremos como LD. No haremos, en los párrafos y en las páginas siguientes, un repaso a todo el contenido de la LD, sino que iremos examinando solamente los aspectos que puedan ser de mayor interés para el tema de la igualdad como derecho fundamental.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos.

La primera cuestión que hay que abordar es la que tiene que ver con el concepto de discriminación, cuyo marco teórico ya ha sido examinado en los apartados precedentes; el artículo 4o. de la LD es el que proporciona el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es el siguiente:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impe-

dir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Como se puede ver, el artículo 4o. de la LD no se limita a transcribir el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.⁴¹

En el proyecto ciudadano de Ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación la ya mencionada “discriminación indirecta”; el artículo 4o. del proyecto tenía un párrafo tercero de acuerdo con el cual “será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.

Por su parte, el artículo 5o. de la LD precisa una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 constitucional; su texto es el siguiente:

No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes:

I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;

II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;

III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;

⁴¹ En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la Declaración y Programa de Acción de Viena dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia”, celebrada en Durbán, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durbán pueden consultarse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. II, pp. 1311-1424.

IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;

V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;

VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y

VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

El artículo 5o. de la LD viene a concretar la idea, muy extendida entre la teoría constitucional como ya lo vimos, de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de *distinciones no razonables*. En este contexto, al legislador mexicano le pareció adecuado recoger de forma explícita algunas distinciones que, desde su punto de vista, no serían irrazonables. Es importante señalar que el texto del artículo 5o., conforme quedó finalmente redactado, no se encontraba en el proyecto ciudadano presentado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación. El texto de ese artículo que fue propuesto por la Comisión Ciudadana era el siguiente:

No se considerarán discriminatorias todas aquellas acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades. Dichas acciones tendrán un carácter temporal y no podrán mantenerse después de alcanzados los objetivos para los cuales fueron diseñadas. Tampoco se considerarán actos discriminatorios las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar un empleo determinado.

Un segundo tema interesante del texto de la LD es el que tiene que ver con las cuestiones interpretativas. Los artículos 6o. y 7o. de la LD contienen algunas pautas interpretativas que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la propia Ley y que, en alguna medida, suponen una aportación novedosa para el ordenamiento jurídico mexicano.

El artículo 6o. dispone que

La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en mate-

ria de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Como se puede apreciar, el artículo 6o. incorpora como un canon hermenéutico de la LD a los instrumentos de derecho internacional relacionados con el tema de la igualdad y con la no discriminación. Esto significa que el intérprete, al darle sentido a alguna disposición de la LD, lo deberá hacer tomando en cuenta esos instrumentos. En el proyecto ciudadano el artículo 6o. tenía una redacción más amplia y, a la vez, más concreta; el texto que había propuesto la Comisión Ciudadana era el siguiente:

El contenido de esta Ley se interpretará tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas en los organismos multilaterales y regionales, particularmente las que se refieren a la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La actuación de las autoridades deberá apegarse a lo establecido por dichos instrumentos y a la interpretación de los mismos que hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Una cuestión muy novedosa y positiva del artículo 6o. de la LD, que como se acaba de mencionar ya había sido incorporada en la propuesta de la Comisión Ciudadana, es que los intérpretes no solamente deben tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales, sino también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”, que se hayan expedido con fundamento en esos tratados. La consecuencia práctica de esta disposición es muy relevante; la LD incorpora al derecho mexicano un conjunto de recomendaciones y resoluciones muy amplio e importante, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁴² Así, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las Observaciones Generales número 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene una cláusula de igualdad) y las recomendaciones

⁴² Una introducción al régimen jurídico de esas recomendaciones y a su significado para el ordenamiento jurídico mexicano puede encontrarse en Carmona Tinoco, Jorge, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros textos normativos.⁴³

Por su parte, el artículo 7o. de la LD señala que “Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”. Este precepto también incorpora una novedad importante en materia de derechos humanos. Por una parte, asume una postura moderna en materia de interpretación jurídica al entender que un mismo texto puede tener distintos significados posibles, varios de los cuales pueden ser perfectamente congruentes con lo dispuesto en la Constitución.⁴⁴ Por otro lado, le señala al intérprete la obligación de elegir de entre esos significados el que mejor proteja a los grupos en situación de vulnerabilidad. Aunque la ley no lo señala, se debe entender que al realizar esa elección el intérprete tendrá que justificarla y explicarla, lo cual exige una argumentación jurídica muy sólida y rigurosa.

El reconocimiento de que la ley puede tener diversos sentidos interpretativos —uno o más de los cuales pueden ser válidos— y que, en consecuencia, no siempre hay una única respuesta correcta para todos los problemas, supone la aplicación de las más modernas teorías, no solamente en materia de derecho constitucional, sino también en materia de interpretación jurídica.⁴⁵

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6o. y 7o. de la LD, que se trata de una ley muy sensible al derecho internacional. No solamente porque explícitamente lo cita y lo recoge con notable amplitud, sino también porque de forma implícita toma varios textos de tratados internacionales y los convierte en legislación interna. Por ejemplo, el artículo 3o. de la LD dispone que

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos federales adoptará las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, de conformidad con la disponibilidad de recursos que se haya determinado para tal fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio correspondiente, para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consa-

⁴³ Una compilación muy amplia de las observaciones y recomendaciones generales expedidas por diversos comités de la ONU en materia de derechos humanos puede verse en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit.

⁴⁴ Al respecto, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2003.

⁴⁵ Un panorama doctrinal de estas tendencias puede verse en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

grados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las leyes y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el capítulo III de esta Ley.

Es evidente que el precepto transcrito está claramente inspirado en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo texto es el siguiente:

Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Quizá el texto de la LD podría considerarse una mala copia del artículo 2.1 del Pacto. El proyecto de la Comisión Ciudadana se había apegado de forma más estrecha a lo dispuesto por el Pacto; el texto de su artículo 3o. señaló:

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos adoptará todas las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para que toda persona que se encuentre en el territorio nacional goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, la LD también recoge influencias del derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en su artículo 2o. cuando establece que

Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Se trata de un precepto claramente inspirado en los artículos 9.2 de la Constitución española de 1978 y 3.2 de la Constitución italiana de 1947. El punto de

partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de “igualdad sustancial”, que busca —como se examina con detalle más adelante en este mismo capítulo— asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

El capítulo II de la Ley se denomina “Medidas para prevenir la discriminación” y contiene un solo artículo (el 9o. de la LD). En ese precepto se realiza una enumeración prolija de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones. Su texto es el siguiente:

Artículo 9o. Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;

II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4o. de esta Ley.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones en relación con varios de los grupos en situación de vulnerabilidad y que, respecto a cada uno de ellos, la ley describiera las conductas discriminatorias más comunes que les afectaban (artículos 10 a 16 del proyecto); además, el proyecto ciudadano comenzaba el capítulo de medidas contra la discriminación señalando claramente que las conductas discriminatorias podían ser realizadas tanto por autoridades como por particulares y que podían afectar a cualquier persona que estuviera en el territorio nacional, con independencia de su estatuto jurídico; el texto del artículo 9o. del proyecto ciudadano fue el siguiente: “La presente Ley protege a toda persona o grupo de personas, nacionales o extranjeras, que puedan sufrir cualquier acto de discriminación proveniente tanto de las autoridades, los órganos públicos, así como de los particulares”.

Entre las medidas que establece el artículo 9o. de la LD hay algunas que ya han comenzado a provocar reacciones poco comprensivas. Por ejemplo, la fracción XV que dispone que es una conducta discriminatoria “Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación”; también ha generado algunos escozores la fracción XVIII del mismo artículo, que considera como discriminación “Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual”. Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual. No todo puede ser objeto de burla en los medios de comunicación.

En mi opinión, las expresiones discriminatorias (como las que describen las dos fracciones que se han transcrito) no están amparadas en la libertad de expresión, no entran en el radio de regulación protectora del artículo 6o. constitucional, sino que inciden directamente —violándolo— en el contenido del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. Además, suponiendo sin conceder que esas expresiones en efecto se pudieran analizar a la luz del texto del artículo

lo 6o. constitucional, este artículo establece como uno de los límites de la libertad de expresión “los derechos de terceros” y es obvio que es un derecho de todos el no ser discriminados. Probablemente podríamos llegar a otra conclusión si el texto del artículo 6o. constitucional previera la libertad de expresión como un derecho sin límites, como sucede con el texto de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos,⁴⁶ pero mientras el texto mexicano tenga el contenido que actualmente tiene me parece que la LD cuenta con pleno sustento constitucional.⁴⁷

Algunas fracciones del artículo 9o. de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ir siendo progresivamente concretados y dotados de sentido normativo por los intérpretes de la Ley. Por ejemplo, la fracción XIII se refiere a la “dignidad e integridad humana”, pero no las define; la fracción XIX habla de “condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo, especialmente de las niñas y los niños” (se tendrá que precisar cuáles son esas condiciones); en la fracción XXIII se incorpora el concepto, muy difundido en el derecho internacional de los derechos humanos, de “trato abusivo o degradante”. Desde luego, precisar el sentido y el alcance de sus contenidos posibles no implica que esos preceptos sean superfluos o innecesarios; al contrario, justamente por su deliberada amplitud pueden generar una actividad hermenéutica muy generosa en cuanto a la tutela contra la discriminación, siempre y cuando los intérpretes asuman posiciones progresistas y desligadas de prejuicios.

Algunas de las fracciones del artículo 9o. se aplican claramente a las relaciones entre particulares, con lo cual la LD reconoce una de las tendencias más importantes del constitucionalismo de los últimos años. Ya se han mencionado varias de esas fracciones.

A las citadas habría que añadir una que puede tener mayor interés como lo es la fracción XXII, según la cual no se puede discriminar en el sentido de impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público. Se trata de una norma que no es infrecuente en las regulaciones anti-

⁴⁶ Al respecto puede verse el clásico ensayo de Meiklejohn, Alexander, “The First Amendment is an Absolut”, *Suprema Court Review 1961*, Chicago, The University of Chicago Press, 1961, pp. 245-266.

⁴⁷ Un análisis de la libertad de expresión se realiza en el capítulo tercero de este libro *infra*.

discriminatorias; ejemplos parecidos pueden encontrarse en el derecho argentino o en el derecho español.⁴⁸

La Comisión Ciudadana consideró, con todo acierto desde mi punto de vista, que en países en los que, como sucede en México, existen paisajes sociales profundamente desigualitarios y expresiones discriminatorias tan arraigadas, es necesario tomar medidas enérgicas (por llamarlas de alguna forma) para combatir la discriminación. Entre esas medidas se encuentran las que se suelen llamar acciones positivas o medidas de discriminación inversa, cuestiones que son estudiadas en el apartado dedicado a la igualdad sustancial dentro de este capítulo. Con independencia de que en ese apartado se estudie el debate en torno a la discriminación inversa y sus aplicaciones concretas, en este momento es conveniente repasar someramente el tratamiento que de las mismas hace la LD.

Al diseñar el proyecto ciudadano de ley, la Comisión Ciudadana consideró oportuno que su propuesta contuviera algunas acciones positivas. El capítulo III del proyecto ciudadano llevaba por título, justamente, “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 17 a 23).

Siguiendo la metodología que ya se había elegido para el capítulo II, el proyecto identificaba medidas positivas específicas para los grupos en situación de vulnerabilidad; de esta manera, el proyecto establecía medidas positivas a cargo de los poderes públicos en favor de las mujeres (artículo 17), de las niñas y los niños (artículo 18), de las personas mayores de 60 años (artículo 19), de las personas con discapacidad (artículo 20) y de la población indígena (artículo 21); también contemplaba medidas positivas a cargo de las personas físicas y morales no oficiales, en favor de las mujeres (artículo 22) y en favor de las personas con discapacidad (artículo 23).

Algunas de las medidas contenidas en los artículos mencionados eran ciertamente radicales, como reflejo del carácter progresista que distinguía a varios de los miembros de la Comisión Ciudadana; así por ejemplo, el proyecto establecía una cuota del 50% de los cargos públicos administrativos y de representación popular en favor de las mujeres (artículo 17 fracción II); también disponía que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social quedara inscrita a nombre de la mujer o, en su defecto, a nombre de ambos cónyuges o convivientes (artículo 17 fracción III). El proyecto establecía

⁴⁸ La exposición detallada de la normatividad sobre este tema puede verse en Bilbao Ubillos, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, *cit.*

porcentajes fijos (del 5%) del total de recursos destinados a la educación preescolar y básica para la atención de las personas con discapacidad (artículo 20 fracción III).

La LD siguió parcialmente el esquema del proyecto ciudadano, en la parte en que se identifica a los grupos en situación de vulnerabilidad en favor de los cuales se establecen las cuotas, y quedaron en su texto los mismos que había propuesto la Comisión Ciudadana (artículos 10 a 14 de la LD). Pero las medidas finalmente establecidas están redactadas de tal manera que dejan grandes espacios de discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental para decidir el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados. Tomemos como ejemplo las medidas establecidas en favor de las personas mayores de 60 años; el artículo 12 de la LD dispone lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;

II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:

a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie y

b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y

III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Como se puede ver, en cada una de las tres fracciones el legislador fue muy cauteloso y prefirió permitir que lo que podríamos llamar “normas intermedias” precisaran el alcance de los derechos que en ese precepto se establecieron. Ninguna de esas expresiones figuraban en el artículo 19 del proyecto de la Comisión Ciudadana, cuyo texto señalaba con mayor claridad y precisión lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso gratuito a los servicios de salud pública y seguridad social;

II. Otorgar descuentos en el pago por suministro de energía eléctrica;

III. Garantizar un nivel mínimo y decoroso de ingresos;

IV. Garantizar un sistema de pensiones, las cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo vigente, y

V. Crear programas de apoyo financiero para la construcción de estancias y albergues.

Con independencia de lo afortunado de la redacción legislativa que finalmente quedó en la LD, lo cierto es que a partir de su entrada en vigor existe una obligación expresa para diversas entidades de la administración pública, a fin de hacer efectivos los mandatos de la propia Ley. En el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que debe ser dictado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación conforme a lo establecido por el artículo 20 fracción II de la LD, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el capítulo III de la propia LD.

En los capítulos IV a VI de la LD se precisa lo relativo al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, su integración, los órganos que lo componen, sus respectivas competencias, etcétera (capítulo IV), así como los procedimientos que deberá seguir en el ejercicio de sus atribuciones (capítulo V) y la manera en que habrán de repararse los actos discriminatorios (capítulo VI).

La naturaleza jurídica del Consejo está definida en el artículo 16 de la propia LD en los siguientes términos:

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en adelante el Consejo, es un organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Para el desarrollo de sus atribuciones, el Consejo gozará de autonomía técnica y de gestión; de igual manera, para dictar las resoluciones que en términos de la presente Ley se formulen en los procedimientos de reclamación o queja, el Consejo no estará subordinado a autoridad alguna y adoptará sus decisiones con plena independencia.

Por no ser el objeto principal de este libro no abundaremos en estos aspectos; con lo que se ha dicho hasta aquí el lector puede contar con una base suficiente que le permita estudiar por sí mismo el resto del contenido de la LD. Antes de concluir este apartado creo que es oportuno realizar una última reflexión, de carácter general, sobre la LD.

La ley que se está analizando contiene muchas cuestiones novedosas para el ordenamiento jurídico mexicano. Muchas de ellas chocan con las concepciones tradicionales y seguramente generarán el rechazo de los juristas más conservadores, que siempre se han significado por ser los guardianes del estatus *quo*. Desde la entrada en vigor de la ley no han faltado opiniones que la inten-

ten desacreditar sin haberla leído y sin comprender el profundo significado transformador que puede permitir en el futuro inmediato.

Para algunos comentaristas, la ley es perfectamente innecesaria ya que, según ellos: 1) en México la discriminación no es un problema tan grave como en otros países (no ha faltado quien cite el caso de Sudáfrica durante el régimen del *apartheid* para “demostrar” lo bien que estamos en México); y 2) la discriminación ya estaba prevista en otros ordenamientos (en la legislación educativa, laboral, sanitaria, incluso en la penal, al menos en el ámbito del Distrito Federal) razón por la que la LD aportar más bien poco al sistema jurídico nacional.

Ninguno de los anteriores criterios es cierto. Por un lado, es evidente que uno de los problemas más graves de México es el de la desigualdad, cuestión que cuando se aterriza a los conceptos jurídicos se intenta combatir a través del mandato de no discriminación (esto es en concreto lo que justifica que en agosto de 2001 se haya incluido en el artículo 1o. constitucional el actual párrafo tercero). Por otro lado, es obvio que el ordenamiento jurídico nacional y la práctica administrativa requerían de una ley específica y de un órgano encargado de articular la lucha del Estado mexicano contra la discriminación —al menos en el ámbito de actuación de las autoridades federales—.

Con la expedición y entrada en vigor de la LD se inicia un recorrido de largo aliento. No se trata de un puerto de llegada, sino simplemente de un punto de partida. Es importante mencionar que uno de los efectos deseables de la LD tendrá que ser la expedición de leyes contra la discriminación en el ámbito de las entidades federativas, tal como ha sucedido con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, expedida en 2002 por el Congreso de la Unión con fundamento en la última parte del artículo 6o. constitucional. Las leyes locales pueden tener muchos efectos benéficos en el tema que nos ocupa; por ejemplo, pueden y deben ampliar y mejorar el contenido de la LD; pueden precisar los supuestos de trato discriminatorio que sean más recurrentes en alguna entidad federativa; pueden crear autoridades encargadas de tratar el tema para acercarse más a los ciudadanos (ese y no otro es el sentido del federalismo: acercar las autoridades a los ciudadanos). Como se puede ver, la tarea es todavía de enormes proporciones.

El instrumental jurídico necesario para combatir la discriminación apenas se está creando; harán falta más leyes, harán falta programas de políticas públicas (comenzando, de manera destacada, por el ya mencionado Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que supone el marco rector en materia de políticas públicas contra la discriminación en el ámbito del Poder Ejecutivo federal), harán falta interpretaciones de los tribunales que precisen y de-

limiten el significado de la LD, será necesario difundir y dar a conocer los mandatos de la propia ley, a fin de que la sociedad comience a observarla y haga uso de ella cuando lo crea oportuno. Una buena parte de todas esas tareas tendrá que ser impulsada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual deberá coordinarse con otras instancias gubernamentales (secretarías de Estado, administración pública descentralizada, la CNDH, que tendrá sin duda un papel protagónico, etcétera) a fin de abarcar las muchas facetas que supone la tarea de eliminar la discriminación en México.

IV. LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA (ARTÍCULO 4o., PÁRRAFO PRIMERO)

1. *La igualdad entre el hombre y la mujer*

Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.⁴⁹

Se trataba de una lucha que venía de antiguo, comenzada con los movimientos sufragistas que tenían por objeto lograr el reconocimiento del derecho al voto para las mujeres (derecho que, por ejemplo, no fue logrado en países como Suiza sino hasta 1971). Los antecedentes doctrinales de estos movimientos se pueden remontar al menos a las ideas de Condorcet, quien en un trabajo de 1787 manifestaba que la más obvia y evidente violación del principio de igualdad se daba al otorgar a la mitad del género humano un trato discriminatorio.

El mismo autor defendió la tesis de que no había razón alguna para negar a las mujeres los derechos de ciudadanía; no se podían sostener, en su opinión, ni razones físicas (como el embarazo o las “pasajeras indisposiciones” que solamente afectan a las mujeres), ni mucho menos razones intelectuales, puesto que si bien es cierto que (en la época en la que escribe) las mujeres eran más ignorantes que los hombres, el único criterio de la ignorancia impediría también que muchos varones tuvieran derecho a votar y ser votados.⁵⁰

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas le-

⁴⁹ Un buen panorama general del pensamiento feminista puede verse en Kymlicka, Will, *Filosofía política contemporánea*, cit., pp. 259 y ss.

⁵⁰ Las ideas de Condorcet están muy bien resumidas en Lucas, Javier de, “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, pp. 301 y ss.

gislaciones en comparación con el hombre, hizo que en algunas cartas constitucionales modernas se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexo. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un mandato sencillo pero contundente en el artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

La igualdad entre hombres y mujeres se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981) o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996).

En el artículo 123 constitucional, apartado A fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo.

Una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI inciso C.

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2o. constitucional, cuyo apartado A dispone que

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En México, para contribuir con el combate a la desigualdad de género, se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de enero de 2001). Dicho Instituto es un organismo público descentralizado

de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión, de acuerdo con el artículo 2o. de la Ley del propio Instituto.

El Instituto tiene como objetivo general promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; así como el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4o. de la Ley).

La Ley del Instituto contiene un par de definiciones que, a pesar de no ser un modelo de redacción y de que contienen algunas cuestiones discutibles, pueden ser de interés para la igualdad entre hombres y mujeres. En su artículo 5o. establece que la “equidad de género” es un

concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como un “concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género”.

A. La igualdad entre el hombre y la mujer en la jurisprudencia

Los criterios jurisprudenciales de los tribunales mexicanos en que se haya aplicado o conceptualizado el principio de igualdad entre el hombre y la mujer no son muy abundantes. Uno que vale la pena recordar es el criterio de la Suprema Corte que declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, porque exigía mayores requisitos a los esposos o concubinos de las mujeres aseguradas para tener acceso a los servicios del Instituto, que aquellos que se pedían para las esposas o concubinas de los asegurados. El criterio de la Corte, que no constituye por cierto un modelo de excelente redacción, es el siguiente:

TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que frecuentemente eran objeto uno u otra por razón de su sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso d), de la propia Constitución, establece, en forma genérica, que los familiares de los trabajadores tienen derecho a la asistencia médica en los casos y en la proporción que establezca la ley. Ahora bien, no obstante que la Constitución prevé como derecho fundamental la igualdad ante la ley, y el derecho a que los familiares de los trabajadores de ambos sexos disfruten de atención médica, el legislador ordinario estableció un trato distinto para tener acceso a los servicios de salud proporcionados por el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, según se trate de la esposa del trabajador, o bien, del esposo de la trabajadora, pues al disponer, en el artículo 24, fracción V, de la Ley que lo regula, que para que el esposo o concubinario de la trabajadora, como familiar derechohabiente, tenga derecho a la atención médica, de diagnóstico, odontología, hospital, farmacia o rehabilitación en el citado instituto, es necesario que sea mayor de cincuenta y cinco años o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella, en tanto que la esposa o concubina del trabajador, para obtener los mismos beneficios, sólo requiere demostrar tal hecho, sin que se le exija alguna otra condición, lo que evidencia una transgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. de nuestra carta magna. Tesis P. LIX/99 del pleno de la Suprema Corte.

Muy parecidas a la anterior, son las siguientes dos tesis:

TRABAJADORAS AL SERVICIO DEL ESTADO. El artículo 5o., fracción V, párrafo sexto, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola la garantía de igualdad. El artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los destinatarios sin consideración de sexo. Por su parte, el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso D), de la misma Constitución, dispone que los familiares de los trabajadores tendrán derecho a la asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley. De los anteriores preceptos se desprende que los familiares del trabajador, como de la trabajadora, tendrán el mismo derecho a la asistencia médica y medicinas en los supuestos y en la forma que determinen las leyes, sin distinción de sexos. Ahora bien, el artículo 5o., párrafo sexto, fracción V, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado, viola los preceptos constitucionales referidos al establecer un trato

desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. En efecto dicho precepto dispone que el esposo o concubinario de la mujer trabajadora sólo será derechohabiente si es mayor de cincuenta y cinco años o bien si se encuentra incapacitado física o psíquicamente y depende económicamente de la trabajadora, mientras que, para que la esposa o concubina del trabajador sea derechohabiente, es suficiente con que tenga el carácter de cónyuge o concubina. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto que se impugna, no tiene fundamento constitucional, máxime que el párrafo tercero del artículo 4o. de la propia Constitución establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, octava época, pleno, tesis LIII/89, p. 201.

INDEMNIZACIÓN POR MUERTE. EL ARTÍCULO 501, FRACCIÓN I, DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD. El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo cual significa que ésta debe aplicarse por igual a todos los gobernados sin consideración de sexo. Ahora bien, el artículo 501, fracción I, de la Ley Federal del Trabajo viola el precepto constitucional en comento, al establecer un trato desigual entre el varón trabajador y la mujer trabajadora. Esto es así, toda vez que dicho precepto dispone, en lo que interesa, que tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte, la viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de un cincuenta por ciento o más, lo que implica una distinción entre la viuda y el viudo del trabajador o trabajadora extinto, por razones de sexo, pues a la primera no le impone como requisito la dependencia económica e incapacidad que sí exige para el segundo. Este trato desigual por razones de sexo o económicas que establece el precepto legal que se impugna, no tiene fundamento constitucional, sino que contraviene lo dispuesto por el artículo 4o. de la propia Constitución. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, clave IV.3o.T., núm. 119 L. Amparo directo 839/2002. Edmundo Mateo Boneti Meza, 9 de diciembre de 2002, unanimidad de votos, ponente: Rodolfo R. Ríos Vázquez, secretaria: Myrna Gabriela Solís Flores.

Otro pronunciamiento jurisprudencial interesante sobre la igualdad entre el hombre y la mujer es el siguiente:

ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Por otra parte, debe decirse, que el adulterio entraña una ofensa al cónyuge

inocente, y en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que debe imperar en ese núcleo. Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche, contiene la siguiente disposición: “El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurre alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima”. Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguiente, si tanto el hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el artículo 4o. de la Constitución General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir, que el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche es inconstitucional, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, noviembre de 1995, novena época, tribunales colegiados de circuito, tesis XIV, 2o. 3 C, p. 502.

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. El artículo 287, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio

código, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo 4o., segundo párrafo (ahora primero, MC) de la Constitución Federal que proscribía toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así, porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIII, mayo de 2001, tesis 1a. XXXIII/2001, pp. 286 y 287.

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizá con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendentes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

En América Latina los tribunales constitucionales no siempre se han empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos y así por el estilo.⁵¹

B. La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral

Como ya se ha visto en relación con el principio de no discriminación, también la igualdad entre el hombre y la mujer vale en el ámbito de las relaciones

⁵¹ Ver, al respecto, Universidad del Rosario, *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-USAID, 2001, p. 149.

entre particulares. Concretamente en el ámbito laboral, donde la mujer no podrá sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial (véase el artículo 123 apartado A, fracción VII de la Constitución) o en el resto de sus condiciones de trabajo.⁵²

Al estar el principio de igualdad entre hombres y mujeres contenido en una norma de derecho fundamental, no puede ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como afirma Juan María Bilbao Ubillos, “la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio”.⁵³

La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral ha tenido un gran desarrollo normativo en el seno de la Unión Europea, a partir del cual la doctrina ha identificado cuatro grandes temas como objeto de la prohibición de discriminar por razón de sexo:⁵⁴ 1) remuneración; 2) acceso al empleo, promoción y formación profesional; 3) condiciones de trabajo; y 4) seguridad social.

Una disposición semejante a la citada del artículo 123 de la Constitución mexicana, aunque un poco más amplia, se contiene en el artículo 35 de la Constitución española, en el que se reconoce el “deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, *sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*” (cursivas añadidas).

Pese a su prohibición, en México persisten graves fenómenos de discriminación en contra de las mujeres en el orden laboral. Como se verá más adelante al aportar estadísticas concretas que lo acreditan, las mujeres no tienen en la ac-

⁵² Sobre el tema de la discriminación laboral de la mujer, Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994; Albert López-Ibor, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002; y Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, *cit.*, pp. 289 y ss., entre otros. Sobre el tema de la discriminación laboral en general se ha ocupado también la Organización Internacional del Trabajo, en su Convenio número 111, consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, *cit.*, t. I, pp. 329-333.

⁵³ *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid, CEPC, 1997, p. 457.

⁵⁴ Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, *cit.*, p. 30.

tualidad las mismas posibilidades que los hombres de alcanzar puestos de relevancia dentro de los poderes públicos.

Por otro lado, una forma de discriminación reforzada se da en contra de las mujeres que están embarazadas, las cuales, o bien no son admitidas en un trabajo (todavía es una práctica bastante extendida el que se pida a una mujer el certificado de “no gravidez” para contratarla), o son despedidas por esa causa, violando con ello tanto el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional (al hacer discriminaciones por razón de sexo y por afectar un derecho con base en las condiciones de salud), como el párrafo primero del artículo 4o. (igualdad entre hombre y mujer) y el derecho a la intimidad que, como se verá más adelante, está consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por México.

La tutela de la no discriminación contra las mujeres en el ámbito laboral siempre ha sido necesaria y lo sigue siendo también en la actualidad puesto que un gran número de ellas se está incorporando al mercado de trabajo, por lo cual se les deben asegurar las mejores condiciones posibles.

Al margen de que el combate a sus formas más negativas requiera medidas protectoras especiales o de políticas públicas focalizadas, lo cierto es que la discriminación laboral de las mujeres no puede dejar de estudiarse dentro de la temática más amplia de la discriminación en general, puesto que —como señalan algunos autores—⁵⁵ es muy posible que la discriminación contra las mujeres en el trabajo obedezca a factores que se ubican fuera del propio mercado de trabajo, en un conjunto de pautas sociales que favorecen, permiten y estimulan el trato diferenciado entre hombres y mujeres.

En términos generales, como ya se apuntaba, es cierto que la incorporación de la mujer en el mercado laboral ha ido creciendo notablemente en los últimos años. Este proceso, sin embargo, no se ha dado de forma pacífica y plenamente respetuosa con los derechos de las mujeres; por el contrario, se han vulnerado en reiteradas ocasiones sus derechos laborales. Como se apunta en un estudio de la OCDE (organización de la que México forma parte), la incorporación de la fuerza laboral femenina al mercado se explica por varios factores y está sometida a diversas tensiones; según esta organización internacional,

Son varias las fuerzas que han provocado esta evolución: los cambios de las pautas familiares y de la formación de los hogares que aumentan cada vez más la importancia de las ganancias de las mujeres en la renta del hogar; las crecientes aspiraciones de las mujeres de independencia y de realización personal que puede aportar el

⁵⁵ Albert López-Ibor, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, cit., p. 16.

empleo remunerado, así como de conseguir la igualdad entre los hombres y las mujeres; y el hecho de que los gobiernos se den cuenta de que aumentar las tasas de ocupación para crear una base más sólida con la que financiar los sistemas de protección social en un momento en el que está envejeciendo la sociedad. La estructura del empleo también ha cambiado a favor de las mujeres, ya que el empleo se ha desplazado de la agricultura y la industria a los servicios, sector en el que las mujeres están sobrerrepresentadas. Sin embargo, a pesar de los progresos irrefutables, sigue preocupando el hecho de que las mujeres aún no hayan conseguido la igualdad con los hombres y de que no se aproveche al máximo su potencial de productividad: las tasas de paro femeninas son más altas que las masculinas en la mayoría de los países de la OCDE; sigue habiendo diferencias entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere a las oportunidades de empleo, la remuneración y el tiempo de trabajo; y se continúa creyendo que las tareas del hogar y el cuidado de los hijos son principalmente responsabilidad de las mujeres, cualquiera que sea el lugar en el que se realicen.⁵⁶

C. La igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos

Son varias las referencias que existen en el derecho internacional de los derechos humanos a la igualdad entre hombres y mujeres. Desde luego, a este tipo de igualdad le son aplicables todos los mandatos genéricos de no discriminación, así como otros más específicos en relación con los derechos de las mujeres y las niñas, contenidos en instrumentos convencionales y no convencionales.

Entre estos últimos se puede mencionar la Declaración y Programa de Acción de Viena, emanado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en esa ciudad en 1993; en ese documento se afirmó que

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

La violencia y todas sus formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y de coo-

⁵⁶ OCDE, *Perspectivas del empleo 2002*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 106 y 107.

peración internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social.

La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de los derechos humanos relacionados con la mujer.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y la niña.⁵⁷

Dentro de los instrumentos convencionales se puede citar el artículo 3o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone que “Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. El artículo 2.1 del mismo Pacto establece el principio de no discriminación por razón de sexo, que también contribuye a reforzar el mandato de igualdad entre hombres y mujeres.

El artículo 3o. ha sido objeto de una muy importante e interesante observación general, dictada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU;⁵⁸ parte de su interés radica en el hecho de que pone el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en relación con el resto de derechos del Pacto y que, para cada uno de ellos, señala las cuestiones que afectan de forma más sensible al principio de igualdad mencionado. Por la riqueza de sus planteamientos conviene examinar, aunque sea de forma superficial, su contenido.

En primer lugar, el Comité señala que el principio de igualdad entre hombre y mujer no solamente requiere de acciones protectoras, sino también aquellas que tengan por objeto la promoción; en palabras del Comité, “El Estado no sólo debe adoptar medidas de protección sino también medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer de forma efectiva e igualitaria” (párrafo 3).

Luego, el Comité reconoce, como ya se ha mencionado en los párrafos precedentes y como se intentará demostrar con algunas evidencias estadísticas en el apartado que sigue, que la desigualdad entre el hombre y la mujer es una cuestión no sólo ni inmediatamente jurídica (aunque puede serlo también en contextos concretos, en los que las normas proyectan pautas negativas de con-

⁵⁷ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. II, p. 1317.

⁵⁸ Se trata de la Observación General número 28 (igualdad de derechos entre hombres y mujeres), adoptada en el año 2000; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 468 y ss.

ducta muy arraigadas en la comunidad), sino que obedece a profundas creencias y prácticas sociales, legitimadas en ocasiones por credos religiosos que imponen un papel subalterno a las mujeres; las palabras del Comité son las siguientes:

La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino [párrafo 5].

En consecuencia con lo anterior, el Comité pide a los Estados parte que en sus informes identifiquen las prácticas tradicionales, culturales y religiosas que generan desigualdades entre el hombre y la mujer, así como las medidas que están tomando para rectificar dichas prácticas.

Un aspecto de riesgo para los derechos de la mujer es el que tiene que ver con el embarazo y el alumbramiento; por ello, el Comité pide a los Estados parte que en sus informes aporten datos sobre las tasas de natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto. También deberán aportar información desglosada por sexo acerca de la tasa de mortalidad infantil (párrafo 10).

Una forma en que se mantienen situaciones de sojuzgamiento y discriminación hacia la mujer se da a través de la llamada “trata de mujeres”, por medio de la cual los varones no reconocen la plena capacidad jurídica de la mujer y le imponen una serie de deberes que ésta no ha aceptado de forma libre, lo que puede incluir el que se venda a la mujer dentro y fuera de su país, así como la obligación de la prostitución forzada. La trata de mujeres se intenta en no pocas ocasiones disfrazar a través de formas encubiertas de esclavitud, como lo pueden ser ciertos servicios domésticos o servicios personales de cualquier índole (párrafo 12).

En algunos Estados, el dominio del hombre sobre la mujer se manifiesta a través de la imposición de cierta forma de vestir en público para las mujeres, cuestión sobre la que los Estados partes del Pacto deben informar con detalle al Comité (párrafo 13).

En los espacios dedicados a la extinción de las penas privativas de la libertad, las mujeres deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas únicamente por guardias del sexo femenino; las mujeres menores de edad deben estar separadas de las que ya cumplieron la mayoría de edad. El trato digno para la mujer privada de libertad adquiere mayor importancia durante el embarazo, por lo cual el Comité señala que “Las mujeres embarazadas que estén privadas

de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos” (párrafo 15).

Otro sector sensible para los derechos de las mujeres es el que tiene que ver con sus derechos reproductivos, aspecto sobre el que se abunda en el capítulo tercero de este libro, dentro del apartado relativo a la libertad de procreación. El Comité señala que los derechos de la mujer se pueden violar por ejemplo cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos u otros funcionarios la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. También es una violación de los derechos de la mujer que los empleadores les pidan una prueba de embarazo para contratarlas (párrafo 20).

Finalmente, el Comité resalta las graves violaciones que se pueden dar en el ámbito laboral o en las relaciones entre particulares, sobre las que ya nos hemos detenido en el apartado anterior. En opinión del Comité se dan muchos casos en los que

hay una gran proporción de mujeres que trabajan en ámbitos no amparados por la legislación laboral y que las costumbres y tradiciones imperantes discriminan contra la mujer, especialmente en cuanto a las posibilidades de un empleo mejor remunerado y al derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor. Los Estados partes deberán revisar su legislación y sus prácticas y tomar la iniciativa en la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer en todas las materias prohibiendo, por ejemplo, la discriminación por particulares en ámbitos tales como el empleo, la educación, la actividad política y el suministro de alojamiento, bienes o servicios [párrafo 31].

Aparte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, otro instrumento de primera importancia para comprender el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980.⁵⁹

⁵⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981 (fe de erratas del 18 de junio de 1981); consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 97 y ss.

En el preámbulo de la Convención se hace referencia tanto al principio de no discriminación contra las mujeres como a la importancia que tiene la participación de las mismas en la vida pública de todos los países:

Recordando que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana, que dificulta su participación, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de sus posibilidades para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Convencidos de que la máxima participación de la mujer en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre, es indispensable para el pleno desarrollo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz.

A partir del texto de dicha Convención ha venido trabajando el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, que como otros comités también dicta recomendaciones generales. Su Recomendación General número 23 (adoptada en su 16o. periodo de sesiones, en 1997) se refiere a una cuestión de la mayor importancia para alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer; se trata del tema de la vida pública y la vida privada.⁶⁰ Puede ser interesante repasar algunas de las afirmaciones que se contienen en esa Recomendación General.

El Comité reconoce que las esferas pública y privada siempre se han considerado de distintas formas y se han reglamentado en consecuencia. A cada uno de los sexos se le ha asignado de manera predominante tareas dentro de una de esas esferas, de tal forma que a las mujeres les han correspondido funciones domésticas, relacionadas con la procreación y la crianza de los hijos; actividades que son socialmente consideradas inferiores. Por su parte, al hombre le han correspondido funciones dentro de la esfera pública, que han gozado del respeto y prestigio sociales. La mujer se ha visto excluida de la vida política y del proceso de adopción de decisiones que pueden determinar las modalidades de la vida cotidiana y el futuro de las sociedades (párrafos 8 y 9).

A lo anterior han contribuido, en opinión del Comité, ciertos valores culturales, creencias religiosas, así como la falta de servicios y el hecho de que el hombre no ha participado en la organización del hogar ni en el cuidado y la crianza de los hijos (párrafo 10).

⁶⁰ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 675 y ss.

Aunque formalmente muchos países reconocen el derecho de las mujeres a participar en la vida pública, el Comité reconoce que siguen existiendo importantes obstáculos para que dicha participación sea efectiva, debido a barreras económicas, sociales y culturales (párrafo 14). Por ejemplo, se ha comprobado que las mujeres reciben menos información que los hombres sobre los candidatos, los programas de los partidos y los procedimientos para votar. Además, la doble carga de trabajo de la mujer (la laboral fuera del hogar y la doméstica) y los apuros económicos limitan el tiempo o la oportunidad que pueden tener las mujeres de seguir las campañas electorales y ejercer con plena libertad su derecho de voto (párrafo 20).

El Comité señala varios ejemplos de medidas que han tomado los Estados para asegurar el derecho de las mujeres a participar en la formulación de las políticas gubernamentales, que es un derecho establecido en el artículo 7o. de la Convención. El Comité señala que

Varios Estados parte han adoptado medidas encaminadas a garantizar la presencia de la mujer en los cargos elevados del gobierno y la administración y en los órganos de asesoramiento gubernamental, tales como: una norma según la cual, en el caso de candidatos igualmente calificados, se dará preferencia a una mujer; una norma en virtud de la cual ninguno de los dos sexos constituirá menos del 40% de los miembros de un órgano público; un cupo para mujeres en el gabinete y en puestos públicos, y consultas con organizaciones femeninas para garantizar que se nombre a mujeres idóneas a puestos en organismos públicos y como titulares de cargos públicos y la creación y mantenimiento de registros de mujeres idóneas, con objeto de facilitar su nombramiento a órganos y cargos públicos. Cuando las organizaciones privadas presenten candidaturas para órganos asesores, los Estados partes deberán alentarlas a que nombren a mujeres calificadas e idóneas [párrafo 29].

D. Algunos datos sobre la desigualdad de género

Antes de terminar este apartado, referido a la igualdad entre el hombre y la mujer, conviene aportar algunas estadísticas que ilustren la situación de tan importante tema en México, así como que nos reflejen la posición de nuestro país en el marco de la comparación con otras naciones.

En general en el mundo, la participación política de la mujer es notablemente inferior a la del hombre. Así, con datos del primer semestre de 2000, solamente nueve mujeres eran jefas de Estado o de gobierno en el mundo; en 1998 el 8% de los ministros (secretarios de Estado, en el caso mexicano) de los gobiernos del mundo eran mujeres, y solamente en un país eran mayoría frente a

los hombres.⁶¹ El porcentaje de escaños parlamentarios ocupados por mujeres también es escaso: alcanza el 38% en los países del norte de Europa, pero baja al 15% en las Américas y toca un penoso 3% en los países árabes.⁶²

En México, con datos de 2002, las cosas parecen estar un poco mejor que en otros países, sin que nuestra situación sea tampoco muy halagüeña. Para esa fecha, había un 16% de los escaños en la Cámara de Diputados ocupados por mujeres, y un 15% en la Cámara de Senadores. Solamente el 11% de los cargos ministeriales en el gobierno eran ocupados por mujeres.

Los ingresos entre hombres y mujeres son muy dispares: las mujeres ganan solamente el 38% de lo que ganan los hombres, en un promedio nacional.⁶³ Casi dos de cada tres personas adultas que no saben leer ni escribir en México son mujeres. A los 14 años, una de cada tres niñas ya no asiste a la escuela.⁶⁴ Estos datos ponen de manifiesto al menos dos cuestiones:

1. La persistencia de roles sociales que contemplan a la mujer dedicada a cuestiones relativas a la vida privada (crianza de los hijos, mantenimiento del hogar, cuidado de los ancianos y enfermos, etcétera), y
2. La necesidad de impulsar mecanismos institucionales que fomenten en la realidad la igualdad entre hombres y mujeres; librada a su propia suerte, esa relación siempre permitirá el dominio masculino basado en pautas tradicionales —en el mejor de los casos—, o incluso en el uso de la fuerza física —en el peor escenario—.

En este contexto, tiene una enorme importancia la implementación de mecanismos como las cuotas electorales de género para forzar institucionalmente una mayor igualdad entre hombres y mujeres. Al estudio de dichas cuotas se dedica uno de los apartados finales de este capítulo.

Las estadísticas ilustran profusamente la preocupación expresada en alguno de los apartados anteriores con respecto a la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral.

Un dato importante es el que refleja la distinta tasa de participación laboral de hombres y mujeres, de acuerdo con los datos que aparecen en el cuadro 2.1 que sigue.

⁶¹ ONU, *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001, pp. XVI y XVII.

⁶² Fuente: www.ipu.org.

⁶³ *Informe sobre desarrollo humano 2002. Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, Madrid, Mundi-Prensa, 2002.

⁶⁴ Datos tomados del Programa Nacional de la Mujer 1995-2000.

Cuadro 2.1. Tasa de participación en el mercado laboral por género (%)*

<i>País</i>	<i>1979</i>	<i>1989</i>	<i>1996</i>
<i>Hombres</i>			
Japón	78,2	75,1	74,9
Estados Unidos	73,8	72,5	70,9
Australia	75,3	71,9	67,9
Países Bajos	74,3	65,0	66,9
Reino Unido	74,5	70,4	65,7
Canadá	73,4	71,4	65,2
Suecia	73,7	70,9	61,8
España	75,1	66,2	60,7
Alemania	69,8	65,9	60,1
Francia	69,6	61,2	57,6
Italia	66,3	59,9	56,6
<i>Mujeres</i>			
Estados Unidos	47,5	54,3	56,0
Suecia	57,2	61,7	54,2
Canadá	45,3	53,7	52,1
Australia	40,7	48,6	50,4
Reino Unido	45,3	49,1	50,1
Japón	45,7	47,7	47,7
Países Bajos	29,2	37,4	44,9
Alemania	38,4	39,7	41,2
Francia	40,5	41,2	40,3
España	28,6	32,5	38,4
Italia	27,3	28,6	28,4

* Porcentaje de personas adultas que están trabajando.

Fuente: Carbonell, José, "Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente", mimeo, Barcelona, 2003, a partir de Navarro, Vicenç, *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 35.

Otro dato interesante es el que tiene que ver con las diferencias que existen entre hombres y mujeres en relación con el trabajo a tiempo parcial; como se verá en el cuadro 2.2, las mujeres, al tener mayores responsabilidades dentro del hogar (en relación con el cuidado de los hijos, de los ancianos y en general con la realización de las tareas domésticas) pueden acceder al mercado laboral de manera menos plena, lo cual se refleja en la mayor contratación femenina a tiempo parcial.

Cuadro 2.2. Las mujeres y el trabajo a tiempo parcial, 2000
Personas de 15-64 años

<i>País</i>	<i>Incidencia del trabajo a tiempo parcial*</i>		<i>Proporción de mujeres**</i>		
	<i>Mujeres</i>	<i>Hombres</i>	<i>Trabajo a tiempo completo</i>	<i>Trabajo a tiempo parcial</i>	<i>Total</i>
Australia	44,6	12,6	33,1	73,6	43,9
Austria	24,3	2,3	37,9	89,2	44,1
Bélgica	34,4	6,9	35,1	79,4	42,3
Canadá	27,0	9,8	41,0	70,3	46,2
Rep. Checa	5,0	1,1	42,7	77,4	44,0
Dinamarca	23,9	8,6	42,4	71,2	46,9
Finlandia	13,5	6,6	45,7	64,9	47,6
Francia	24,8	5,3	39,2	79,2	44,9
Alemania	33,7	4,4	35,2	85,8	43,9
Grecia	9,2	2,9	36,4	66,5	38,0
Hungría	5,1	1,6	53,3	79,7	51,8
Islandia	32,1	8,5	40,1	77,4	47,4
Irlanda	32,9	7,5	33,6	75,6	41,2
Italia	23,4	5,5	32,3	71,3	37,0
Japón	39,4	11,8	20,1	69,7	40,8
Corea	9,1	4,5	39,8	58,6	41,0
Luxemburgo	28,4	1,9	32,2	90,5	39,4
México	25,6	7,1	22,4	65,1	34,2
Países Bajos	57,1	13,0	27,1	76,8	42,9
Nueva Zelanda	35,4	10,6	37,7	73,6	45,6
Noruega	42,5	9,7	35,7	79,1	46,7
Polonia	17,9	8,8	32,3	61,7	44,9
Portugal	12,6	3,0	42,7	77,9	45,3
Rep. Eslovaca	2,4	0,8	49,9	74,5	50,8
España	16,4	2,5	33,8	79,5	37,3
Suecia	22,6	7,6	43,8	73,3	48,2
Suiza	45,8	8,4	31,9	81,2	44,1
Reino Unido	40,2	7,6	34,6	81,3	44,9
Estados Unidos	19,4	7,3	43,1	69,7	46,6
<i>Media</i>	<i>25,8</i>	<i>6,5</i>	<i>37,1</i>	<i>75</i>	<i>43,9</i>

* Porcentaje de mujeres (hombres) que trabajan a tiempo parcial con respecto al empleo femenino (masculino) total.

** Porcentaje de mujeres con respecto al empleo total por categorías.

Fuente: Carbonell, José, "Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente", *cit.*, a partir de OCDE, *Perspectivas del empleo 2002*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, p. 116.

Como es obvio, el trabajo a tiempo parcial aumenta en las mujeres con hijos, lo cual significa que la discriminación laboral puede tener incidencia en el ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de procreación.⁶⁵

Cuadro 2.3. Trabajo a tiempo parcial por sexo y según la presencia de hijos, 2000

Porcentaje de personas que trabajan a tiempo parcial con respecto al empleo total de cada categoría, trabajadores de 25-54 años

<i>País</i>	<i>Mujeres</i>				<i>Hombres</i>		
	<i>Sin hijos</i>	<i>Un hijo</i>	<i>Dos a más hijos</i>	<i>Total</i>	<i>Sin hijos</i>	<i>Un hijo</i>	<i>Total</i>
Australia	40,8	54,1	63,1	41,8	8,0	5,5	6,9
Austria	17,4	33,6	43,7	26,7	2,1	1,7	1,9
Bélgica	29,2	34,7	46,1	34,7	6,5	5,1	5,9
Canadá	17,0	22,9	30,7	21,4	5,2	3,2	4,3
Rep. Checa	2,6	4,5	7,5	4,0	1,0	0,4	0,7
Dinamarca	18,5	13,3	16,2	16,6	—	—	3,7
Finlandia	7,5	8,6	13,6	9,2	—	—	3,7
Francia	20,0	23,7	31,8	23,7	5,2	3,6	4,4
Alemania	24,0	45,3	60,2	35,2	4,2	2,3	3,4
Grecia	8,4	9,7	11,2	9,2	2,8	2,5	2,7
Hungría	—	—	—	4,9	—	—	1,2
Islandia	—	—	—	28,4	—	—	3,3
Irlanda	16,6	37,2	46,4	29,7	4,3	3,6	4,0
Italia	20,0	27,2	34,4	24,1	5,5	4,5	5,1
Japón	—	—	—	38,4	—	—	6,2
Corea	—	—	—	8,7	—	—	3,3
Luxemburgo	19,9	32,7	48,1	29,0	1,4	1,6	1,5
Países Bajos	38,3	72,6	82,7	55,9	6,2	4,6	5,5
Nueva Zelanda	20,6	37,6	50,8	32,4	5,9	5,3	5,6
Noruega	24,7	33,5	41,1	31,8	5,0	—	5,0
Polonia	—	—	—	15,1	—	—	5,8
Portugal	11,5	10,5	11,3	11,2	2,7	1,3	2,0
Rep. Eslovaca	—	—	—	2,3	—	—	0,8
España	13,7	17,4	18,6	15,3	2,6	1,2	1,9
Suecia	14,6	16,7	22,2	17,9	5,2	3,4	4,3
Suiza	34,2	58,0	66,5	47,1	6,1	3,6	4,9
Reino Unido	23,7	46,6	62,8	38,6	4,1	3,2	3,7
Estados Unidos	10,1	15,8	23,6	14,6	3,5	1,8	2,7
<i>Media</i>	<i>18,7</i>	<i>28,7</i>	<i>36,6</i>	<i>23,2</i>	<i>4,2</i>	<i>2,9</i>	<i>3,6</i>

— Datos no disponibles

Fuente: Carbonell, José, "Estado de bienestar, autonomía de la mujer...", *cit.*

⁶⁵ El estudio de la libertad de procreación se realiza en el capítulo tercero de este libro.

El análisis de los datos precedentes en cuanto a la incidencia del trabajo a tiempo parcial en relación con el sexo es muy importante para la temática de la no discriminación, puesto que se trata de una de las cuestiones que se han utilizado en la práctica por algunos tribunales constitucionales para determinar si se ha vulnerado el principio de no discriminación por razón de sexo. Concretamente se trata de un caso típico en el que se puede utilizar el concepto de “discriminación indirecta” al que ya nos hemos referido.

Como ya se vio, la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una práctica administrativa, una regulación contractual o cualquier otro acto jurídico que es presuntamente neutral en relación con el sexo, acaba siendo más perjudicial para uno u otro sexo en virtud de la desigual situación fáctica en la que se encuentran ubicados los hombres y las mujeres. En el tema del trabajo a tiempo parcial, se puede aducir que, en principio, dicha forma de contratación es neutral respecto al sexo en la medida en que cualquier persona puede ser contratada bajo esa modalidad.

Sin embargo, si se logra acreditar que, de hecho, las mujeres forman una amplia mayoría dentro del conjunto de las contrataciones laborales a tiempo parcial y si además ese tipo de contratación no tiene las mismas características que las contrataciones a tiempo completo (por ejemplo en cuanto al pago por hora de trabajo, a las prestaciones, los derechos de formación profesional, etcétera), entonces se puede configurar una discriminación indirecta que, de acuerdo con las cifras de los cuadros precedentes, sería notablemente perjudicial para las mujeres.

E. La igualdad entre el hombre y la mujer en la teoría constitucional mexicana

En México, una parte muy importante de la doctrina nacional no solamente no ha entendido cabalmente los alcances del mandato constitucional contenido en el primer párrafo del artículo 4o., sino que además lo considera innecesario. Se trata de un punto de vista sobre el que ni siquiera se debería hacer referencia alguna, si no fuera porque, debido a circunstancias que sería muy difícil explicar en pocas páginas y que no vienen al caso en este momento, sigue teniendo una influencia notable entre nuestros estudiantes. El criterio al que hacemos referencia, que niega aspectos evidentes de la realidad, se expresa en los siguientes términos:⁶⁶

⁶⁶ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 274. Todas las cursivas del texto son del propio Burgoa.

La igualdad jurídica entre el hombre y la mujer ha existido en México desde hace varios lustros, por lo que su proclamación en la ley fundamental de la República resultó *innecesaria*. En efecto, desde el punto de vista *civil, político, administrativo y cultural*, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón... Esa protección jurídica se ha implantado tomando en cuenta las diferencias naturales de carácter sico-somático entre el varón y la mujer y las cuales jamás deben ser desatendidas por el orden jurídico... Desde el punto de vista penal, sería grotesco y ridículo que el varón pudiese ser víctima del delito de estupro o que la mujer fuera agente del delito de rapto, de donde se colige que *nunca puede existir ninguna igualdad jurídica absoluta e inexcusable entre ambos sexos por su diversidad sico-somática*... La declaración dogmática que contiene el artículo 4o. constitucional en el sentido de que el varón y la mujer “son iguales ante la ley”, es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos... lo innecesario de dicha declaración también se deduce de la circunstancia de que *tanto la mujer como el varón, en su carácter de gobernados, son titulares de las mismas garantías que consagra la Constitución*...

Por reflejar de forma tan clara las ideas del autor, no es necesario abundar ni hacer comentario alguno sobre el párrafo anterior.

2. *La protección de la familia*

Dentro del mismo párrafo primero del artículo 4o. que contiene el principio de igualdad entre hombres y mujeres, la Constitución ordena al legislador proteger la organización y el desarrollo de la familia.

El tema de la familia ha sido tradicionalmente estudiado por los especialistas en derecho civil, los cuales —como es comprensible— han aplicado en su análisis las categorías propias del derecho privado. Al haberse constitucionalizado su protección, el tema cambia radicalmente de perspectiva y requiere de un enfoque realizado desde el derecho público;⁶⁷ esto supone que algunos de los conceptos con los que tradicionalmente se ha estudiado a la familia en el derecho civil no sean aplicables en este nuevo contexto.

La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico.⁶⁸ Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un

⁶⁷ De este enfoque nuevo da buena cuenta el hecho de que el Código Civil del Distrito Federal disponga, en su artículo 138ter, que las disposiciones relativas a la familia son “de orden público e interés social”; de la misma forma, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece que “Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público” (artículo 940).

⁶⁸ Ingrid Brena lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es, desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, dise-

grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”.⁶⁹

La organización de la familia ha sufrido importantes variaciones en las últimas décadas.⁷⁰ El aumento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, etcétera, han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.

Los intensos movimientos sociales surgidos en los años sesenta y setenta, formados en alguna medida por estudiantes y militantes feministas, expusieron una visión más cruda de las realidades familiares, que dejaron de verse rodeadas de romanticismo para empezar a ser notablemente cuestionadas. Se desató entonces lo que algunos analistas definieron como una “guerra contra la familia”.⁷¹

Con guerra o sin ella, lo que parece cierto es que en la actualidad tanto en el campo de la política, como en la academia y en la vida diaria es muy difícil saber quién es parte de una familia o incluso qué es una familia, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe ser tutelada por el derecho. Las fronteras familiares parecen estarse borrando y las definiciones devienen inciertas.⁷² A ello ha contribuido, incluso, el avance médico, que hoy permite nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de parentesco; por un lado, las pruebas genéticas nos permiten contradecir la máxima que decía que *pater semper incertus*, pero por otro se pueden dar casos en los que lo que no se puede definir con certeza es el concepto de madre, como ha ocurrido en algunos casos de madres subrogadas, entre otros.

ñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”, “Personas y familia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 21a. ed., México, Porrúa, 2002.

⁶⁹ *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

⁷⁰ Una visión global muy completa de los cambios que ha sufrido la familia puede verse en Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.

⁷¹ Beck-Gernsheim, Elisabeth, *Reinventing the Family, cit.*, p. 1.

⁷² *Ibidem*, p. 2.

Lo que sucede, entonces, es que los conceptos de parentesco social y de parentesco biológico se han separado, ya que no se autoimplican necesariamente.⁷³

Parecería que la familia está destinada a desaparecer en el futuro; los estudios de los procesos familiares, sin embargo, no lo creen así, si no que más bien anuncian una modificación profunda de las estructuras familiares que se dará a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de arreglos para los que se han divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo;⁷⁴ ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, familias que viven en varios hogares o incluso en varias ciudades, etcétera. Con toda probabilidad la familia tradicional (hombre y mujer casados, viviendo en la misma casa con sus descendientes inmediatos) acabará perdiendo el monopolio de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas formas que se acaban de mencionar.⁷⁵

Todo lo anterior significa que el legislador, al dar cumplimiento al mandato constitucional que le ordena regular y proteger lo relativo a la organización y desarrollo de la familia, debe tener en cuenta las nuevas realidades sociológicas.

Ingrid Brena distingue cuatro distintos ámbitos a través de los cuales las nuevas pautas de organización de la familia han impactado en el derecho que la regula:⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 10. Para dar una idea de la complejidad que están adquiriendo las nuevas estructuras familiares basta tener en cuenta la tipología de “familias monoparentales” que ha citado algún autor; dentro de ese tipo de familia se puede distinguir: a) las vinculadas a la natalidad, formadas principalmente por madres solteras; b) las vinculadas a la relación matrimonial, cuando se produce un abandono de familia, anulación del matrimonio, separación de hecho de los cónyuges, separación legal y divorcio; c) vinculadas al ordenamiento jurídico, cuando se produce la adopción de un menor por una persona soltera; y d) vinculadas a situaciones sociales, cuando se produce por causa de hospitalización de uno de los cónyuges, por emigración, por trabajo de un cónyuge en lugares distanciados o por encarcelación. Al respecto, Mora Temprano, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999, p. 382.

⁷⁶ “Personas y familia”, *cit.*, p. 752.

1. La reducción de la familia a la llamada familia nuclear, formada por la pareja y los hijos que conviven con ella, o ahora la del cónyuge divorciado o madre soltera con hijos.
2. Los poderes familiares están sometidos cada vez más a controles legales; por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad o de la tutela. Se avanza hacia la desaparición de los vínculos autoritarios, con la disolución del sistema jerárquico y la construcción del grupo familiar con base en el reconocimiento de la igualdad entre sus miembros.
3. El pluralismo jurídico, pues el legislador no debe implantar un modelo o sistema único de familia, sino que debe admitir la coexistencia de múltiples posibilidades.
4. La participación del Estado en asuntos familiares es subsidiaria cuando los integrantes de la familia no cumplen con los deberes de protección y respeto que se deben entre ellos.

En sentido parecido, autores como Göran Therborn destacan las siguientes pautas de cambio en el ámbito de la familia:⁷⁷ A) las familias tienen menos hijos, sobre todo en los países más desarrollados; B) se ha erosionado sensiblemente el “patriarcado” que existía en el interior de las familias, de forma que el poder del padre y del marido ha ido disminuyendo en favor de una mayor igualdad entre los miembros del núcleo familiar, lo cual ha permitido la emancipación de los niños, los jóvenes y las mujeres; y C) se ha secularizado la sexualidad, alejándola de los tabúes religiosos y no haciéndola dependiente de la existencia de vínculos familiares.

Desde luego, ninguna de estas tendencias puede representarse linealmente ni se generan con la misma intensidad en todos los países, pero pueden servir para orientar los cambios legislativos del futuro, particularmente en lo que tiene que ver con el cumplimiento del mandato constitucional de protección de la familia.

En relación con el punto concreto relativo al descenso en el número de hijos, conviene tener en cuenta las siguientes datos:

⁷⁷ Therborn, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en Tezanos, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002, pp. 287 y 288.

Cuadro. 2.4. Tasas de fecundidad en algunos países industrializados,
de 1970 a 1997
(hijos por mujer de 15 a 44 años de edad)

<i>País</i>	<i>1960</i>	<i>1970</i>	<i>1980</i>	<i>1990</i>	<i>1997</i>
Alemania	2,4	2,0	1,6	1,5	1,4
Dinamarca	2,4	2,0	1,6	1,7	1,8
España	2,9	2,9	2,2	1,3	1,2
Estados Unidos	3,6	2,5	1,8	2,1	2,1
Francia	2,7	2,5	2,0	1,8	1,7
Italia	2,4	2,4	1,6	1,3	1,2
Japón	—	—	1,8	1,5	1,4
Países Bajos	3,1	2,6	1,6	1,6	1,5
Reino Unido	2,7	2,4	1,9	1,8	1,7
Suecia	2,2	1,9	1,7	2,1	1,5
Noruega	2,9	2,5	1,7	1,9	1,9*
Bélgica	2,6	2,3	1,7	1,6	1,5*
Luxemburgo	2,3	2,0	1,5	1,6	1,7*
Irlanda	3,8	3,9	3,2	2,1	1,9*
Grecia	2,3	2,4	2,2	1,4	1,3*
Portugal	3,1	2,8	2,2	1,6	1,4*

* Datos de 1994.

Fuente: Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, a partir de Carnoy, Martín, *El trabajo flexible en la era de la información*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 153; y Borchorst, Anette, “Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, en Villota, Paloma de (ed.), *La política económica desde una perspectiva de género. La individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, p. 79.

En este orden de ideas, quizá sea la materia familiar en la que más se note la separación y la tensión que existe entre el derecho y la moral. En materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un “modelo” de familia o de comportamiento familiar, y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoce que la tutela de la familia, que está prevista en el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 23), exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar que puede haber, conforme a las siguientes ideas:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23... Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia (en los informes que los Estados rindan ante el Comité), con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.⁷⁸

Pese a la postura atendible que se refleja en el párrafo anterior, también es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en otra de sus observaciones generales, en la que se afirma que “La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisibles a su respecto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista”.⁷⁹ Lo que sí parece ser un punto firme en los criterios del Comité es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.⁸⁰

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha organizado a la familia —en cuanto realidad social en la que confluyen derechos y deberes— con base en el matrimonio, reprendiendo o ignorando a quienes no se plegaran a esa forma de convivencia.⁸¹

En relación con el mandato constitucional del artículo 4o. que se está comentando, es importante destacar que la Constitución no concibe la formación

⁷⁸ Observación General número 19, de 1990, párrafo 2; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, t. I, pp. 426 y ss.

⁷⁹ Observación General núm. 28, *cit.*, párrafo 24.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 27.

⁸¹ “Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la seriedad de la finalidad reproductora. Este parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas: la norma penal para castigarlo o la negación y el silencio”, Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

de la familia a través del matrimonio; es decir, no es un requisito constitucional haber celebrado el contrato de matrimonio para disfrutar de la protección al núcleo familiar. De ahí deriva, entre otras cosas, la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales; cabe recordar que el artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero, prohíbe la discriminación por razón de “estado civil”. Por lo tanto, la legislación ordinaria deberá, en línea de principio, reconocer los mismos derechos y obligaciones a los cónyuges y a los meros convivientes; por ejemplo en materia de arrendamientos, de seguridad social, de pensiones, de sucesiones, de fiscalidad, etcétera.

Lo mismo puede decirse en relación al reconocimiento como familia de las uniones entre personas del mismo sexo.⁸² Si una persona decide vincularse sentimentalmente durante un cierto tiempo a otra que pertenezca a su mismo sexo, la ley no tendría motivo alguno para no otorgarle la protección que se le dispensa a una unión entre personas de distinto sexo.

La protección para las parejas homosexuales quizá se pueda derivar directamente de la prohibición constitucional de discriminar entre los hombres y las mujeres, en el sentido de que una misma relación *de facto* de un hombre X tiene diversas consecuencias si se establece con otro hombre o con una mujer. De acuerdo con el vigente ordenamiento jurídico mexicano, de una relación entre personas de distinto sexo —un hombre y una mujer— derivarán, si se cumplen ciertos requisitos legales, determinadas consecuencias, mientras que si una relación semejante se establece entre personas del mismo sexo —entre dos hombres o entre dos mujeres— la tutela legal es inexistente.

Se podría decir, bajo esta óptica, que la ley está discriminando entre hombres y mujeres al tratar de forma desigual dos situaciones *de hecho iguales* y que, en esa virtud, viola el mandato constitucional de no discriminación entre sexos del párrafo primero del artículo 4o. Si se mantiene la posición contraria, es decir, si se defiende que el diferente trato entre parejas heterosexuales y homosexuales es correcto, habrá que justificar con mucho cuidado que no se trata de una discriminación, como en el caso de todos los demás supuestos de tratamiento diferenciado. Refuerza esta consideración el hecho de que el artículo 1o. constitucional, párrafo tercero, prohíbe la discriminación por motivo de las “preferencias”; es obvio que la Constitución se refiere a las preferencias sexuales.

⁸² Un panorama interesante sobre el tema, desde una óptica constitucional, puede verse en Sunstein, Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 183 y ss.

Por suerte, han quedado muy lejos los días en que Kant calificaba la homosexualidad como un innombrable vicio contra la naturaleza, que se opone “en grado sumo” a la moralidad y suscita tal aversión que es incluso “inmoral mencionar un vicio semejante por su propio nombre”. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido siguen perdurando las consideraciones y argumentaciones morales cuando se trata de estudiar el tema de la relevancia jurídica de las uniones entre personas del mismo sexo. En vez de recoger puntos de vista que se basen en normas jurídicas, suelen encontrarse en el debate expresiones construidas sobre prejuicios morales o religiosos. En lugar de decir qué derechos se vulneran al dar cobertura y seguridad jurídica a las uniones homosexuales, se hace referencia a su imposibilidad para procrear, en el mejor de los casos, o simplemente a la promiscuidad, inestabilidad y amor al riesgo, en el peor.⁸³

Lo anterior no supone, en lo más mínimo, restar importancia a la forma “tradicional” de familia, sino abrir el ordenamiento jurídico para hacerlo capaz de tutelar a todas las personas —sin introducir discriminaciones basadas en criterios morales, culturales o étnicos—, lo cual es una demanda derivada directamente del carácter universal de los derechos fundamentales y de la tolerancia que debe regir en un Estado laico y democrático.

La protección de la familia a nivel constitucional se relaciona con otros preceptos de la carta fundamental e incluso con otras disposiciones del mismo artículo 4o. Destacadamente, la protección de la familia se relaciona con el derecho a la vivienda y con los derechos de los menores de edad.

Por otro lado, la tutela “multicultural” de la familia, por lo que respecta a los indígenas cuando menos, tiene una expresión directa en varias disposiciones del artículo 2o.

Además de lo previsto por el artículo 4o., es importante mencionar que el artículo 123 de la Constitución contiene otra disposición protectora de la familia. En la fracción XXVIII del apartado A establece que “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisible a título de herencia con simplificación de las formalidades en los juicios sucesorios”.

Tampoco en esta materia la jurisprudencia es muy abundante (aunque sí lo es, desde luego, la jurisprudencia referida en general a la familia, pero contemplada desde la perspectiva del derecho civil, no la del derecho constitucional, que es la que ahora interesa); se puede citar, sin embargo, la siguiente tesis:

⁸³ Ver Sánchez Martínez, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *cit.*

PATRIA POTESTAD. El artículo 299, regla primera del Código Civil del Estado de Campeche, no viola el principio de protección legal de aquélla y de la organización y desarrollo familiar, contemplados en el artículo 4o. de la Constitución. El referido precepto local no viola los principios de protección legal de la organización y desarrollo familiar, ni el de la patria potestad, pues al disponer que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, quedando éstos bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, en términos de la regla primera está, en realidad, protegiendo los derechos familiares contenidos en el artículo 4o. constitucional. En efecto, si la protección legal de la organización y desarrollo de la familia se entiende como la preservación del núcleo fundamental de la sociedad, así como de las personas que lo conforman, orientado ello hacia el crecimiento personal y social a fin de lograr el más elevado plano humano de los padres y de los hijos y su consecuente participación activa en la comunidad, es forzoso y necesario concluir que la privación de la patria potestad del cónyuge que asumió conductas reveladoras de una baja calidad moral, que ponen al alcance del menor un modelo o ejemplo pervertido o corrupto de la paternidad o maternidad y que además implican abandono o abdicación de los deberes que impone la patria potestad, tiende no sólo a evitar a los hijos el sufrimiento de un daño sino a lograr lo que más les beneficie dentro de una nueva situación en los órdenes familiar, social y jurídico, protegiendo de esta manera la organización y el desarrollo de la familia que subsiste, en cierto modo, con el cónyuge no culpable y el o los hijos menores de edad que quedan bajo su patria potestad. Luego, tampoco se infringe con la disposición tachada de inconstitucional la institución de la patria potestad; por lo contrario, al privar al cónyuge culpable de ésta en función del bienestar del menor hijo, se mantiene intacta la voluntad del legislador supremo respecto a los derechos de la niñez, es decir, al mayor bienestar de los menores, lo que desde el punto de vista del legislador local se atiende en la sentencia de divorcio que fija la situación de los hijos privando al cónyuge culpable de la patria potestad y preservando su ejercicio al inocente, quien seguirá asumiendo la carga de preservar el derecho de los menores hijos a la satisfacción de sus necesidades y a su salud física y mental, fuera ya del entorno donde estaban en riesgo de afectación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, julio de 2000, novena época, segunda sala, tesis 2a. LXXVIII/2000, p. 163.

Como una derivación de la protección constitucional a la familia, el propio artículo 4o. contiene diversas disposiciones que tutelan a los menores de edad, considerados en lo individual y en su carácter de miembros del grupo familiar. El estudio de la protección constitucional de los menores se hará en el capítulo referido a los derechos sociales, por las razones que en dicho lugar se exponen.

La protección de la familia se realiza en la práctica a través de la implementación de una serie de políticas públicas sustantivas, que desde luego exigen regulaciones favorables al reconocimiento de formas familiares distintas de las tradicionales, pero que también requieren la implementación de otras medidas fácticas por parte de los poderes públicos. Un elenco orientativo sobre esas po-

líticas públicas para ofrecer servicios en favor de las familias debería contener, entre otras, las siguientes cuestiones:⁸⁴

a) el compromiso del Estado en favor de las familias con hijos (por medio de subsidios familiares y de deducciones de impuestos);

b) la cobertura de servicios públicos en favor de la infancia (guarderías para todos los niños menores de tres años, con independencia del carácter de trabajadores o no trabajadores que tengan los padres);⁸⁵

c) la asistencia para ancianos (incluyendo atención domiciliaria para los mayores de 65 años que la requieran).

Si quisiéramos descomponer un poco los anteriores aspectos, podríamos afirmar que el Estado, para cumplir con el mandato constitucional de proteger a la familia, debería de proveer los siguientes servicios:⁸⁶

a) crear una red de asistencia domiciliaria para todos los ciudadanos que no puedan valerse por sí mismos;

b) crear una red de escuelas infantiles públicas para los niños de 0 a 3 años que cubra la demanda actual;

c) crear residencias para personas de la tercera edad o con discapacidad, tanto permanentes como con atención solamente durante el día;

d) crear una red territorial de centros de atención familiar;

e) crear una red de atención específica para la mujer, por ejemplo en materia de viviendas para madres jóvenes (o madres solas);

f) planes para mujeres con cargas familiares no compartidas y de escasos recursos, o que se encuentren dentro de ciertos indicadores de exclusión social;

g) adecuación de horarios de las oficinas públicas para que las mujeres que trabajan puedan acudir a ellas sin descuidar su trabajo ni sus tareas domésticas;

h) favorecimiento de los permisos, licencias y reducciones de la jornada laboral para mujeres que cuidan hijos menores y/u otros dependientes familiares;

i) introducir cierta flexibilidad laboral a través de esquemas originales que permitan a las mujeres acomodar de mejor forma el reparto del tiempo entre sus diferentes actividades; por ejemplo a través de jornadas reducidas durante periodos de tiempo prestablecidos, por medio de los empleos compartidos, de la capitalización de horas de trabajo a lo largo de la semana, etcétera.

⁸⁴ Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, p. 20.

⁸⁵ Este aspecto, además, también deriva de los mandatos de los tres últimos párrafos del mismo artículo 4o. constitucional, que establecen tareas concretas a cargo de varios sujetos para proteger a los menores de edad.

⁸⁶ Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, p. 28.

Para comprender mejor este punto, conviene tener presente algunas estadísticas básicas que ponen de relevancia el empeño que algunos países realizan en el ámbito de la protección familiar, la cual se tiene que concretar en aspectos como el gasto en servicios familiares, el porcentaje de cobertura que tienen las guarderías públicas o el grado de asistencia domiciliaria. Como se puede observar en el cuadro 2.5, los índices positivos más altos en los rubros que se acaban de mencionar se producen en los países más desarrollados.

Cuadro 2.5. Servicios del Estado del bienestar a las familias

<i>País</i>	<i>Gastos en servicios familiares (% del PIB)</i>	<i>Cobertura de las guarderías públicas (%)</i>	<i>Cobertura de la asistencia domiciliaria (%)</i>
Australia	0,15	2,0	7,0
Canadá	0,08	4,0	2,0
Estados Unidos	0,28	1,0	4,0
Reino Unido	0,48	2,0	9,0
Irlanda	0,06	1,0	3,0
Dinamarca	1,98	48,0	22,0
Finlandia	1,53	22,0	24,0
Noriega	1,31	12,0	16,0
Suecia	2,57	29,0	16,0
Alemania	0,54	3,0	2,0
Austria	0,25	2,0	3,0
Bélgica	0,10	20,0	6,0
España	0,04	3,0	2,0
Francia	0,37	20,0	7,0
Italia	0,08	5,0	1,0
Países bajos	0,57	2,0	8,0
Portugal	0,16	4,0	1,0
Japón	0,27	—	1,0
Regímenes socialdemócratas	1,85	31,0	19,5
Regímenes liberales	0,21	1,9	4,3
Europa continental	0,37	9,2	4,3
Europa meridional	0,09	4,7	1,3
Japón	0,27	—	1,0

— Datos no disponibles

Fuente: Carbonell, José, “Estado de bienestar, autonomía de la mujer y políticas de género: el déficit pendiente”, *cit.*, a partir de Esping-Andersen, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 87 y 99.

V. LAS PROHIBICIONES DEL ARTÍCULO 12 CONSTITUCIONAL

El artículo 12 contiene una garantía de igualdad que es consecuencia del carácter democrático y republicano que tiene el Estado mexicano, como lo dispone el artículo 40 constitucional. Su texto es el siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.

Una de las características de la república, en oposición a lo que sucede en las monarquías, es que no se admite la posibilidad de que haya honores o títulos que se puedan transmitir por vía sanguínea o dinástica; en esa virtud, solamente se pueden reconocer los méritos que se ganen por el esfuerzo de cada uno, con independencia del origen social o familiar que se tenga. Por su parte, el principio democrático supone que nadie puede ejercer algún tipo de poder público si no cuenta con la legitimidad (directa o indirecta, según sea el caso) que otorga el sufragio popular; dicha legitimidad, como es obvio, no existe cuando alguna dignidad se reconoce por el solo hecho de la ascendencia o por razón de nacimiento o linaje.

Hay que recordar que el principio de igualdad en general es una de las grandes banderas del movimiento revolucionario en Francia; y en particular la idea de la igualdad de todos los ciudadanos a efectos de poder gozar de distinciones sociales basadas en el mérito y no en el linaje se alcanza a plasmar con claridad en los textos emanados de la Revolución. Así por ejemplo, el artículo 6o. de la Declaración de 1789 establece que “Todos los ciudadanos, siendo iguales (ante la ley), son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Por su parte, el artículo 3o. de la Constitución francesa de 1795 dispuso que “La igualdad no admite distinción alguna por razón de nacimiento ni herencia alguna de poderes”.

Concretamente, el texto del artículo 12 constitucional establece dos cuestiones distintas: la primera es que en México no se concederán títulos nobiliarios, ni prerrogativas u honores hereditarios; la segunda es que no se reconocerán los que sean otorgados en otros países.

Los títulos nobiliarios o de nobleza, como nos lo indica José Luis Soberanes, se pueden entender como las “mercedes honoríficas que con carácter perpetuo otorgaron los monarcas a ciertos vasallos en recompensa a valiosos servicios prestados a la Corona; ello además implicaba un estatuto jurídico personal privilegiado, por lo cual, las personas poseedoras de un título nobiliario constituían un estamento social”. El mismo autor afirma que en México se dieron títulos nobiliarios durante los dos imperios, pero sobre todo durante el

periodo colonial, en virtud de que México formaba parte entonces de la monarquía española.⁸⁷ Montiel y Duarte, al comentar la disposición contenida en el artículo 12 de la Constitución de 1857, refiere que “Se decía que la nobleza era la superioridad de raza transmitida por nacimiento, que suponía desigualdad natural, social y política, sin consideración al mérito personal”.⁸⁸

En el constitucionalismo histórico mexicano han sido frecuentes las normas que contenían disposiciones semejantes a la del actual artículo 12. Por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución de Apatzingán de 1814, disponía que “Ningún ciudadano podrá obtener más ventajas que las que haya merecido por servicios hechos al Estado. Estos no son títulos comunicables ni hereditarios; y así es contraria a la razón la idea de un hombre nacido legislador o magistrado”.

También es interesante lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución de 1857, cuyo texto fue el siguiente: “No hay ni se reconocen en la República, títulos de nobleza, ni prerrogativas, ni honores hereditarios. Sólo el pueblo, legítimamente representado, puede decretar recompensas en honor de los que hayan prestado o prestaren servicios eminentes a la patria o a la humanidad”.

De los dos artículos transcritos destaca el hecho de que los honores no pueden ser, en México, resultado del simple nacimiento; pero también hacen notar que ello no implica que no se puedan dar reconocimientos por servicios relevantes, con lo cual sí se permite reconocer el mérito que pueda tener una persona por sus actos.

Para dar mayor fuerza a la disposición del artículo 12 constitucional, el propio texto de la Carta Fundamental dispone en el artículo 37, inciso B, fracción I, que la nacionalidad mexicana obtenida por naturalización, se pierde entre otras causas “por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero”. El mismo artículo 37, en su inciso C fracción I, establece que la ciudadanía mexicana se pierde “Por aceptar o utilizar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros”. En el primer supuesto se deja de ser nacional mexicano, mientras que en el segundo se deja de ser ciudadano, pero se conserva la nacionalidad mexicana.

La última parte del artículo 12 dispone que no se reconocerán los títulos de nobleza otorgados por otro Estado, de forma que si alguna persona que tenga uno de esos títulos se interna en el territorio nacional, los mismos no podrán ser tenidos en cuenta para generar ningún efecto jurídico. Esto no significa, sin

⁸⁷ Soberanes, José Luis, “Títulos nobiliarios”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VI, p. 711.

⁸⁸ Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, 6a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1998, p. 95.

embargo, que en observancia de las reglas del protocolo internacional, no se pueda dar un trato apropiado a los representantes de Estados monárquicos que vienen a México en visita oficial.

Disposiciones semejantes a las contenidas en el artículo 12 aparecen también en otros textos constitucionales; así, por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución de Argentina establece en su primera parte que “La nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza”.

VI. EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL

El texto del artículo 13 constitucional es el siguiente:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Como se puede apreciar de su simple lectura, el artículo 13 contiene varias disposiciones que, en forma de garantías o derechos, se orientan en lo fundamental a proteger el valor de la igualdad. Así lo establece, por ejemplo, la siguiente tesis jurisprudencial:

IGUALDAD. Las garantías previstas en el artículo 13 constitucional la consagran, en el aspecto jurisdiccional, prohibiendo las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros. De la interpretación histórica del artículo 13 constitucional, y particularmente del debate que suscitó el mismo precepto de la Constitución de 1857, se desprende que la teleología de tal norma es la de consagrar la plena igualdad ante la ley, eliminando las manifestaciones más evidentes que atentan contra ella, como son las leyes privativas, los tribunales especiales y los fueros; de lo que se sigue que la igualdad que consagra el citado precepto se refiere a un aspecto específico: el de la jurisdicción. Así, el artículo 13 constitucional proscribía la aplicación de “leyes” que no sean generales, abstractas y permanentes; de tribunales distintos a los ordinarios creados por la ley con competencia genérica y jurisdicción diferente para las personas, en función de su situación social. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, septiembre de 1997, novena época, pleno, tesis P. CXXXV/97, p. 204.

Para los efectos del análisis del contenido del artículo 13 importa subrayar las siguientes cuatro cuestiones que se desprenden del texto del precepto mencionado: 1) la prohibición de leyes privativas; 2) la prohibición de los tribunales especiales; 3) la regulación de los emolumentos; y 4) la existencia del fuero militar y la delimitación de su alcance.

1. *Leyes privativas*

Uno de los rasgos más típicos de los modernos Estados de derecho es el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, mismo que ya ha sido examinado en este capítulo. Como consecuencia de dicho principio, las leyes deben ser generales y abstractas. No sucede lo mismo con otro tipo de disposiciones jurídicas que —justamente al aplicar las normas generales— generan situaciones jurídicas que afectan a determinadas personas (identificadas en lo individual) y no a otras; los ejemplos típicos de disposiciones jurídicas particulares y concretas son las sentencias y los actos administrativos.

En una primera aproximación se puede decir que la generalidad de la ley se refiere a que sus destinatarios sean indeterminados; dicho concepto se opone al de singularidad entendida como la predeterminación de los destinatarios de la ley. Por su parte, la abstracción se referiría no a los sujetos, sino a las acciones, de forma que sería abstracta una ley que no predeterminara los casos a los que se va a aplicar (por ejemplo, no sería abstracta una ley que contuviera un artículo que estableciera que el tipo penal de homicidio se aplicará a las primeras 200 conductas que caigan en ese supuesto, y no a las subsiguientes).

Algunos autores reúnen los conceptos de generalidad y abstracción en uno sólo y se refieren —para explicarlos— a la generalidad en el espacio y a la generalidad en el tiempo; la primera es la indeterminación subjetiva (por razón de los destinatarios) y la segunda es la indeterminación de las acciones a las que se les aplica la ley (por razón de las conductas).⁸⁹ En este sentido, Carlos de Cabo escribe:

La generalidad es aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados, y las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas. Contiene, pues, dos ingredientes: el de los *sujetos* a quienes va destinada (respecto de los cuales es preferible hablar de determinación genérica más que de indeterminación para evitar la posible asociación con imprecisión) y el de los *sujetos* de hecho o conductas que regula (y que supone la aplicación permanente y

⁸⁹ Al respecto, Montilla Martos, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994, p. 38.

repetitiva a todos los que se ajusten a sus previsiones mientras esté vigente, sin agotarse, por tanto, su cumplimiento).⁹⁰

No hay que confundir sin embargo la generalidad de la ley con la universalidad de sus mandatos.⁹¹ La universalidad tiene que ver con la forma lógica en que está redactado un mandato legislativo; así, será universal si se dirige a todos los individuos que pertenezcan a una determinada clase o que ocupen una determinada posición; para lograr la universalidad, las normas jurídicas suelen utilizar cuantificadores universales en su redacción (“todas las personas tienen derecho a la salud”, “todos los trabajadores tienen derecho a formar un sindicato”, “a nadie se le puede impedir la libre expresión de las ideas”, etcétera). Por su parte, la generalidad tendría que ver con la amplitud abarcativa de las categorías que se eligen para los destinatarios de las normas; de esta forma, será más general una norma que permita que dentro de sus supuestos se encuentre un número amplio de personas, y no será general una norma que, aún utilizando un cuantificador universal de hecho esté haciendo referencia solamente a una persona (por ejemplo si una norma estableciera un tipo especial de impuesto sobre la renta para quienes tuvieran un patrimonio de más de 100,000 millones de pesos, pues todos sabemos que esa cantidad de patrimonio solamente la tiene una persona en todo el país).

La distinción entre universalidad y generalidad es interesante porque añade un elemento cualitativo al entendimiento de la igualdad *en* la ley. De alguna forma, al separar conceptualmente ambos rasgos normativos, podemos someter al legislador a un escrutinio más escrupuloso al momento de evaluar si ha respetado el mandato de igualdad; es decir, se entiende que no basta para atender ese mandato con que el legislador haga normas que identifiquen universalmente a sus destinatarios, sino que además las categorías a las que se aplica la norma deben ser relativamente amplias (no deben referirse, por poner un ejemplo extremo, a “todos los empresarios del ramo textil que vendan pantalones a 150 pesos y tengan su domicilio social en la calle de República de Uruguay”; en este caso la norma sería universal, porque se podría aplicar a “todos” los que reunieran las características que la propia norma describe, pero no sería general si esas características fueran, de hecho, aplicables a un único comerciante).

Hay otro elemento cualitativo que habrá que tener en cuenta al momento de saber si una ley es o no general. Se trata del requisito de que las distinciones que hace el legislador para incluir o no incluir a ciertos supuestos dentro de su

⁹⁰ *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 47. Cursivas del autor.

⁹¹ Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *cit.*, pp. 6-10.

regulación no estén basadas en criterios prohibidos;⁹² por ejemplo, aunque la norma que estableciera que “todos los fabricantes de ropa que profesen la religión judía deben pagar un impuesto sobre sus ingresos del 20%”, sería sin duda universal (al incluir a todos los sujetos de una determinada clase) y también general (ya que el grupo de fabricantes de ropa que profesan la religión judía es, para efectos del ejemplo, muy amplio), en realidad estaría violando el mandato de igualdad en su vertiente de no discriminación por tomar como criterio fundamental para designar a los destinatarios de la norma el de su religión, que es uno de los criterios prohibidos por el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, según lo pudimos estudiar en los apartados precedentes.

Podemos entonces sostener que los mandatos constitucionales de igualdad en los derechos fundamentales (artículo 1o., párrafo primero), de no discriminación (artículo 1, párrafo tercero) y de generalidad de la ley a través de la prohibición de leyes privativas (artículo 13), significan para el legislador tomar en cuenta que: *a)* las leyes deben utilizar cuantificadores universales para designar a sus destinatarios; *b)* los grupos de destinatarios deben ser relativamente amplios; y *c)* los criterios para distinguir entre las personas a las que la norma está regulando y a las que no entran en su regulación no deben estar prohibidos por el mandato de no discriminación, ya que, como lo señala Francisco J. Laporta, “Sea cual sea el número de seleccionados o clasificados en virtud de las condiciones de aplicación de la norma, si la determinación de éstas obedece a un criterio admitido por el principio de igualdad, entonces la norma es igualitaria”.⁹³

En los ordenamientos jurídicos modernos el mandato de que las leyes sean generales puede derivar de forma explícita o implícita del texto constitucional. Un ejemplo del primer caso lo es justamente el artículo 13 de la Constitución mexicana. En el segundo caso se encuentran todos aquellos ordenamientos constitucionales en los que la generalidad deriva directamente del mandato genérico de igualdad ante la ley. En algunos casos, los textos constitucionales precisan la especial importancia de que ciertos tipos de leyes sean generales; por ejemplo, el artículo 103.3 de la Constitución de Alemania dispone que “Nadie podrá ser condenado más de una vez por el mismo acto en virtud de leyes penales *generales*”.

En el ordenamiento constitucional mexicano, el principio de abstracción de la ley tal como ya ha sido definido, se puede desprender —además obviamente de lo que dispone el artículo 13— del inciso F del artículo 72 constitucional, que contiene el principio de autoridad formal de la ley, de acuerdo con el cual

⁹² *Ibidem*, pp. 10-11.

⁹³ *Ibidem*, p. 11.

una ley no puede ser derogada sino siguiendo los mismos pasos que se observaron para su creación, y mientras eso no suceda se seguirá aplicando sin excepción a todos los supuestos que se ajusten a lo que prescribe.

La Suprema Corte ha establecido, en consonancia con algunos de los extremos que se acaban de exponer, que

es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previene, en tanto no sean abrogadas. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988*, primera parte, tribunal pleno, p. 236.⁹⁴

Lo contrario de una ley general es una ley singular, también llamada ley de caso único. Dichas leyes se pueden definir, en palabras del Tribunal Constitucional español, como “aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro” (sentencia 166/1986).

Algunos autores consideran que este tipo de leyes se justifican en los modernos Estados sociales en virtud de que permiten una intervención más directa del Estado sobre algún problema concreto, a la vez que permiten prestar legitimidad a medidas intervencionistas al ser dictadas por el órgano representante del pluralismo político-social dentro del Estado constitucional, como lo es el Parlamento.⁹⁵ José Antonio Montilla resume esta idea en los siguientes términos: “Las disposiciones legislativas de estructura singular, en concreto las que vamos a denominar leyes singulares de intervención, pueden responder a las nuevas necesidades y exigencias como cauce democrático-pluralista de interconexión entre la sociedad y el Estado”.⁹⁶

⁹⁴ En términos parecidos, el Tribunal Constitucional alemán ha sostenido que “Una ley, para responder a su forma interna, tiene que estar formulada abstractamente y ser aplicable a un círculo de personas delimitado con arreglo a criterios generales”, *BverfGE* 12, 81 (96), citado por Starck, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 90.

⁹⁵ Montilla Martos, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, cit., p. 80.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 84. Ver también las observaciones sobre el tema de Asís Roig, Agustín, “La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. I, pp. 169 y ss.

Según otros autores, sin embargo, la generalidad de la ley es en la actualidad más necesaria que nunca para evitar, al menos, lo siguiente: 1) la invasión por el Poder Legislativo de funciones que corresponden a otros poderes (al perder los rasgos de generalidad, la ley se *administrativiza*, pulverizando la distinción clásica entre creación normativa y aplicación normativa); 2) la quiebra de la generalidad puede contribuir a la dispersión normativa y a la “deconstrucción” del ordenamiento, fomentado entre otras cuestiones fenómenos como la “des-codificación”.⁹⁷

Volviendo a la interpretación que nuestros tribunales federales han realizado del artículo 13, cabe señalar que en una tesis jurisprudencial la Corte ha distinguido entre las leyes privativas, prohibidas por el artículo mencionado, y las leyes especiales; su texto es el siguiente:

LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o a varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de las hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional. Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, marzo de 1998, novena época, pleno, tesis P./J, 18/98, p. 7.

Otros criterios interesantes para comprender el sentido de la prohibición de leyes privativas del artículo 13 constitucional, incluso desde un punto de vista histórico, son los siguientes:

LEY PRIVATIVA. Lo es la dictada especialmente para una o varias personas o corporaciones particulares. No tiene ese carácter, la que se refiere a cierta clase de personas, como los propietarios, los fabricantes, los menores, etcétera. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVIII, quinta época, pleno, p. 1029.

⁹⁷ Cabo, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, cit., pp. 57-59.

LEYES PRIVATIVAS. Para interpretar el espíritu del artículo 13 constitucional, que previene que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales, debe atenderse a que la facultad de juzgar, en materia civil, se refiere al derecho de la persona, y en materia penal, al derecho de la sociedad; y al establecer la Constitución, la garantía enunciada, se refiere tanto a la materia civil como a la penal. De entenderse que el artículo 13 de la Constitución sólo se refiere a materias penales, se llegaría al error de que el Poder Legislativo invadiera las facultades constitucionales del judicial, puesto que el artículo 21 de la carta federal manda que la imposición de las penas es propia y exclusiva de las autoridades judiciales; y la circunstancia de que una ley, que debe dimanar, como todas las leyes, del Poder Legislativo, impusiera penas, constituiría, a no dudarlo, esa invasión, que resultaría contraria a lo dispuesto por el artículo 13 que, dada su colocación entre los textos constitucionales, indudablemente entraña una prohibición de carácter general, de expedir leyes privativas y de que las autoridades judiciales las puedan aplicar. Además, el artículo 12 constitucional se refiere a la igualdad natural de los hombres, y el 13 a la igualdad ante la ley, que existe tanto en materia civil como en materia penal, y nuestros códigos civiles comienzan, en general, consignando este principio, que dimana del tan repetido artículo 13: “la ley civil es igual para todos”, añadiendo después: “ninguna persona o corporación puede gozar de fueros”, y fuero, según el diccionario, significa: “privilegio, exención concedida a alguna provincia, sociedad o persona”. El artículo 13 garantiza la igualdad ante la ley; no se refiere, en manera alguna, a las garantías relativas a la seguridad personal, a las que deben tener los individuos sujetos a proceso, porque esas garantías están expresamente señaladas en los artículos subsiguientes de la Constitución. Las funciones jurídicas del Estado son de tres órdenes: legislativa, administrativa y jurisdiccional; mediante la primera, formula el derecho objetivo, indica la forma como ha de realizarse; mediante la segunda, crea una situación de derecho subjetivo o condiciona, por un acto individual, el nacimiento de una condición legal; mediante la tercera, hace constar la existencia y la extensión de una regla de derecho, o de una situación de hecho, en caso de violación o contienda, y dispone las medidas necesarias para asegurar el respeto debido a su decisión. La primera función, se lleva a cabo por el Poder Legislativo, que establece reglas u organiza situaciones destinadas a asegurar el cumplimiento de una regla de derecho; pero en el sentido material, sólo es la ley la que tiene el carácter y tiende a la realización del derecho; además, la ley debe tener otros dos caracteres esenciales; los de firmeza y de abstracción; significando, este último, que debe tener en cuenta únicamente su calidad social, su objeto de realización de derecho, con exclusión completa del individuo o persona, sujeto a ese derecho, que aun cuando es el fin de la ley, no debe considerarse de una manera particular, dentro de la misma, y seguramente a los caracteres de generalidad y abstracción, son a los que se refiere el artículo 13 constitucional, al decir que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales y al prohibir los fueros, privilegios o exenciones; derecho individual correlativo de la prohibición para el Estado, de expedir leyes materiales, en la acepción que se le ha dado, de que no reúnan los requisitos de generalidad y abstracción.

Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, quinta época, tercera sala, p. 802.

En el artículo 31 fracción IV de la Constitución se encuentra un término que puede parecer cercano al de la generalidad de las leyes y que, de hecho, también tiene fuertes vínculos con el principio de igualdad: se trata de la exigencia constitucional de la *equidad* para las leyes tributarias. Sobre la cercanía entre igualdad y equidad existe la siguiente tesis jurisprudencial:

EQUIDAD Y GENERALIDAD DE UNA LEY. DIFERENCIAS. Es inexacto que la equidad que exige la ley, signifique que no se esté frente a una ley privativa. En efecto, la interpretación jurídica del artículo 13 de la Constitución conduce a concluir que por leyes privativas deben entenderse aquellas cuyas disposiciones desaparecen después de aplicarse a una hipótesis concreta y determinada de antemano, y que se apliquen en consideración a la especie o la persona, o sea, que carecen de los atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad que debe revestir toda norma jurídica. Es decir, que basta con que las disposiciones de un ordenamiento legal tengan vigencia indeterminada, se apliquen a todas las personas que se coloquen dentro de la hipótesis por ellas prevista y que no estén dirigidas a una persona o grupo de personas individualmente determinado, para que la ley satisfaga los mencionados atributos de generalidad, abstracción e impersonalidad y, por ende, no infrinja lo dispuesto por el artículo 13 constitucional. En cambio, el principio de equidad que debe satisfacer toda norma jurídico-fiscal tiene como elemento esencial el que, con respecto de los destinatarios de la misma, se trate de manera igual a quienes se encuentren en igual situación; el principio de igualdad establecido en la Constitución, tiende a que en condiciones análogas se imponga gravámenes idénticos a los contribuyentes, esto es, que las leyes deben tratar igualmente a los iguales, en iguales circunstancias. De lo anterior, claramente se infiere que no es lo mismo la falta de equidad de una ley, a que ésta sea privativa en los términos del artículo 13 constitucional. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. 103-108, primera parte, séptima época, pleno, p. 152.

2. *Tribunales especiales*

La prohibición de que existan tribunales especiales, contenida en el artículo 13, es una manifestación concreta del principio de igualdad, pues pone a todas las personas ante la posibilidad de que sean juzgadas por los mismos órganos, sin que se puedan crear otros para conocer de asuntos determinados. Lo anterior no excluye, sin embargo, que puedan existir tribunales especializados por razón de la materia, siempre y cuando su competencia les permita conocer de todos los casos que se generen precisamente en el ámbito de esa materia, de

acuerdo con las reglas de la competencia jurisdiccional que establezcan las leyes. Como lo sostiene Luis María Díez Picazo,

Parece claro que, en un Estado democrático de derecho, el principio de igualdad ante la ley exige el sometimiento de todos a unos mismos tribunales —o, mejor dicho, a Tribunales de una misma naturaleza—, sin que quepan fueros privilegiados por razón de las condiciones personales o sociales. Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que el legislador, para lograr una más eficaz administración de la justicia, establezca la especialización *ratione materiae* de los tribunales en distintos órdenes (civil, penal, etc.) porque no vulnera el principio de igualdad —todos los litigios de una misma especie, cualesquiera que sean las partes, son resueltos por unos mismos Tribunales— y, sobre todo, porque respeta la idea que late bajo el propio principio de unidad (de la jurisdicción): todos los tribunales deben estar dotados de idénticas garantías...⁹⁸

La jurisprudencia de nuestro Poder Judicial federal ofrece algunas definiciones en torno al concepto de tribunales especiales, corroborando lo que se acaba de decir; son de interés, en este punto, los siguientes criterios:

TRIBUNALES ESPECIALES. Por tribunales especiales se entiende aquellos que se crean exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delincuentes; por tanto, no puede considerarse tribunal especial, al juez que se nombre para auxiliar a otro en el despacho de todos los negocios de su competencia. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVII, quinta época, primera sala, p. 1140.

TRIBUNAL ESPECIAL. No puede calificarse así, al tribunal que sin competencia, se avoca el conocimiento de un negocio. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, quinta época, pleno, p. 137.

TRIBUNALES ESPECIALES. No pueden considerarse así, los establecidos por las leyes, para administrar justicia. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, quinta época, pleno, p. 910.

En el derecho constitucional comparado existen muchos ejemplos de normas que no permiten los tribunales especiales. Así por ejemplo, la Constitución española de 1978 señala de forma escueta que “Se prohíben los tribunales de excepción” (artículo 117.6).⁹⁹ La Constitución italiana de 1947 dispone que

⁹⁸ *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p. 35.

⁹⁹ Al interpretar este precepto, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “la Constitución prohíbe jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en

“No podrán instituirse jueces de excepción ni jueces especiales. Sólo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas para materias determinadas...”. Este tipo de disposiciones se refuerza con aquellos otros preceptos constitucionales que establecen el “derecho al juez natural”; como ejemplo de las mismas puede citarse de nuevo la Constitución italiana, que establece lo siguiente: “Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley” (artículo 25); en el mismo sentido, la Constitución española dispone que “todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías...”.

En México este reforzamiento de la prohibición de tribunales especiales se encuentra en el artículo 14 constitucional, en su párrafo segundo, en el que se hace referencia a la existencia de “tribunales previamente establecidos” como requisito para llevar a cabo actos de privación de los bienes que señala el mismo párrafo, cuyo contenido será estudiado en el capítulo cuarto de este libro, correspondiente a los derechos de seguridad jurídica.

3. *Emolumentos*

El artículo 13 dispone que ninguna persona podrá gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos, siempre que estén establecidos en una ley. De esta parte del artículo se desprenden dos cuestiones: la primera es la que tiene que ver con la prohibición de que se perciban emolumentos por motivos distintos a la prestación de un servicio público; la segunda es una forma de expresión del llamado principio de legalidad presupuestaria, mismo que se reitera en diversos preceptos de la Constitución, como enseguida se explica.

Un emolumento, según lo explica el *Diccionario de la Lengua Española*, es la “remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo”. Por tanto, la prohibición constitucional consiste en que no se paguen retribuciones distintas a aquellas que sean producto de un servicio público efectivamente prestado.

El principio de legalidad presupuestaria implica que los pagos que integran el presupuesto público deberán ser realizados conforme a la previa autorización del Poder Legislativo o de alguna de sus cámaras, según lo determine la

cuenta experiencias propias y ajenas... Existen supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud territorial en que se producen, y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado” (STC 199/1987).

propia Constitución. Éste es un elemento central del constitucionalismo moderno, pues busca acabar con los privilegios que tenía la nobleza en el antiguo régimen, en donde se podían obtener ingresos sin realizar servicios públicos, simplemente por la posición que se tuviera dentro de la estructura social. En cambio, es propio de los Estados democráticos que el destino del dinero de los contribuyentes sea determinado justamente por los representantes populares, de forma que se aplique en forma efectiva a la satisfacción de las necesidades de todos.

A pesar de lo dispuesto por el artículo 13, en México ha sido una práctica constante de todos los gobiernos el dar compensaciones fuera de lo presupuestado para servidores públicos de mandos medios y superiores. Dentro del imaginario nacional ha tomado carta de residencia el concepto de “aviador”, para significar a la persona que solamente aparece en una oficina pública el día que hay que cobrar el sueldo, sin desempeñar ninguna tarea que lo justifique. También ha sido una costumbre la utilización de partidas secretas, operadas sobre todo desde la misma Presidencia de la República y sin dejar registros detallados de su uso, a pesar de lo dispuesto por el artículo 74, fracción IV, párrafo tercero, que establece con una redacción excesivamente laxa que “No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que se consideren necesarias, con ese carácter, en el mismo presupuesto (de Egresos de la Federación); las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del presidente de la República”.

El principio de legalidad presupuestal se encuentra, además de en el artículo 13 que se está analizando, en el artículo 74 fracción IV, párrafos primero y segundo, de acuerdo con los cuales, son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados,

IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, discutiendo primero las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior.

El Ejecutivo federal hará llegar a la Cámara la iniciativa de leyes de ingresos y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a más tardar el día 15 del mes de noviembre o hasta el día 15 de diciembre cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, debiendo comparecer el secretario del despacho correspondiente a dar cuenta de los mismos.

También se refuerza el mismo principio en virtud de lo que establecen los artículos 75, 126 y 127 de la Constitución, cuyos textos disponen lo siguiente:

Artículo 75. La Cámara de Diputados, al aprobar el Presupuesto de Egresos, no podrá dejar de señalar la retribución que corresponda a un empleo que esté establecido

por la ley; y en caso de que por cualquiera circunstancia se omita fijar dicha remuneración, se entenderá por señalada la que hubiere tenido fijada en el Presupuesto anterior, o en la ley que estableció el empleo.

Artículo 126. No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior.

Artículo 127. El presidente de la República, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los representantes a la Asamblea del Distrito Federal y los demás servidores públicos recibirán una remuneración adecuada e irrenunciable por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, que será determinada anual y equitativamente en los presupuestos de Egresos de la Federación y del Distrito Federal o en los presupuestos de las entidades paraestatales, según corresponda.

La jurisprudencia ha reiterado el sentido del principio de legalidad presupuestal en su vertiente de remuneraciones de los servidores públicos, al sostener que compete establecer dichas remuneraciones a los órganos legislativos, incluso con respecto a los municipios. La tesis a la que se hace referencia es la siguiente:

REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPALES. CORRESPONDE ESTABLECERLAS AL PODER LEGISLATIVO AL APROBAR LAS LEYES MUNICIPALES RELATIVAS, CON VISTA AL PRESUPUESTO DE EGRESOS APROBADO POR EL AYUNTAMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). De la interpretación sistemática de los artículos 13, 73, fracción VII, 74, fracción IV, 75, 100, 115, 116, 122, 126 y 127 de la Constitución General de la República; y, en especial, de los antecedentes del proceso de reforma del artículo 115 citado, en el año de 1983, se desprende que un principio fundamental de nuestro régimen constitucional es que sólo a los órganos legislativos, en su carácter de representantes populares, compete establecer las remuneraciones de los servidores públicos de la Federación, siendo contrario a la ley fundamental cualquier ingreso que con motivo de la prestación de un servicio, reciba un funcionario público y que no esté aprobado por el Poder Legislativo, de lo que se infiere lógicamente que la disposición contenida en el párrafo final de la fracción IV del artículo 115 constitucional, en el sentido de que “los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles”, no puede interpretarse en el sentido de que ello faculta a éstos a fijar las remuneraciones de sus miembros, sin ningún límite establecido por los órganos legislativos, sino, por el contrario, debe concluirse que debe sujetarse, en primer lugar, al sistema que se deriva del marco establecido, en el aspecto examinado, por la Constitución Federal, y coherentemente, al que la Constitución y las leyes locales preven- gan, de acuerdo con aquél, sin que ello implique la afectación a la autonomía muni-

cial, pues ésta, constitucionalmente, se debe entender condicionada a lo que establezcan al respecto dichos ordenamientos. Controversia constitucional 13/95. Ayuntamiento de San Nicolás de los Garza, Nuevo León. 13 de mayo de 1996. Mayoría de siete votos. Ausentes: Juventino V. Castro y Castro y Humberto Román Palacios por estar desempeñando un encargo extraordinario. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco. De conformidad con el artículo 44 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la publicación íntegra de la ejecutoria se realizó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en el volumen correspondiente al mes de junio del presente año. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veinte de agosto en curso, aprobó, con el número CIX/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis. Nota: Véase la ejecutoria y voto minoritario publicados en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, junio de 1996, pp. 394 y 446, respectivamente, novena época, pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, septiembre de 1996, tesis P. CIX/96, p. 358.

4. Fuero militar

Como ya se ha mencionado, en el artículo 13 constitucional se establece el fuero militar y se determinan los alcances de la jurisdicción castrense.¹⁰⁰ Su texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente:

Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Esta parte del artículo 13 contiene la principal clave que la Constitución nos ofrece para entender las relaciones que existen en México entre el poder militar y el poder civil. Desde luego, dichas relaciones solamente pueden ser cabalmente analizadas a la luz de la experiencia histórica de México, a partir de la cual se advierten las tensiones y cambios que han sufrido, así como los acomodos y reacomodos que se han dado entre ambos poderes. Para comprender dicho desarrollo histórico conviene aportar al menos las siguientes reflexiones.

¹⁰⁰ Para la interpretación de este artículo es fundamental remitirse a la importante obra de Ovalle Favela, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, OUP, 2002.

Luego de los años de lucha revolucionaria es obvio que los militares tuvieron una completa preponderancia en el Congreso Constituyente. Muchos de los diputados constituyentes fueron ellos mismos militares en ejercicio. Otros más, desde afuera de las sesiones celebradas en el Teatro de la República de la Ciudad de Querétaro, vigilaron y “tutelaron” los trabajos y discusiones de los convencionistas constituyentes. De hecho, el primer presidente de la República que gobernó bajo la nueva Constitución fue el propio Venustiano Carranza, quien a los pocos años sería asesinado por alguno de sus opositores. Luego de un breve interinato de Adolfo de la Huerta, llegó a la presidencia de la República otro general: Álvaro Obregón, quien también sería asesinado años después.¹⁰¹

En esos años, la posibilidad de gobernar eficazmente sobre todo el territorio mexicano era prácticamente nula, lo que propició el surgimiento de diversos cacicazgos locales que se mantenían en el poder por la fuerza de las armas. Fueron varios los militares que, durante la segunda y tercera décadas del siglo XX, se aliaron con los poderes económicos regionales para satisfacer sus intereses personales y crear lo que sería una oligarquía gobernante que permanecería en el poder por muchos años. Octavio Paz ha descrito con las siguientes palabras la situación imperante en ese entonces:

Aunque la recién adoptada Constitución (1917) preveía la transmisión pacífica del poder por medio de elecciones democráticas, la realidad era muy distinta: los partidos políticos no existían y el país estaba regido por la dictadura revolucionaria, es decir, por la dictadura de los caudillos militares de la Revolución. La lucha entre las facciones nunca fue democrática: no era el número de votos sino el de soldados y fusiles lo que daba la supremacía política.¹⁰²

La posición preponderante del ejército en esos años se demuestra con dos datos muy relevantes: *a)* entre 1920 y 1933 el 32% del total del gasto público se destina a las fuerzas armadas;¹⁰³ y *b)* durante el gobierno de Carranza, 28% de los puestos del gabinete es ocupado por militares; esa misma cifra asciende al 48% en el gobierno de De la Huerta y al 59% con Obregón; luego comienza a bajar progresivamente.

¹⁰¹ Meyer, Lorenzo, *La segunda muerte de la Revolución mexicana*, México, Cal y Arena, 1992, pp. 46 y ss. Ver también Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, en Cavarozzi, Marcelo (coord.), *México en el desfilaro. Los años de Salinas*, México, Juan Pablos Editor, FLACSO, 1997, pp. 124 y ss.

¹⁰² *Obras completas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, t. 8, p. 281.

¹⁰³ Carbonell, José, *El fin de las certezas autoritarias*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 26.

Los pasos definitivos para sujetar el poder militar a los dictados del poder civil se dan en la década de los años cuarenta: el sector militar desaparece dentro del PRI y un civil llega a la Presidencia de la República, la cual ya no volverá a ser ocupada, hasta nuestros días, por elementos militares. A partir de entonces la presencia y la influencia de los militares en la vida pública va decreciendo;¹⁰⁴ la jerarquía militar se refugia en sus tareas de rutina y disciplina internas y se dedica a vivir una especie de “retiro dorado”, pues se les dota de los fondos económicos suficientes para disfrutar de un estilo de vida muy superior al del resto de la población.

El periodo que va de 1940 a 1968 está marcado por una importante tranquilidad social y, en lo fundamental, por una continuidad política:¹⁰⁵ los militares son separados definitivamente del poder político y el régimen consolida su independencia funcional respecto a las instituciones armadas.

En 1968, sin embargo, la tranquilidad de las décadas precedentes comienza a cambiar como resultado de una intensa movilización social encabeza por un sector del sindicalismo disidente y por los estudiantes de las universidades públicas. Las movilizaciones son contestadas desde el poder con actos de represión llevados a cabo en franca violación del derecho nacional e internacional. La matanza de estudiantes realizada en la Plaza de las Tres Culturas de Tlatelolco marca un punto de quiebra en las relaciones entre el régimen político y la sociedad mexicana. A partir de ese entonces, se generan al menos un par de consecuencias: A) el gobierno debe apoyarse cada vez más en la fuerza de las armas para mantener el orden público, y B) una parte de la juventud disidente explora la vía de la guerrilla armada para intentar hacer detonar al régimen. Ambas circunstancias dan como resultado un aumento en espiral de la violencia y la represión, y una vuelta del poder militar a la escena política. Dicha vuelta se ve recompensada desde el poder civil con una serie de promociones en la graduación militar, así como con el incremento del gasto de defensa y el aumento del número de efectivos, que entre 1973 y 1977 pasa de 60 mil a 90 mil, para saltar en 1992 hasta los 175 mil.¹⁰⁶

Es en 1994 cuando se produce un nuevo salto en la historia nacional y, en particular, en el papel del Ejército. El 1o. de enero de ese año se produce el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el cual es

¹⁰⁴ Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, *cit.*, pp. 126 y 127.

¹⁰⁵ No deja de ser sorprendente la estabilidad social de esos años, a pesar de que la situación social mostraba un importante deterioro; la explicación de las causas de dicha tranquilidad puede verse en Aguilar Camín, Héctor, *Después del milagro*, México, Cal y Arena, 1998, pp. 218 y ss.

¹⁰⁶ Serrano, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, *cit.*, p. 138, nota 51 y p. 140.

contestado, en los primeros días, con una fuerte ofensiva armada por parte del ejército mexicano. A partir de entonces la presencia militar en zonas con cierta inestabilidad social (en los estados de Guerrero, Oaxaca y Chiapas) aumenta vertiginosamente y el mismo incremento se produce en el correspondiente gasto militar. La presencia de guerrilla se multiplica en varios puntos de la República y el gobierno le encarga a las fuerzas armadas las tareas represivas y persecutorias.

Las fuerzas armadas comienzan, desde principios de la década de los noventa, a asumir tareas de seguridad pública; se instalan puntos de revisión en carreteras y estaciones de transportes; la lucha contra el narcotráfico es emprendida coordinadamente por las autoridades civiles y las militares (lo que supone la asunción de tareas de seguridad pública por parte de personal militar).

El involucramiento de las fuerzas armadas en las tareas de persecución y lucha contra el narcotráfico ha tenido influencias muy negativas, pues las ha sometido al riesgo —nada teórico en México, como se sabe— de la corrupción.¹⁰⁷

Lo que se tiene entonces en los primeros años del siglo XXI en cuanto a las fuerzas armadas en México es lo siguiente: *a)* una subordinación clara del poder militar al poder civil; *b)* un aumento importante del gasto militar en comparación con el de décadas anteriores; *c)* la asunción de tareas de seguridad pública por parte de las instituciones armadas; *d)* como consecuencia en parte del punto anterior, la colonización de los militares sobre los cargos civiles en materia de procuración de justicia y seguridad pública.¹⁰⁸

Regresando al análisis del texto constitucional, hay que decir que de la parte transcrita del artículo 13 vale la pena comentar varios aspectos.

En primer término, el artículo 13 constitucional contiene la *garantía institucional* del fuero de guerra. Durante los trabajos del Congreso Constituyente de Querétaro no todos los diputados estuvieron de acuerdo con dicho fuero; algunos sugirieron que debía funcionar solamente cuando el país estuviera en estado de guerra.¹⁰⁹ Con todo, el artículo que se comenta fue aprobado por el voto a favor de 122 diputados y tuvo 61 votos en contra.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁰⁸ En el gobierno del presidente Vicente Fox (2000-2006) la Procuraduría General de la República está encabezada por un militar con licencia.

¹⁰⁹ Ver al respecto, Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 15a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000, t. I, p. 159; para los antecedentes históricos, Schoeder Cordero, Francisco A., “Fuero militar”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000, pp. 1758-1761.

La doctrina suele reconocer pacíficamente que la jurisdicción militar no es de tipo especial o de excepción (y en ese sentido no se le podría asimilar correctamente a un “fuero”, pese a la terminología que utiliza el propio artículo 13), sino de carácter especializado por razón de materia.¹¹⁰

Un segundo aspecto que cabe destacar del artículo 13 es el relativo al criterio para delimitar los alcances de la jurisdicción militar. Se trata de un criterio mixto, en tanto combina los elementos personales con los materiales; es decir, por una parte, el artículo 13 establece, por razón de persona, que ningún civil puede ser juzgado por un tribunal militar, y por otra determina, desde el punto de vista material, que este tipo de tribunales podrán conocer solamente “de los delitos y faltas contra la disciplina militar”.¹¹¹

La interpretación que los tribunales federales han realizado del artículo 13 arroja entre otras las siguientes tesis jurisprudenciales:

FUERO. Su prohibición en el artículo 13 constitucional implica la proscripción de jurisdicciones o esferas competenciales distintas, en función de la situación social de determinada persona o corporación. No obstante que la palabra fuero tiene varias acepciones, la interpretación histórica y sistemática del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite concluir que la proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función a la situación social de determinada persona o corporación. En efecto, al establecer el artículo 13 constitucional la subsistencia del fuero de guerra, en tratándose de delitos y faltas contra la disciplina militar, se refiere a la aplicación, en estos supuestos, de leyes distintas por tribunales militares. De esta forma no debe existir, fuera del ámbito militar, ningún tribunal distinto de los ordinarios que privilegie a determinada persona o corporación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VI, septiembre de 1997, novena época, pleno, tesis P. CXXXVI/97, p. 204.

FUERO MILITAR, COMPETENCIA DEL. El artículo 13 de la Constitución Federal declara subsistente el fuero de guerra, para los delitos y faltas contra la disciplina militar cometidos por militares, y el artículo 57 del Código de Justicia Militar dispone, en su fracción II, inciso a), que los delitos del orden común y federal afectan a la disciplina militar, cuando concurren las circunstancias que expresa el precepto, y, entre ellas, que hayan sido cometidos por militares, en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo. Jurisprudencia, *Apéndice de 1995*, t. II, parte SCJN, quinta época, pleno, tesis 164, p. 94.

¹¹⁰ Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *cit.*, p. 160; en el mismo sentido, Soberanes, José Luis, “Fuero”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, *cit.*, p. 1756.

¹¹¹ Ver las observaciones de García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 759 y ss.

FUERO DE GUERRA. Para interpretar debidamente el artículo 13 de la Constitución General, debe atenderse tanto a su redacción como a sus antecedentes históricos y a las condiciones sociales reinantes cuando dicho precepto se expidió. Atendiendo a los antecedentes históricos, se ve que el fuero militar, hasta antes de la independencia de nuestro país, no se limitaba a la jurisdicción concedida a tribunales especiales para juzgar a miembros del Ejército, sino que comprendía un conjunto de preceptos que establecían privilegios y exenciones, tanto en materia criminal como en materia civil, en favor de los militares y aun de los miembros de sus familias. Consumada la independencia, como cada uno de los miembros políticos que le sucedieron y que tendieron a la organización del país, estuvo apoyado por medio de las armas, de ahí se originó el que la situación del Ejército continuara siendo preponderante, lo cual tuvo por resultado que la Constitución de 1824 dejara subsistentes los fueros de la militancia, hasta que los constituyentes de 1857, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que uno de los principales responsables de las perturbaciones del país, había sido el Ejército pusieron fin a sus privilegios, estableciendo en el artículo 13 de la Constitución, que subsistía el fuero de guerra sólo para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar, dejando a las leyes secundarias el trabajo de fijar con claridad, los casos de esta excepción. De esta manera se consideraron que el fuero de guerra no constituía ya un privilegio; pero como no obstante, la actuación del Ejército continuó siendo opresora de la libertad, puesto que su organización misma estaba basada en el reclutamiento forzoso, el sentimiento de hostilidad general contra esta institución no desapareció, y, al contrario, se exacerbó por la conducta observada por el mismo Ejército, durante el gobierno del general Victoria Huerta; lo que trajo por consecuencia que la revolución triunfante, procurara la absoluta desaparición del fuero militar, temiendo que cualesquiera que fueran las atenuaciones que se hicieran al sistema entonces establecido, resurgiera el antiguo militarismo. Existía por tanto, una impresión general desfavorable para las instituciones militares, en cuanto representan abuso de fuerza o situación privilegiada de alguna clase, por lo cual, los constituyentes de 1917 no creyeron bastante la redacción del artículo 13 de la Constitución de 1857, y lo reformaron en el sentido de que: “subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrá extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”. La comparación entre los preceptos concordantes de las Constituciones de 1857 y 1917, ponen de relieve la marcada tendencia a restringir, hasta casi hacerlo desaparecer, el fuero de guerra, y si se le tolera en la actualidad, es porque se juzga necesario para mantener la disciplina en el Ejército, opinión que no es unánime. De acuerdo con el texto de la Constitución vigente, para que el fuero de guerra subsista, se necesitan dos condiciones: que se haya cometido un delito militar, según características que la ley señala, y que el que lo haya cometido un miembro del Ejército, pero puede suceder que en un delito militar estén complicados paisanos, y entonces se ofrecían al legislador constituyente tres caminos para

establecer la competencia: I, concederla a los tribunales militares; II, concederla a los tribunales civiles y, III, concederla a unos y otros, simultáneamente, para que los primeros juzgaran a los militares y los segundos a los paisanos; pero estudiando el artículo 13 constitucional, se deduce que no se optó por el primer camino, puesto que terminantemente se expresa que los tribunales militares en ningún caso podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército; ni tampoco por la tercera vía, porque estando en pugna con la doctrina universalmente reconocida, de que en ningún procedimiento judicial es conveniente que se divida la continenencia de la causa, la circunstancia de que el artículo 13 no lo mande expresamente, bastaría por sí sola para hacer inaplicable tal práctica, puesto que las leyes que establecen excepciones generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; más aún, el simple análisis de las expresiones gramaticales del artículo que se comentan, lleva a esta deducción, pues dice: cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso de la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la palabra complicado, sólo puede connotar, en la materia de que se trata, la idea de concurrencia de responsables diversos en la comisión de un delito; pluralidad de responsables que es precisamente la que determina ese tercer caso en que puede encontrarse un delito militar, y que viene indicar que el legislador sí lo tuvo en cuenta para establecer la competencia y que optó por el segundo de los caminos antes enunciados, estableciendo que debe ser la autoridad civil quien ha de conocer del proceso. Existe en el mismo artículo 13, otra palabra cuyo empleo viene en apoyo de las ideas expuestas y es la palabra caso; éste significa, en el lenguaje ordinario, suceso, acontecimiento, asunto que se propone a alguno para consultarle y oír su opinión, y el lenguaje forense, en la legislación española, se llama “caso de Corte”, la causa civil o criminal que, por sus condiciones jurídicas, podía radicarse, desde luego, ante determinado tribunal, aun sacándola de su fuero o del domicilio de los litigantes. Dados estos antecedentes, tal palabra en el artículo 13 constitucional, no puede tener otra significación que la de acontecimiento originador del hecho delictuoso, del que debe conocer la autoridad civil, según ordena el citado precepto y no la de la responsabilidad del delincuente. La interpretación aceptada por la Corte, en alguna ejecutoria, sobre que los tribunales militares debían de conocer del proceso que se instruyera a los miembros del Ejército y los civiles del que se abriera contra los paisanos, por razón del mismo delito militar, está en pugna con el principio de derecho, de la no división de la continenencia de la causa, que tiende a evitar que, por razón de un mismo caso jurídico, se dicten dos fallos contradictorios. Cierto es que el Código Federal de Procedimientos Civiles, no permite la acumulación de procesos, si se trata de diversos fueros, la que sólo puede llevarse a cabo cuando todo se encuentran en estado de instrucción; pero cuando el Constituyente, precisamente para no dar lugar a la división de la continenencia, designó a las autoridades civiles para conocer de los procesos militares en que están inodados paisanos, no hay motivo alguno para que se sigan distintos procedimientos. De no aceptarse esta teoría, se imputarían al Constituyente las siguientes faltas: I, desconocimiento del lenguaje, por no haber usado con pro-

piedad las palabras complicado y caso; II, faltas de previsión, por no establecer una regla para cuando los delitos del orden militar fueren cometidos conjuntamente por paisanos y militares; III, redundancia, al establecer, en la parte final de artículo 13, el mandato sobre que los tribunales militares no son competentes para juzgar a los paisanos y IV, repudiación de la teoría legal de la no división y IV, repudiación de la teoría legal de la no división de la continencia de la causa. En virtud debe concluirse: que ni los antecedentes históricos del artículo 13 constitucional, ni las condiciones sociales reinantes cuando fue expedido, ni las ideas expuestas por los legisladores al expedirlo, ni la significación gramatical de las palabras de su texto, pueden autorizar la interpretación de que cuando en un delito militar estuviese complicado un paisano, las autoridades del fuero de guerra juzgarán a los miembros del Ejército y las autoridades civiles al paisano; y por tanto, son las autoridades civiles quienes deben de conocer de un proceso militar en el que se encuentren inmiscuidos militares y paisanos; pero debe advertirse que el conocimiento corresponde a los jueces civiles, con el simple carácter de auxiliares de la justicia federal, porque tratándose de la aplicación de leyes militares, que tiene el carácter de leyes federales, a los jueces de distrito corresponde el conocimiento del proceso, según lo dispone la fracción III del artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XL, quinta época, pleno, p. 1393.

Esta última tesis es muy relevante, puesto que aborda el tema de la división de competencias cuando se comete un delito en el que se encuentran involucrados tanto militares como civiles. En este punto la jurisprudencia ha sido oscilante, pero la doctrina ha señalado enfáticamente la pertinencia de mantener el criterio que se acaba de transcribir y, en consecuencia, de no separar las causas en que se juzga a militares y civiles entre la jurisdicción castrense y la jurisdicción ordinaria; lo correcto es remitir todo el caso a los jueces ordinarios, puesto que de lo contrario se podría llegar “al absurdo de que se dicten, para un mismo caso, sentencias contradictorias por los tribunales ordinarios y los tribunales militares”.¹¹² Así ha sido entendido por alguna otra tesis jurisprudencial que se refiere a la continencia de la causa, para efecto de evitar el absurdo mencionado; se trata de la siguiente:

ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. El espíritu de esta disposición, en cuanto previene que cuando en un delito o falta del orden militar, estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda, es que un mismo tribunal resuelva sobre la responsabilidad de los paisanos y de los militares, a fin de que no se divida la continencia de la causa; por lo que, aun cuando en el curso de la averiguación no se formulen conclusiones acusatorias contra los paisanos, debe continuar

¹¹² Ovalle Favela, José, “Artículo 13”, *cit.*

conociendo del proceso el juez civil, hasta fallar para que aquella continencia subsista. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, quinta época, pleno, p. 913.

En alguna tesis aislada, nuestros tribunales han extendido indebidamente el concepto de “militar”, al entender que también lo son quienes estando adscritos administrativamente a la Secretaría de la Defensa Nacional son comisionados para desempeñar tareas dentro de la Policía Federal Preventiva. Se trata del siguiente criterio:

MILITARES, DELITOS COMETIDOS POR, COMISIONADOS A LA POLICÍA FEDERAL PREVENTIVA. Si un militar, en términos de los artículos 21 constitucional, párrafos penúltimo y último, y 10 de la Ley de la Policía Federal Preventiva, es comisionado para desempeñar un servicio en la Policía Federal Preventiva y en coordinación con el Sistema Nacional de Seguridad Pública, pero al realizar tal servicio comete un delito, debe entenderse que ese hecho criminoso lo realiza al estar en servicio y con motivo de actos de servicio militar como el artículo 57 del código castrense lo prevé, puesto que técnicamente depende del cuerpo de policía militar y administrativamente de la Secretaría de la Defensa Nacional. Novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, abril de 2002, tesis I.2o.P.56 P, p. 1294.

Este criterio no parece muy correcto, pues su aplicación podría conllevar que cualquier militar que estuviera comisionado, realizando de hecho funciones distintas a la castrense, pudiera beneficiarse del privilegio del fuero militar, quebrando de manera importante el principio de igualdad ante la ley. Como ya se ha dicho, debe atenderse al criterio material de la acción para saber si un militar está en ejercicio de sus funciones (y es por tanto sujeto del fuero militar). Si esa acción tiene relación directa con el desempeño de su tarea como militar, entonces le será aplicable el fuero castrense; pero si una persona, siendo militar, se ve involucrado en algún hecho que esté fuera de sus tareas como tal, no tiene ningún sentido enviarlo a los tribunales militares, toda vez que el fuero militar, en tanto supone una excepción al principio de igualdad, debe ser interpretado de manera restringida para ser acorde con el sentido del artículo 13 constitucional.

Preceptos parecidos al artículo 13 de la Constitución mexicana se encuentran en varias Constituciones de otros países. Por ejemplo, la Constitución española de 1978 dispone, en su artículo 117 apartado 5, que “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito es-

trictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.¹¹³

El Tribunal Constitucional español ha sostenido varios criterios interpretativos sobre este artículo de gran interés. Ha dicho, entre otras cosas, que “Resulta claro el carácter eminentemente restrictivo con que se admite la jurisdicción militar, reducida al ámbito castrense. Este carácter restrictivo ha de ser tenido en cuenta, en lo necesario, en la legislación correspondiente”;¹¹⁴ “De la lectura del artículo 117.5 de la Constitución resulta que la jurisdicción militar es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria. No basta para la atribución de una causa a la jurisdicción militar la simple invocación de que haya motivos que lo justifiquen, sino que es necesario que se razone y se justifique que tales motivos existen”;¹¹⁵ “Dado que la jurisdicción militar sólo puede operar en el ‘ámbito estrictamente castrense’ (dejando aparte el supuesto de estado de sitio) es evidente que las relaciones familiares y sus repercusiones económicas son totalmente ajenas a aquél ámbito y corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria resolver entre ellas”.¹¹⁶

VII. LA IGUALDAD EN SENTIDO SUSTANCIAL

Dentro del análisis de los diferentes tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad deben mencionarse aquellos que regulan mandatos de igualdad sustancial, también llamada igualdad real o de hecho. De acuerdo con este tipo de normas, los poderes públicos deben remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa;¹¹⁷ para su aplicación conviene identificar previa-

¹¹³ Para el análisis de este precepto ver Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en Bidart Campos, Germán J. y Palomino Manchego, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997, pp. 131 y ss., y López Ramón, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III, pp. 2547 y ss.

¹¹⁴ Sentencias 7/1982 y 4/1990.

¹¹⁵ Sentencia 75/1982.

¹¹⁶ Sentencia 54/1983. Ver también, sobre el tema, Díez Picazo, Luis María, *El régimen constitucional del Poder Judicial*, cit., pp. 37-41.

¹¹⁷ Sobre las acciones positivas, de entre lo poco que se ha escrito al respecto en México, Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario*

mente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y de especial protección.

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto a las personas de raza blanca.

La cuestión interesante para el derecho constitucional es si por medio de normas jurídicas se pueden y se deben revertir esas desigualdades o si el ordenamiento jurídico se debe limitar a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de previsión de igualdad formal. En el fondo, lo que late en este tema es un interrogante más amplio sobre el papel del derecho en las sociedades modernas: ¿el derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?, es decir, ¿el derecho tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?

Para quienes sostienen la pertinencia de avanzar hacia esquemas de igualdad sustancial o real a través de las normas jurídicas las preguntas anteriores tienen una respuesta clara: el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el *status quo* y negando con ello el sentido mismo de la igualdad tal como ha sido entendido por lo menos desde Aristóteles.

Llegados a este punto la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe servir no solamente pa-

ra decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional? ¿cómo lograr la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos iguales? ¿si es verdad que no todos somos iguales, qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualdad social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo de una persona o la raza para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son mujeres o tienen la piel de X o Y color? ¿y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoísmo?

Como puede apreciarse, no son cuestiones sencillas. Sin embargo, parece que hay al menos dos ideas claras que son difíciles de refutar: la primera que es si defendemos que el ordenamiento trate por igual a todos es probable que quienes tengan más recursos acaben disfrutando de un trato igual y quienes tengan menos acaben, de hecho, sufriendo profundas discriminaciones, aunque no estén basadas en los criterios bajo los que la norma permite distinguir entre las personas. La segunda idea es que, aceptando que el mandato de igualdad puede requerir de medidas especiales para corregir desigualdades de hecho, tenemos que crear esquemas que permitan avanzar hacia una mayor igualdad sin destruir las bases mismas de esa igualdad, es decir, sin generar nuevas discriminaciones.

Para intentar lograr lo anterior se han creado diversos esquemas. En las páginas siguientes vamos a detenernos en tres cuestiones sobre los que la teoría jurídica y social contemporánea ha debatido intensamente en los últimos años. Me refiero al sentido y posibilidad de las acciones positivas, a las cuotas electorales por razón de género (que son una especie del género de las acciones positivas) y a la renta básica, que es un mecanismo distinto, más amplio y con implicaciones económicas notables, para lograr la igualdad de hecho.

1. *Las acciones positivas*

Aunque, como acabamos de señalar, la discusión sobre la igualdad sustancial es muy intensa, lo cierto es que no son pocos los ordenamientos constitucionales contemporáneos que contienen mandatos que obligan a los poderes públicos a tomar medidas positivas y acciones diversas para alcanzar una igualdad de ese tipo.

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad sustancial se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos; unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana.¹¹⁸ Entre los segundos está el polémico agregado de 1999 al artículo 3o. de la Constitución francesa, que ha dado lugar a importantes cambios en la legislación electoral de ese país; el texto en cuestión dispone que “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4o. de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3o. dentro de las condiciones que establezca la ley.

Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas acciones positivas, una de cuyas manifestaciones concretas son las cuotas electorales de género a las que haremos referencia en uno de los apartados siguientes.

La acción positiva puede definirse como “el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado... se caracteriza principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales”.¹¹⁹

Algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualación positiva. Estas últimas se pueden definir como “los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individual-

¹¹⁸ Artículo 9.2 de la Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Artículo 3 párrafo segundo de la Constitución italiana: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

¹¹⁹ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 62.

mente la determinan".¹²⁰ Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualación positiva es lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.¹²¹ Las primeras buscarían favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualación que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, trabajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

Las acciones positivas moderadas están enfocadas a conseguir objetivos (*goals*), mientras que las medidas de discriminación inversa tienen metas menos flexibles, expresadas frecuentemente como porcentajes de las cuotas para los bienes sociales que ya se han mencionado.

Al tratar el tema de las acciones positivas Ronald Dworkin formula las dos preguntas más importantes que se deben contestar tanto desde la teoría de la justicia (o desde el ámbito de la filosofía política) como desde la teoría del derecho. Las dos preguntas son: ¿las acciones positivas son justas?, y ¿las acciones positivas logran sus objetivos (es decir, son eficaces)?¹²² Para responder a la primera pregunta debemos aportar elementos axiológicos, que nos permitan argumentar que las acciones tienen encaje en una Constitución que protege los derechos fundamentales de todos de la mejor manera posible. La segunda pregunta parte de premisas utilitarias; si las acciones positivas no consiguen su objetivo no serían legítimas ya que pondrían en peligro o al menos en tensión un bien de rango constitucional (la igualdad formal) a cambio de nada. Habrá pues que estar en capacidad de responder a las dos cuestiones planteadas por Dworkin si queremos sostener la legitimidad constitucional de las acciones positivas.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 58.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 75 y ss. Ver también Rey Martínez, *La discriminación por razón de sexo...*, *cit.*, pp. 83 y ss.

¹²² A contestar estas dos preguntas se dedican los capítulos 11 y 12 de su libro *Virtud soberana*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 419 y ss.

Sobre los problemas éticos o axiológicos que presentan las acciones afirmativas conviene recordar un párrafo muy ilustrativo de uno de los más brillantes constitucionalistas de los Estados Unidos, que recogía a finales de la década de los años setenta del siglo XX una preocupación muy extendida entre los analistas del tema en los siguientes términos:¹²³

La “discriminación inversa” en favor de una minoría racial o de otro tipo plantea un difícil problema ético. Si, por una parte, hemos de tener siquiera la oportunidad de curar a nuestra sociedad de la enfermedad del racismo, necesitaremos muchos más miembros de los grupos minoritarios en las profesiones y en los estratos más altos de la sociedad. Y cualquiera que sea el conjunto de razones para ello, no parece probable que esto suceda en el futuro próximo a menos de que tomemos su condición de minorías en cuenta y la ponderemos positivamente cuando asignamos las oportunidades. Pero independientemente del nombre que le demos —preferencia, cuota, búsqueda de la diversidad— el ponderar afirmativamente a los negros, por ejemplo, significa necesariamente que se negará a otros las oportunidades en cuestión por no ser negros de nacimiento. Confieso, por consiguiente, que tengo problemas para comprender el lugar de la indignación moral en cualquiera de los dos lados de este desgarrador dilema moral.

Al estudiar la legitimidad de las acciones positivas en el derecho constitucional de los Estados Unidos, Dworkin nos ofrece también una interesante reflexión sobre los alcances que le podemos dar a la cláusula de igual protección (o de igual trato) prevista en la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de 1787 o en el artículo 1o. de nuestro texto constitucional de 1917. Así por ejemplo, Dworkin afirma que

La cláusula de la igual protección no resulta violada cuando algún grupo ha sido derrotado en una decisión importante de acuerdo a los méritos de su posición o a través de la política, sino cuando la derrota es un efecto de su especial vulnerabilidad al prejuicio, la hostilidad o los estereotipos y su consecuente situación disminuida —su ciudadanía de segunda clase— en la comunidad política. La cláusula mencionada no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; sólo le garantiza que va a ser tratado como un igual —con igualdad de consideración y respeto— en el proceso político y las deliberaciones que producen dichas consecuencias.¹²⁴

¹²³ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 204 y 205.

¹²⁴ *Virtud soberana, cit.*, p. 451.

Es decir, según Dworkin debemos atender no solamente a las consecuencias de una ley o de una política pública sobre el igual trato, sino también a las intenciones de quienes las emitieron. Pero intentando ser objetivos, los tribunales deben atender más bien a los resultados que a las intenciones, que en el funcionamiento de los Estados modernos no son siempre fácilmente apreciadas.

En Estados Unidos los tribunales han procedido de la siguiente manera al enjuiciar si una ley o una política pública podrían vulnerar la cláusula de la Enmienda Décimocuarta:

Dichos órganos someten todas las decisiones políticas cuestionadas en el terreno de la protección equitativa a una clasificación inicial. Si una decisión conlleva desventajas para lo que la Corte Suprema ha denominado una “clase sospechosa” —una clase, de acuerdo con una famosa definición, que “lleva una carga de discapacidades, o está sujeta a una historia de tratamiento desigual intencional o es relegada a una posición de debilidad política como para dirigir una protección extraordinaria por parte del proceso político mayoritario”—, la decisión debe ser entonces sometida a un “escrutinio estricto”. Esto implica que debe ser rechazada por violar la cláusula de la igual protección a menos que pueda demostrarse que las desventajas mencionadas resultan esenciales para proteger algún interés gubernamental “concluyente”. Pero si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase “sospechosa” —si sólo son miembros de un negocio o una profesión particular determinada o residentes de un área particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio—, entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio “relajado”: es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin.¹²⁵

Normalmente, el escrutinio estricto es fatal, porque ninguna medida legislativa o administrativa es capaz de superarlo, mientras que el “escrutinio relajado” no es en verdad un escrutinio, ya que a cualquier medida se le puede encontrar una finalidad que la justifique, por nimia que sea.¹²⁶

¿Pueden los jueces aplicar el razonamiento de los niveles de escrutinio a las acciones positivas? Y, en caso afirmativo, ¿de qué manera deben hacerlo? Dworkin rechaza que los niveles de escrutinio sean una buena técnica para el enjuiciamiento constitucional de las acciones positivas,¹²⁷ si bien reconoce que en la práctica han sido aplicadas por la Corte Suprema, aunque introduciendo

¹²⁵ *Ibidem*, p. 453. Los traductores del libro de Dworkin eligieron el término “interés concluyente” para traducir la expresión en inglés *compelling interest*; quizá no se trate de la mejor traducción.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 454.

algunos matices. Así por ejemplo, la Corte ha resuelto algunos casos considerando que las acciones afirmativas podían ser sometidas a un “escrutinio intermedio”, según el cual debía justificarse que una medida de discriminación inversa servía a un “interés importante”, pero no a un “interés concluyente”.¹²⁸ ¿Cuál podría ser un ejemplo de “interés importante”?

Dworkin dirige la mayor parte de su exposición a justificar las medidas de acción positiva utilizadas para el ingreso de estudiantes de raza negra en las universidades.¹²⁹ Para nuestro autor, el interés importante que justificaría esas medidas estaría, en primer lugar, en la diversidad estudiantil que debe existir en los *campus* universitarios, de modo que los estudiantes tengan como compañeros a personas que reflejen de alguna manera el pluralismo de la sociedad norteamericana;¹³⁰ pero también existiría ese interés importante en un sentido más institucional: se trataría de corregir la ausencia de personas de raza negra en posiciones importantes en el gobierno, la política, los negocios y las profesiones, corrección que solamente se puede realizar si esas personas ingresan en las universidades. La existencia de ese interés vendría acreditada por una cuestión de hecho:

Uno de los problemas más graves de la sociedad norteamericana —dice Dworkin— es la estratificación racial *de facto* que ha excluido de forma considerable a los negros y a los miembros de otras minorías de los puestos más altos del poder, la riqueza y el prestigio; la discriminación racial del pasado, así como el círculo vicioso que priva a los niños negros de contar con líderes de éxito de dicha raza como referentes para imitar, ha contribuido sustancialmente a esa estratificación.¹³¹

El debate norteamericano sobre el tema se desarrolló en los términos que, de forma muy resumida, acabamos de plantear.¹³² Pero la justificación de las ac-

¹²⁸ *Ibidem*, p. 455.

¹²⁹ Este es un tema que ha interesado a Dworkin desde hace muchos años y al que había dedicado uno de los capítulos de su libro *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, cap. 9, pp. 327 y ss.

¹³⁰ Dworkin apunta: “las universidades norteamericanas se han propuesto conseguir que las clases sean diversas en varias formas. Esas instituciones han supuesto, de modo plausible, que los estudiantes estarán mejor equipados para la vida comercial y profesional, así como mejor preparados para actuar como buenos ciudadanos en una democracia pluralista, si han trabajado e interactuado con compañeros de diferente contexto geográfico, clase económica, religión, cultura y, sobre todo ahora, raza”, *Virtud soberana*, cit., p. 441.

¹³¹ *Virtud soberana*, cit., p. 467.

¹³² No se trata sin embargo de una cuestión que en los Estados Unidos esté cerrada. La Suprema Corte de ese país tiene pendientes algunos pronunciamientos cruciales para el futuro de las acciones positivas.

ciones positivas en otros contextos constitucionales pueden darse por vías distintas. Por ejemplo en nuestro sistema jurídico debemos considerar cuestiones más generales. Siguiendo la exposición de Pérez Portilla y Giménez Gluck, las acciones positivas deben reunir los tres siguientes requisitos para poder ser aceptadas dentro de un Estado constitucional como el mexicano:¹³³

a) Deben ser temporales, es decir, se mantienen en vigor mientras subsista la situación de discriminación que las originó. Una vez superada esa situación de inferioridad, infravaloración o, en general, de sujeción, las acciones pierden su sentido y su legitimidad constitucional.

b) Los rasgos que las originan deben ser transparentes e inmodificables (es decir, no deben depender, o al menos no en todos los casos, de la voluntad de las personas de que se trata).

c) La finalidad debe ser proporcional; el juicio de proporcionalidad es uno de los más arduos de realizar por los órganos de la jurisdicción constitucional y uno de los que permiten dictar sentencias más decisionistas a los jueces.¹³⁴ ¿Cuándo una medida de discriminación inversa es proporcional?, ¿en qué momento deja de serlo y se convierte en una pura y simple discriminación, violando de esa forma el texto constitucional? De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, que adopta su criterio con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los tribunales constitucionales de España y Alemania,

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de estos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto

¹³³ Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *cit.*, p. 4; Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, pp. 37 y ss. Ver también la exposición de Kemelmajer, quien señala que para considerar legítima constitucionalmente una medida de discriminación inversa se debe probar: a) la existencia de un obstáculo de hecho que se opone a la realización de la igualdad de oportunidades; b) motivación suficiente y prueba sobre el obstáculo de hecho que se intenta sobrepasar; c) la proporcionalidad de la medida, acreditando que es el medio menos agresivo para lograr el fin perseguido; d) transitoriedad y reversibilidad de la medida; y e) incidencia en las causas de la discriminación original y no solamente en el resultado; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, *cit.*, pp. 257-260.

¹³⁴ Sobre el principio de proporcionalidad el mejor texto que se ha publicado en español es, hasta donde tengo información, el de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.¹³⁵

La utilización de las medidas de discriminación inversa (las cuotas, por ejemplo) debe ser subsidiaria con respecto a otros mecanismos que también tienden a lograr la igualdad real; es decir, deben ser utilizadas como un último recurso y siempre que no sea posible lograr el mismo efecto por medio de otras medidas menos extremas.¹³⁶ Al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una norma o una medida que incorpore acciones positivas, este aspecto puede verificarse mediante el “juicio de indispensabilidad”.¹³⁷

Por lo que hace a la utilidad de las acciones positivas, es decir, a la segunda de las preguntas planteadas por Dworkin, la evidencia de los resultados de las acciones positivas solamente se puede recabar en aquellos países que llevan un periodo de tiempo más o menos largo aplicándolas. No es el caso de México, en donde, como lo explicaremos con detalle más adelante, apenas se están comenzando a implementar las primeras acciones positivas, en forma de cuotas electorales de género (puestas en funcionamiento por vez primera en las elecciones federales de julio del 2003).

Dworkin demuestra la utilidad de las acciones positivas con base en un estudio realizado por William G. Bowen y Derek Bok —quienes fueron rectores de Princeton y Harvard— en el que se analiza una enorme base de datos en la que se da seguimiento a estudiantes norteamericanos en la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese estudio, Dworkin va deshaciendo las principales objeciones que se suelen esgrimir en contra de las cuotas en favor de los estudiantes negros en las universidades. Uno de esos prejuicios consiste en sostener que el sistema de cuotas permite la admisión de pésimos estudiantes; los resultados demuestran lo contrario, ya que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas en 1989 presentan mejores resultados que el total de estudiantes admitidos en 1951, además de que los estudiantes admitidos por el sistema de cuotas que han llegado a graduarse han tenido un éxito profesional bastante apreciable y, en todo caso, semejante al de los graduados de raza blanca.¹³⁸

Otro prejuicio frecuente consiste en pensar que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas “desperdician” la oportunidad que se les ofrece y que estarían mejor en instituciones menos exigentes. Las evidencias empíricas

¹³⁵ Sentencia C-022 de 1996 citada por Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad...”, *cit.*, p. 58, nota al pie 27.

¹³⁶ Rey Martínez, Fernando, *La discriminación por razón de sexo...*, *cit.*, p. 86.

¹³⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de la igualdad...”, *cit.*, p. 67.

¹³⁸ *Virtud soberana*, *cit.*, pp. 426 y 427.

provenientes del estudio de Bowen y Bok parecen sugerir lo contrario: la mayoría de estudiantes negros dijeron sentirse muy satisfechos con su experiencia universitaria.¹³⁹

Otros prejuicios sostienen que las cuotas crean hostilidad en los *campus* universitarios, al instalar en ellos a personas que no tienen los méritos suficientes con independencia de su raza o bien que con las cuotas se insulta a las personas de raza negra al suponer que necesitan una ayuda para poder acceder en igualdad de condiciones con los blancos a las universidades. Uno a uno, el estudio de Bowen y Bok hace caer esos mitos.

Los datos permiten concluir a Dworkin que el sistema de cuotas universitarias ha sido un éxito en Estados Unidos y que no habría razón para abandonarlo; es más, se calcula que si los programas universitarios de cuotas para personas de raza negra se abandonaran, el número de estudiantes negros en las aulas de las universidades más prestigiosas y exigentes bajaría entre un 50 y un 75%.¹⁴⁰ Para Dworkin, “De acuerdo con la que constituye la mejor evidencia disponible, por tanto, la discriminación positiva no resulta contraproducente. Al contrario, parece tener un éxito extraordinario. Tampoco es injusta, ya que no viola ningún derecho individual ni compromete ningún principio moral”.¹⁴¹

Antes de terminar esta introducción al tema de la igualdad sustancial y a las acciones afirmativas, conviene mencionar que, como consecuencia de su discutible encaje en el constitucionalismo moderno y de no pocos prejuicios y malos entendidos, existen en algunas Constituciones prohibiciones expresas para tales acciones. Jon Elster advierte que la inclusión de esas prohibiciones estuvo fundada en profundos prejuicios de las mayorías constituyentes hacia las minorías étnicas que habitan en Bulgaria, Rumania y Eslovaquia. Elster explica en un párrafo que vale la pena transcribir esta problemática:¹⁴²

Todas las Constituciones de la región [se refiere Elster a Europa Central y Oriental] incluyen cláusulas que prohíben la discriminación (negativa) por motivos de raza, nacionalidad, origen étnico, sexo, religión y muchos otros motivos similares. Pero tres de ellas —las de Bulgaria, Rumania y Eslovaquia— contienen también prohibiciones explícitas respecto de la discriminación inversa o positiva, es decir la acción afirmativa. En el documento rumano la prohibición sólo abarca la discriminación inversa por motivos étnicos. Bulgaria y Eslovaquia trataron al menos de satisfacer la restricción de imperfección al extender el impedimento de la discriminación posi-

¹³⁹ *Ibidem*, p. 430.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 436.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 446.

¹⁴² Elster, Jon, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Elster, Jon (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 136.

tiva a *todos* los criterios que se enumeran en las prohibiciones sobre discriminación negativa. Y sin embargo también en estos países las cláusulas se deben a los prejuicios de una mayoría étnica en la asamblea constituyente contra varias minorías. Los sesgos contra las minorías étnicas hubieran sido aún más fuertes si en los procesos de elaboración no hubiesen intervenido delegados del Consejo de Europa. El primer borrador de la Constitución rumana, por ejemplo, contenía una prohibición aparentemente imparcial de los partidos de base étnica que estaba directamente dirigida contra la numerosa minoría húngara.

Cabe precisar que en el texto de la Constitución mexicana no existe una cláusula de igualdad material, como las que se han referido.¹⁴³ Por eso, conviene —tal como se ha hecho en las páginas anteriores— tener presentes los argumentos necesarios para justificar la existencia de acciones positivas en aquellos ordenamientos jurídicos cuya Constitución no contiene ese tipo de cláusulas. Por otro lado, criterios muy parecidos se aplican a aquellos países que sí cuentan con esas disposiciones ya que las acciones positivas normalmente son cuestionadas ante los respectivos tribunales constitucionales para el efecto de que se determine si son o no razonables y si tienen, en consecuencia, cobertura constitucional, o bien si violan el principio de no discriminación.

Hay que mencionar que, aunque no es una regla seguida de forma unánime por todas las jurisdicciones constitucionales, en el caso de los Estados Unidos su Suprema Corte ha admitido en muchas de sus sentencias la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, a pesar de que en su texto constitucional no aparece ninguna cláusula de igualdad material.¹⁴⁴ El estudio detenido de la jurisprudencia norteamericana sobre el tema excede con creces el propósito de este libro; de todas formas, recomiendo que el lector que quiera profundizar en la cuestión tome en cuenta la jurisprudencia norteamericana, que es muy iluminadora, en éste como en tantos otros aspectos.¹⁴⁵

¹⁴³ Aunque hay que añadir que algunos pronunciamientos jurisprudenciales hacen uso del concepto de igualdad sustancial o real; por ejemplo, en una tesis en la que se analiza el principio de equidad tributaria, la Corte sostiene lo siguiente: “El principio de equidad no implica la necesidad de que los sujetos se encuentren, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, *sin perjuicio del deber de los poderes públicos de procurar la igualdad real*, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, tesis 198, pp. 240 y 241 (cursivas añadidas).

¹⁴⁴ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *cit.*, p. 47.

¹⁴⁵ Para un primer acercamiento a los casos más emblemáticos, Kemelmajer, Aída, “Las acciones positivas”, *cit.*, pp. 261 y ss.

De distinta manera han sido recibidas las acciones positivas en Francia y en Italia. En ambos casos, como se menciona más adelante, el Consejo Constitucional y la *Corte Costituzionale* han declarado la inconstitucionalidad de leyes que establecían cuotas electorales en favor de las mujeres (lo cual ha llevado, en el caso de Francia, a introducir una reforma constitucional para permitir las “políticas de paridad” en materia electoral).

También en el ámbito de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones sobre las acciones positivas, que han generado intensos debates sobre el sentido de esas acciones y sobre sus posibilidades de generar consecuencias deseables en el plano del principio de igualdad.¹⁴⁶ Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia europea pudiera haberse mostrado vacilante en algunos casos, a partir de la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales la pertinencia de las cuotas electorales parece admitida; en efecto, el artículo 23 de la Carta dispone que

La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, incluso en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

A partir de ese precepto se puede sostener que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas de acción positiva, destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, incluyendo aquellas que tienen que ver con la representación política.

Como se puede ver, los debates en torno a las acciones positivas han estado presentes en muchos contextos del constitucionalismo contemporáneo. Prácticamente en ningún país se han podido introducir sin que hayan sido llevadas ante la correspondiente jurisdicción constitucional. Los tribunales han realizado una gran tarea interpretativa y también, hay que decirlo, creadora en esta materia. En la mayor parte de los casos han asumido actitudes progresistas y han construido argumentaciones jurídicas que, apoyándose de forma más o menos explícita en el marco constitucional, han permitido sostener la legítimi-

¹⁴⁶ Las etapas centrales de la jurisprudencia europea sobre las acciones positivas han estado marcadas por las decisiones Kalanke y Marshall; sobre el tema, Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 71 y ss., y Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 119 y ss.

dad de las acciones positivas, aunque no sin serios reparos por algunos de sus miembros o por sectores importantes de la academia.

2. Las cuotas electorales de género

Las cuotas electorales por razón de género son una especie dentro del concepto más amplio de las acciones afirmativas o acciones positivas. Tales cuotas son la reserva que hace normalmente la ley electoral y excepcionalmente la Constitución para que ningún género pueda tener más de un determinado porcentaje de representantes en los órganos legislativos. Para algunos autores, las cuotas electorales de género forman parte de las medidas de “discriminación inversa”, que a su vez serían una variedad específica de las acciones positivas ya mencionadas.¹⁴⁷

Así, por ejemplo, se puede establecer una representación asegurada mínima para cada género de un 30% de escaños, al prohibir que un sólo género tenga más del 70% de los lugares disponibles; a este tipo de cuota de género se le puede llamar de “representación umbral”, en tanto que no registra con exactitud el porcentaje de hombres y mujeres que existen —normalmente— en las sociedades contemporáneas, sino que, de manera más simple, se limita a asegurar para cada género un *umbral mínimo* de representación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer afirma que “Las investigaciones realizadas demuestran que si su participación (se refiere a las mujeres, MC) alcanza entre el 30 y el 35% (que por lo general se califica de ‘masa crítica’), entonces puede tener verdaderas repercusiones en el estilo político y en el contenido de las decisiones y la renovación de la vida política”.¹⁴⁸

Distinto es el caso de las cuotas que establecen 50% de escaños para cada género; en este caso se trata de un caso de las llamadas “cuotas duras”, que más que pretender una “representación umbral”, buscan la identidad de los géneros en la repartición de escaños, al establecer una medida lo más parecida posible al porcentaje efectivo de población de hombres y mujeres.

Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos. El promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda el 12%; en Europa se ubica sobre el 15%, pero en los países árabes apenas es significativo. En México dicho por-

¹⁴⁷ Rey Martínez, Fernando, *La discriminación por razón de sexo...*, cit., pp. 84 y 85.

¹⁴⁸ Recomendación General núm. 23, adoptada en su 16o. periodo de sesiones, en 1997, párrafo 16; consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 675 y ss.

centaje alcanzó el 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000). Es en este contexto histórico y político concreto en el que surge la discusión sobre las cuotas de género, las cuales sin duda alguna forman parte de la agenda pública de muchos países, incluyendo desde luego a nuestro país.¹⁴⁹

A. *Las razones a favor y en contra de las cuotas electorales de género*

Las cuotas electorales de género, como en general las acciones afirmativas, han producido un debate muy intenso en la teoría constitucional de los últimos años. Los argumentos a favor y en contra de las cuotas parecen irreductibles y los distintos puntos de vista mantienen posiciones diametralmente opuestas.

Los argumentos que con mayor frecuencia se suelen esgrimir contra las cuotas electorales de género son los siguientes:¹⁵⁰

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

¹⁴⁹ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “La representación democrática de las mujeres”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 283 y ss.

¹⁵⁰ Sigo la exposición de Aguiar, Fernando, “A favor de las cuotas femeninas”, *Claves de Razón Rráctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.

siempre se añade a todas las demás”.¹⁵¹ En este contexto, se puede concluir que las cuotas, más que vulnerar el principio de igualdad, en realidad lo afianzan, en la medida en que lo hacen real, ya que impiden una consolidada y permanente discriminación por razón de sexo en contra de las mujeres.

2. Las cuotas no son neutrales y usan un criterio prohibido para diferenciar entre las personas, como lo es el sexo. Esta crítica parte del supuesto de que el derecho y las actividades estatales deben ser neutrales con respecto a algunas características de las personas, como lo pueden ser el sexo, la raza, el origen étnico o nacional, entre otros. La realidad, sin embargo, es que esa neutralidad no existe en la práctica y que los grupos vulnerables o discriminados lo son en buena medida porque no existen incentivos sociales o institucionales que les ofrezcan competir en igualdad de oportunidades con otras personas. Además, las sociedades actuales no son neutrales con relación al género, entendiendo por tal el rol que socialmente se asigna a los hombres y a las mujeres; de esta forma, las mujeres desempeñan roles asociados a la vida privada (cuidado de niños y ancianos, mantenimiento del hogar, etcétera) y los hombres asumen roles en la vida pública (el tema de los roles sociales para efectos de la discriminación por razón de sexo ha sido abordado en el caso *Stanton v. Stanton* fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1975 y ha vuelto aparecer en los casos *Craig v. Boren* de 1976, *Califano v. Wescott* de 1979 y *Orr v. Orr* del mismo año, entre otros). Esta separación de ámbitos de actuación ha supuesto para las mujeres una relegación importante en el campo político, que es justamente lo que tratan de evitar las cuotas electorales. Se podría decir que tal vez las cuotas no son neutrales con respecto al sexo, pero sí respecto al género.
3. Las cuotas son paternalistas. Los críticos de las cuotas afirman que se trata de medidas que consideran a las mujeres como seres indefensos o como menores de edad, que necesitan de la ayuda del ordenamiento jurídico para poder competir con los hombres. En realidad, sucede aproximadamente lo contrario, es decir, porque se considera que las mujeres son igual o más capaces que los hombres para desempeñar cualquier cargo público es por lo que se crean las cuotas, que como se dijo, tienden a disminuir una *probabilidad objetiva* que opera actualmente contra las mujeres. Las cuotas no se crean porque se piense que las mujeres tienen menos méritos, sino porque las relaciones de poder realmente existentes en nuestras so-

¹⁵¹ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, cit.*, p. 1.

ciudades les impiden aplicar esos méritos en las instituciones representativas.

4. Las cuotas no respetan los criterios de mérito. Se afirma por sus críticos que las cuotas no toman en cuenta el mérito de las personas, sino simplemente su sexo a la hora de distribuir las posibilidades de acceder a cargos públicos electivos. La respuesta a esta objeción es que el mérito, siendo sin duda importante, no puede ser el único criterio para la distribución de beneficios sociales. Puede suceder incluso que el mérito sea un criterio injusto si la situación de partida de dos personas o de dos grupos no es equitativa. A la crítica del mérito se suele acompañar el argumento de que las mujeres ya han logrado avanzar mucho en los distintos ámbitos públicos y que es solamente una cuestión de tiempo para que tengan mayor presencia en los parlamentos y cámaras legislativas; en realidad, los datos demuestran que incluso en sociedades en donde la emancipación de las mujeres se realizó hace muchos años, los cambios siguen sin producirse y la diferencia entre hombres y mujeres sigue siendo muy importante (Francia es el mejor ejemplo).

Por otro lado, es importante señalar que en materia política los méritos son más difícilmente medibles que en otros campos, pues no hay criterios objetivos que nos puedan indicar si una persona será o no un buen representante popular. Además, si el mérito ha sido hasta ahora el criterio con el que se han integrado los órganos públicos, habría que empezar a cuestionarlo a la vista de los pobres resultados que ha generado y del desencanto que la gente tiene sobre sus representantes populares. La evaluación de los méritos que actualmente hacen nuestras sociedades puede y debe ser cuestionada, pues en muchos aspectos es obvio que no está dando buenos resultados. En relación al criterio de mérito, Elena Beltrán afirma que

Es difícil la defensa, desde un punto de vista moral, de la idea de que alguien merece una posición particular porque está cualificado desde un punto de vista objetivo, si pensamos en el mérito como una construcción social que refleja una serie de factores sobre los cuales el individuo no tiene control, como el talento, el entorno familiar, la educación recibida, los recursos económicos o la socialización en los roles de género.¹⁵²

¹⁵² Beltrán, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 236.

La justificación de las cuotas electorales de género procede, según Alfonso Ruiz Miguel, de dos tipos de razones:

en cuanto al fin, las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración; en cuanto al medio, facilitar el acceso a puestos socialmente importantes puede ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, si no de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión... ofreciendo nuevos modelos de *rol* más igualitarios para las generaciones más jóvenes.¹⁵³

Sobre la justificación de las cuotas, Ferrajoli defiende el hecho de que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares”.¹⁵⁴

El mismo Ferrajoli apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (“garantías sexuadas”, las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no sólo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el *habeas corpus* no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.¹⁵⁵

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

¹⁵³ Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999, p. 48.

¹⁵⁴ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 89.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 92.

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

En América Latina, las cuotas han sido consideradas constitucionales al menos por la Suprema Corte de Justicia de México (ver el apartado que sigue) y por la Corte Constitucional de Colombia. Esta última sostuvo tres argumentos en favor de las cuotas que vale la pena consignar, toda vez que refuerzan algunos de los que ya se han mencionado:

1. A pesar de existir un claro equilibrio entre la población femenina y la masculina calificada para acceder a los más altos niveles decisorios, tal equilibrio no se refleja en la efectiva representación de uno y otro en dichos niveles.
2. Que la precaria representación de la mujer obedece a un criterio irracional de discriminación, más que a supuestos factores de inferioridad natural o de formación cultural y académica, lo demuestra de modo contundente el hecho de que en la carrera administrativa, cuyos cargos se proveen por el sistema de méritos, la representación de la mujer llega incluso a sobrepasar a la del hombre.
3. Es necesario remover los obstáculos presentes que impiden la participación de la mujer con medidas que produzcan un doble efecto: uno inmediato, consistente en paliar la subrepresentación; y otro a más largo plazo, que incida en la transformación de la mentalidad, incompatible con los propósitos trazados por una Constitución igualitaria y democrática. Hay que recordar que las cuotas fueron establecidas en Colombia por mandato de la Ley 581 de 2000.

B. Las cuotas electorales en México

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

Luego de esa sentencia, fueron publicadas las reformas al COFIPE (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de junio de 2002) para introducir las cuotas

electorales de género en el ámbito federal. Concretamente, se reformaron los artículos 4.1, 38.1, 175.3 y 269.3 y se adicionaron los artículos 175-A, 175-B y 175-C; también se derogó por la misma reforma el artículo vigésimo segundo transitorio, tal como estaba a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de noviembre de 1996.

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

En consecuencia con lo anterior, se crea un sistema de “listas cremallera” para evitar que, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 175-A, los partidos terminen relegando a las mujeres a los peores sitios de las listas electorales; en este sentido, el COFIPE establece que “Las listas de representación proporcional se integrarán por segmentos de tres candidaturas. En cada uno de los tres primeros segmentos de cada lista habrá una candidatura de género distinto. Lo anterior sin perjuicio de los mayores avances que en esta materia señale la normatividad interna y los procedimientos de cada partido”. Este esquema de listas cremallera es importante, ya que como señala Alfonso Ruiz Miguel,

el simple establecimiento de una reserva porcentual o cuota que garantice una cierta presencia de candidatas femeninas podría ser una propuesta funcionalmente ineficiente si no se garantizara además una cierta reserva en la ordenación o colocación de tales candidaturas... de modo que los lugares con posibilidades reales de elección no queden predisuestos fundamentalmente para varones.¹⁵⁶

¹⁵⁶ “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *cit.*, pp. 48 y 49.

El COFIPE prevé también la consecuencia jurídica para el caso de que los partidos no respeten los señalamientos que se acaban de mencionar respecto a las cuotas (artículo 175-C); si los partidos no cumplen con los artículos 175-A y 175-B, el Consejo General del IFE les requerirá para que en un plazo de 48 horas a partir de la notificación rectifiquen la solicitud de registro; si no proceden a tal rectificación, el IFE les impondrá una amonestación pública y les dará un nuevo plazo, de 24 horas, para que hagan la corrección; si no se hace en ese tiempo, el IFE sancionará al partido correspondiente con la negativa del registro de las candidaturas de que se trate. Estas reglas no se aplicarán para las candidaturas de mayoría relativa que hayan resultado de un proceso de elección interna mediante voto directo.

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

El artículo segundo transitorio del decreto de reforma al COFIPE que se está comentando contiene una disposición curiosa, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los artículos 175-A, 175-B y 175-C se aplicará por lo menos para la celebración de los cinco procesos electorales federales siguientes a la entrada en vigor del presente decreto”.

La redacción un tanto confusa no permite advertir fácilmente las consecuencias normativas que pueden extraerse de este artículo. Quizá la intención del legislador fue incorporar un componente de temporalidad, que es algo que ha estado muy presente en todo el debate alrededor de las acciones afirmativas; es decir, dichas acciones tienen sentido durante el tiempo en que persiste la discriminación hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, pero cuando dicha discriminación cesa ya no tiene sentido mantener las acciones afirmativas.

La necesaria temporalidad de las acciones afirmativas es algo que aparece en varias sentencias de los tribunales constitucionales que se han pronunciado sobre el tema (por ejemplo, en la sentencia 128/1987 del Tribunal Constitucional español, en la que se habla de que las acciones afirmativas deben someterse a “revisión periódica” para comprobar la pervivencia de la discriminación que las originó; también aparece el elemento temporal en la sentencia *Johnson v. Santa Clara County* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dictada en

marzo de 1987 a propósito de acciones afirmativas para mujeres en el ámbito de las contrataciones en el sector público).¹⁵⁷

Sin embargo, la regulación actual del COFIPE no se dirige claramente a los fines señalados, puesto que establece una temporalidad mínima, que no tiene sentido tal como está redactada, ya que no puede servir para limitar las futuras decisiones que sobre el mismo tema tome el propio Poder Legislativo; para decirlo en otras palabras, ¿qué sucedería con esa norma si dentro de un par de años decide el Congreso de la Unión derogarla? Hubiera sido quizá mejor redactar de otra forma la cláusula de temporalidad; por ejemplo previendo la obligación de generar informes sobre la persistencia de bajos porcentajes de candidatas en las listas electorales, que podría rendir el IFE ante el Congreso de la Unión o de alguna otra manera.

En cualquier caso y dejando de lado la redacción del COFIPE, interesa subrayar que las cuotas, como en general las acciones afirmativas, deben ser medidas temporales, que se justifican mientras dura la situación discriminatoria que quieren combatir, pero que pierden su sentido si esa situación ha dejado de existir.

La primera aplicación de la nueva normatividad electoral en materia de cuotas electorales se hizo en las elecciones federales de julio de 2003. De acuerdo con la información estadística disponible, el efecto de la reforma legislativa fue muy positivo, pues el porcentaje de candidatas propuestas por los partidos subió de forma espectacular.¹⁵⁸ En las candidaturas de mayoría relativa los partidos han aumentado el número de mujeres candidatas, pero sobre todo en los puestos de suplentes, lo cual no es muy correcto, aunque sea jurídicamente indiscutible. En los puestos de representación proporcional, tal como lo indica la normatividad a la que ya hemos hecho referencia, la presencia de mujeres aumentó significativamente en los puestos de titularidad. Los datos demuestran, pues, que las cuotas sí pueden tener un impacto a corto plazo en el número de mujeres legisladoras.

¹⁵⁷ Ver también, en el apartado siguiente, el contenido del artículo 4.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer.

¹⁵⁸ Los datos y porcentajes concretos pueden verse en Fernández Poncela, Anna M., "Candidatas, cuotas y mujeres", *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003, pp. 22-25.

C. Las cuotas y el derecho internacional de los derechos humanos

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en su 37o. periodo de sesiones, 1989)¹⁵⁹ señala que

el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetue la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (párrafo 10).

En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General número 5 (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7o. periodo de sesiones, 1988),¹⁶⁰ recomienda que los Estados partes de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (entre los que se encuentra México) “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Esta recomendación encuentra sustento en el artículo 4.1 de la propia Convención, que dispone lo siguiente:

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

¹⁵⁹ Consultable en Carbonell, Miguel y otros (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., t. I, pp. 422 y ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 641 y 642.

Se puede también recordar, ya no en referencia a las cuotas electorales, sino más en general sobre todo tipo de medidas de acción positiva, que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad señala que

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

Al tenor de la normativa que se acaba de mencionar podemos concluir que no hay duda de que el derecho internacional de los derechos humanos acepta perfectamente la existencia de medidas de acción positiva, incluyendo las cuotas electorales; es más, la puesta en práctica de tales medidas es obligatoria para los Estados en orden a proteger a los sujetos más vulnerables de la sociedad (mujeres, minorías etno-culturales y personas con discapacidad, entre otros). Por tanto, aunque en la Constitución mexicana no contemos con una cláusula de igualdad sustancial como las que tienen otros textos constitucionales, la implementación de acciones positivas en forma de cuotas se puede derivar directamente del texto de los tratados internacionales; tanto de los que ya se han mencionado como de otros a los que haremos referencia en los capítulos siguientes.¹⁶¹

3. *El derecho a la renta básica*

Aunque no se trata de un derecho que esté previsto por la Constitución mexicana, considero importante abordar el tema del derecho a la renta básica para ilustrar los mecanismos posibles que la teoría social contemporánea ha propuesto para afianzar en la realidad el principio de igualdad. Este tipo de derechos, en caso de que algún día lleguen a consagrarse en los ordenamientos constitucionales, supondrán un desarrollo de las ideas y valores que busca proteger la igualdad entendida en sentido sustancial.

¹⁶¹ *Cfr.*, sobre todo, el capítulo quinto dedicado al análisis de los derechos sociales, en donde tendremos oportunidad de detenernos con mayor detalle en los derechos de las personas con discapacidad y donde también analizaremos los derechos de los menores de edad y de los adultos mayores.

La renta básica (RB, en lo sucesivo) es la asignación económica que se otorga a todas las personas que habitan dentro de un determinado territorio por el sólo hecho de haber nacido o de estar en él; sus notas principales son la incondicionalidad y la (al menos tendencial) universalidad. Daniel Raventós la define como “un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quién conviva”;¹⁶² a partir de esta definición y tomando como base su carácter incondicional se puede afirmar que la RB es un derecho de todo miembro de la sociedad, reconocido incluso *a)* si no quiere trabajar de forma remunerada; *b)* sin tomar en cuenta si es pobre o rico, es decir, sin importar si tiene o no otros ingresos; y *c)* sin importar con quien conviva.¹⁶³

Su denominación es variable entre los diversos autores que han estudiado el tema, los que también la llaman renta de ciudadanía, ingreso ciudadano, ingreso mínimo, subsidio universal garantizado, ingreso básico, etcétera.

Se trata de una temática que en general en América Latina y en particular en México ha sido poco explorada. En otros países, sin embargo, el debate sobre la RB se inició hace ya varios años.

En los últimos tiempos el tema de la RB ha salido de los pasillos y aulas universitarias para entrar en la escena política. Algunos partidos han incorporado a sus programas electorales la propuesta de crear, con diversas variantes, una RB para sus respectivos países. Se trata de un tema que, de forma paulatina, han ido haciendo suyo organizaciones sociales de todo tipo.

Creo que en América Latina el tema tiene un interés añadido, puesto que en la región la solidez de las prestaciones sociales ha estado ausente en nuestra historia reciente, pero sobre todo porque el actual escenario económico y social incrementa la vulnerabilidad de grupos importantes de personas, que se enfrentan con igual impotencia a los excesos de una globalización ingobernada y de una burocracia arbitraria y en buena medida corrupta.

La RB, entre otros objetivos, puede servir como una especie de paraguas contra las inclemencias de algunas de las peores manifestaciones de la globalización (precariedad en el empleo, flexibilización del mercado laboral, desamparo en las prestaciones sociales, demolición del —aunque haya sido incipiente en América Latina— Estado del bienestar, etcétera), pero también contra los

¹⁶² *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 17.

¹⁶³ Raventós, Daniel, “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 106, octubre de 2000, p. 43.

controles y la lógica de una burocracia que genera su propia racionalidad y que ha dejado de ver a los ciudadanos como tales para pasar a catalogarlos, en el mejor de los casos, como simples “clientes”.

Además, ninguna de las propuestas de transformación social que en la actualidad se están discutiendo refleja de forma tan clara como la RB el carácter universal que deben tener los derechos fundamentales. La RB se debe asignar, con algunas variantes según los autores, a todas las personas, a todos los mayores de edad, a todos los niños, a todos los ancianos, o bien a todos los que tengan entre 25 y 35 años, y así por el estilo. Se podrá discutir (y de hecho esa es una de las principales discusiones en el tema que nos ocupa), sobre los criterios que son mejores para identificar a los sujetos beneficiarios de la RB, pero lo importante está en el hecho de que todas las propuestas defienden su carácter universal (“para todos”), sin distinción alguna dentro del grupo identificado.

Este carácter universal es una de las diferencias que tiene la RB con las políticas asistenciales tradicionales o con los llamados subsidios condicionados; por ejemplo con los programas de combate a la pobreza implementados desde hace años por los sucesivos gobiernos mexicanos. Programas como el de Solidaridad con el presidente Carlos Salinas, u otros que se han implementado desde entonces con distintos nombres generan algunos problemas que no tiene la RB.

En primer lugar, para ser sujeto de esos programas hay que pasar por una identificación como pobre, como necesitado o como persona que no puede valerse por sí misma; sobra decir lo lacerantes que pueden ser para una persona dichas etiquetas.

En segundo término, a partir de los programas asistenciales nunca se han podido generar derechos, es decir, pretensiones oponibles jurídicamente al poder, sino que siempre se han visto como obras de buena voluntad (frecuentemente manipuladas con intenciones electoralistas) del gobierno en turno.

En tercer lugar, la burocracia que administra esos programas es altamente ineficiente, de forma que un buen porcentaje de recursos destinados a ellos terminan sirviendo para pagar las nóminas y gastos de sus administradores; en este punto hay que subrayar que la RB es un potente instrumento desburocratizador, pues su carácter universal hace innecesaria gran parte del aparato burocrático que acompaña a los programas asistenciales clásicos.

Respecto a este último punto Ferrajoli señala que la eliminación de la intermediación burocrática mejora notablemente la protección de un derecho a la renta básica, ya que lo vuelve más simple y eficaz en el plano jurídico, menos

costoso en el plano económico y más al resguardo de la discrecionalidad político-administrativa y por tanto de la selectividad y de la corrupción.¹⁶⁴

Las propuestas sobre la RB deben superar, como ha señalado Daniel Raventós, objeciones de carácter ético y de carácter económico.¹⁶⁵ Las primeras son esenciales y previas a las segundas, puesto que solamente cuando se ha demostrado su pertinencia ética se puede abordar su viabilidad técnica.

Uno de los fundamentos éticos más interesantes para defender la propuesta de una RB es la idea de la libertad como no-sujeción, tesis defendida entre otros por Philippe Van Parijs y por las recientes corrientes republicanas;¹⁶⁶ en palabras de Van Parijs:

Si se estableciera, una renta básica serviría como poderoso instrumento de justicia social: proporcionaría libertad real para todos, al proporcionar los recursos materiales que la gente necesita para perseguir sus aspiraciones... ayudaría a solucionar los dilemas políticos de la pobreza y el desempleo, y serviría a los ideales asociados con los movimientos feminista y verde.¹⁶⁷

En términos constitucionales se podría decir que la RB supone una propuesta para realizar en la práctica el tránsito desde una igualdad formal hacia una igualdad real de oportunidades y de recursos para todas las personas; ésta es la razón por la que se le estudia dentro de la temática general de la igualdad en sentido sustancial.

La RB podría permitir la separación conceptual y práctica entre ingresos y pertenencia al mercado laboral; es decir, con la RB una persona no dependería de su posibilidad de trabajar para tener un ingreso que le asegurara al menos un umbral mínimo de bienestar. Para fundamentar la justificación de una RB para los que no trabajan quizá habría que hacer una reflexión sobre el concepto mismo de trabajo. Tradicionalmente se ha considerado y definido como trabajo la realización de una actividad que conlleva o produce un beneficio para quien lo realiza; ahora bien, hay muchas personas que, sin realizar formalmente lo que entendemos como un trabajo, también realizan actividades socialmente útiles, que generan beneficios para ellos y el resto de personas; en esta tesitura se encuentran, por ejemplo, quienes realizan trabajo doméstico no remunerado o

¹⁶⁴ Ferrajoli, Luigi, "Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito", en VV. AA., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifesto Libri, 1995, p. 65.

¹⁶⁵ *El derecho a la existencia*, cit., pp. 18-22.

¹⁶⁶ Pettit, Philip, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.

¹⁶⁷ "Una renta básica para todos", en Raventós, Daniel (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 44.

quienes realizan actividades de voluntariado. Es importante lo que se acaba de decir porque contribuye a desmontar la creencia de que solamente quienes tienen un empleo y generan un salario aportan bienes a la sociedad y tienen por ello derecho a disfrutar de ciertos beneficios; por el contrario, hay muchas otras personas que, sin tener un empleo, también aportan bienes y por ello, de alguna manera, contribuyen al bienestar de los demás.¹⁶⁸

Hasta hace poco quizá la necesidad de hacer independientes los ingresos del hecho de tener un trabajo no parecía muy urgente en México, pero desde hace unos años comienza a serlo en la medida en que los niveles de desempleo en el país se han incrementado de manera sensible (a lo que hay que sumar la precariedad de los empleos formales y el gran número de personas que trabajan en el sector informal, sin contar con ningún tipo de cobertura por parte de los sistemas de seguridad social que funcionan actualmente). De todas formas, una fundamentación “fuerte” del derecho a la RB podría incluso prescindir del argumento de que todos, de alguna u otra manera, aportamos bienes socialmente útiles, pues para algunos autores basta con que una persona pertenezca a una sociedad determinada para que tenga —por ese sólo hecho— el derecho a recibir una RB.

Sobre la viabilidad técnica, es decir, sobre la posibilidad de conseguir recursos económicos para sufragar el costo de la RB, se han hecho diversos estudios que demuestran que los recursos necesarios existen y son suficientes; de lo que depende que esos recursos se puedan aplicar a una RB es de una decisión política: se puede hacer, basta que se quiera. De hecho, si se quisiera en el futuro intentar crear una especie de renta básica global, habría que recordar al menos los datos más obvios sobre la forma en que se gasta el dinero en el mundo: con datos de 2001, en Estados Unidos el gasto anual en confitería alcanza los 27,000 millones de dólares, en alcohol se gastan 70,000 millones, en coches más de 550,000 millones, 4,000 millones en cosméticos y 20,000 millones en joyas.¹⁶⁹

A nivel nacional se reproducen a escala en México este tipo de derroches, por lo cual es del todo posible que económicamente una RB sea sostenible, si en verdad se quiere lograr. Pensemos nada más en el volumen de recursos que en la actualidad se emplean en todo el mundo para el gasto militar, el cual —como la historia se ha encargado de demostrar en tantas ocasiones— no siempre se destina a fines nobles o que tengan que ver con la defensa del interés general. Algunos autores han hecho cálculos precisos que acreditan que la im-

¹⁶⁸ Raventós, Daniel y Noguera, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 120, marzo de 2002, p. 34.

¹⁶⁹ Los datos anteriores se toman de Held, David, “La globalización tras el 11 de septiembre”, *El País*, Madrid, 8 de julio de 2002.

plementación de una RB no requeriría de la creación de más riqueza, sino simplemente distribuir de otra forma la que ya existe en la actualidad.

En la literatura especializada, sobre todo en la que se ha generado por los economistas, se proponen varios modelos de RB.¹⁷⁰ Unos son llamados modelos débiles, ya que si bien mantienen la característica de la incondicionalidad de la RB, limitan su goce a un sector de la población; las limitaciones se pueden trazar tomando en cuenta la edad, si la persona está o no desempleada, si realiza trabajo doméstico (y por tanto, en principio, no remunerado), si pertenece a un grupo en situación de vulnerabilidad, si se trata de estudiantes, si se percibe algún otro apoyo de la seguridad social (un subsidio o una pensión), etcétera. Otros modelos son llamados “fuertes” ya que asignan una RB a toda persona desde el momento mismo en que nace y hasta que muere. Bajo estos modelos fuertes la universalidad y la incondicionalidad son perfectas.

Por lo que hace al tema de los costos de un derecho a la RB, hay que recordar que, como señala Ferrajoli, dicho derecho sería obviamente muy costoso, pero siempre menos que la carga económica que las formas rapaces y corruptas que se generan por la espesa selva de mecanismos burocráticos que hoy en día administran prestaciones parecidas. El efecto de igualdad, transparencia, automaticidad y consecuentemente de efectividad serían factores que habría que considerar al momento de calcular el costo de un derecho a la RB.¹⁷¹

Hay, además de todo lo anterior, al menos un motivo más para difundir, discutir y, en su caso, apoyar la creación de una RB. Se trata del grado de innovación que ese tipo de propuestas traen al escenario político. Es ya un lugar común señalar que las políticas concretas de los partidos de izquierda y de derecha casi no tienen diferencias; las elecciones se ganan cada vez más por candidatos presentados bajo una cuidada operación mediática y no por las propuestas que formulan; al mismo tiempo, el interés de los ciudadanos por la política disminuye por doquier, al percibir que las elecciones son casi siempre una farsa y que la alternancia política no es más que un recambio de equipos en el poder que tiene como desenlace la permanencia de las mismas políticas estructurales básicas.

Ante este escenario, que solamente puede servir para alimentar el pesimismo desmovilizador, la acción revitalizadora y renovadora de las energías progresistas que podría tener la RB es algo que hay que ponderar y, me parece, valorar positivamente.

¹⁷⁰ Ver por ejemplo, Iglesias Fernández, Ignacio, *La renda básica a Catalunya*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002.

¹⁷¹ Ferrajoli, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito”, *cit.*, pp. 66 y 67.

Creo que no es adecuado desautorizar propuestas de este tipo sosteniendo, como se hace a veces, que son utópicas. Por una parte, hay que considerar que existen abundantes análisis y evidencias que demuestran su viabilidad financiera y pertinencia ética. Por otro lado, como ha señalado Luigi Ferrajoli a propósito de la universalidad de los derechos fundamentales y de la posible creación de un constitucionalismo mundial, lo que hoy parece utópico es la única alternativa realista si queremos un futuro que no esté marcado por las guerras, el hambre y la marginación generalizadas.¹⁷²

Las ciencias sociales, hoy como nunca, deben recobrar el valor de imaginar futuros posibles y deseables. El efecto cegador de una realidad adversa no debe servir para inmovilizar a los teóricos, sino para incentivarlos a ir más lejos en sus propuestas. El realismo teórico ha dejado hace tiempo de aportar respuestas a los problemas de un mundo extremadamente complejo.

Propuestas como la RB son muy eficientes para dinamizar también el trabajo teórico, tan anclado como está en su falta de perspectivas. Desde luego, son propuestas que, por su novedad y por su potencial transformador, todavía se encuentran en una fase de gestación; en el futuro sería deseable que desde distintos ámbitos de las ciencias sociales se robustecieran los argumentos que permitan su implementación, primero regionalmente, pero con la óptica de ir progresivamente aumentando su ámbito geográfico de aplicación.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR, Fernando, "A favor de las cuotas femeninas", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.
- ALBERT LÓPEZ-IBOR, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación anti-discriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.
- ALEMANY, Macario, "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, México, núm. 11, 1999.
- AÑÓN, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.
- APARISI MIRALLES, Ángela, "Notas sobre el concepto de discriminación", *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre de 1995.
- ARANDA, Elviro, *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001.

¹⁷² "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2002, pp. 397 y ss.; también en su ensayo "Los fundamentos de los derechos fundamentales", *cit.*, pp. 337 y 338.

- ASÍS ROIG, Agustín, “La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.
- ASÍS ROIG, Rafael de, “La igualdad en el discurso de los derechos”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- BALLESTER, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.
- BALLESTERO, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- BARRÈRE UNZUETA, María, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto de 2001.
- BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- BECK-GERNSHEIM, Elisabeth, *Reinventing the Family. In Search of New Lifestyles*, Cambridge, Polity Press, 2002.
- BELTRÁN, Elena *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- , “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Las mujeres en los partidos políticos: representación, igualdad y cuotas internas”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.
- y REY MARTÍNEZ, Fernando, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998.
- , “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igual-*

- dad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.
- BRENA, Ingrid, “Personas y familia”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- CABO, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.
- CALLINICOS, Alex, *Igualdad*, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2003.
- CANALES, Lorea, “La Constitución y las mujeres: una propuesta”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Editorial Themis, 2000.
- CARABITA, B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padua, CEDAM, 1984.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002.
- (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.
- , “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- , “Igualdad constitucional”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Discriminación (prohibición de)”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , “Renta básica”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- CARRILLO, Marc, “Cuotas e igualdad por razón de sexo”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- COMANDUCCI, Paolo, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli, 1992.
- COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.

- DÍEZ PICAZO, Luis María, “Sobre la igualdad ante la ley”, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, UCM, Tribunal Constitucional, 2002, t. I.
- DWORKIN, Ronald, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993.
- , *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 (trad. al español, Barcelona, Paidós, 2003).
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000.
- FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- FERNÁNDEZ PONCELA, Anna M., “Candidatas, cuotas y mujeres”, *Este País. Tendencias y Opiniones*, México, núm. 148, julio de 2003.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción militar en la Constitución española de 1978. Su organización y ámbito competencial”, en BIDART CAMPOS, Germán J. y PALOMINO MANCHEGO, José F. (coords.), *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamerica (Libro-homenaje a Domingo García Belaunde)*, Lima, Grijley, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, “Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito” en VV. AA., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifesto Libri, 1995.
- GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos sociales e igualdad”, en ABRAMOVICH, Víctor y otros (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GIORGIS, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all’uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- , *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge y otros, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, IIJ-UNAM, 2001.

- HERNÁNDEZ BARROS, Julio A., “La libertad sexual como garantía individual”, en VV. AA., *Propuestas de reformas constitucionales*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados-Editorial Themis, 2000.
- HERNANDO GARCÍA, Pedro J., “Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, Ignacio, *La renda bàsica a Catalunya*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea*, trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel, 1995.
- LAPORTA, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985.
- , “Problemas de la igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- LERNER, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Principios de la ordenación constitucional de las fuerzas armadas”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. III.
- LO VUOLO, Rubén, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano”, *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995.
- , “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002.
- LUCAS, Javier de, “La lucha contra la discriminación”, en VV. AA., *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, Madrid, CGPJ, 1999.
- , “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, Siglo XVIII, vol. II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001.

- MARAVALL, José María (ed.), *Dimensiones de la desigualdad*, Madrid, Visor, 1999.
- MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.
- MIRAVET, Pablo, “El ingreso ciudadano”, en ABRAMOVICH, Víctor (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Civitas, 1994.
- MORA TEMPRANO, Gotzone, “Familias monoparentales: desigualdades y exclusión social”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Tendencias en desigualdad y exclusión social. Tercer foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 1999.
- ONU, *Situación de la mujer en el mundo 2000. Tendencias y estadísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 2001.
- OVALLE FAVELA, José, *Garantías constitucionales del proceso*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2002.
- PACE, Alessandro, “Igualdad y libertad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio, “De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones”, en LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y REAL, J. Alberto del (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- PERELLÓ DOMÉNECH, Isabel, “Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 46, marzo de 2003.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, Facultad de Derecho, UNAM, tesis profesional, noviembre de 2003.
- PHILLIPS, Anne, “Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?”, en BECALLI, Bianca (ed.), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999.
- PRIETO, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel y otros (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2001.

- RAVENTÓS, Daniel, *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001.
- , “El salario de toda la ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 106, octubre de 2000.
- y NOGUERA, José Antonio, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 120, marzo de 2002.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 19, julio de 2002, (monográfico sobre el tema de renta básica).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- , “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, Morelia, núm. 121, 2000.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 44, 2001.
- y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, “Discriminación y participación”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 110, octubre de 2000.
- ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- , “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en VV. AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000.
- , “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en su libro *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Igualdad”, en ARAGÓN, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en VALCÁRCEL, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.

- , “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996.
- , “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999.
- , “La igualdad política”, *Derechos y Libertades*, Madrid, núm. 11, enero-diciembre de 2002.
- , “Sobre el concepto de igualdad”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , “La representación democrática de las mujeres”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 58, enero-abril de 2000.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina, “Feminismo y ciudadanía”, en DÍAZ, Elías y COLOMER, Juan Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en PAU VALL, Francesc (coord.), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- SCHOEDER CORDERO, Francisco A., “Fuero militar”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2000.
- SEN, Amartya K., *Sobre la desigualdad económica*, Barcelona, Editorial Crítica, 1979.
- , *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1999.
- SERRANO, Mónica, “Estado y fuerzas armadas en México”, en CAVAROZZI, Marcelo (coord.), *México en el desfiladero. Los años de Salinas*, México, Juan Pablos Editor, FLACSO, 1997.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999.
- SLONIMSQUI, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Buenos Aires, FJD editor, 2001.
- SOBERANES, José Luis, “Fuero”, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Porrúa, 2000.
- , “Títulos nobiliarios”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2002, t. VI.
- STARCK, Christian, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid, CEC, 1979.

- SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985.
- , “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II.
- SUNSTEIN, Cass R., *Designing democracy. What Constitutions do*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- THERBORN, Göran, “Entre el sexo y el poder: pautas familiares emergentes en el mundo”, en TEZANOS, José Félix (ed.), *Clase, estatus y poder en las sociedades emergentes. Quinto foro sobre tendencias sociales*, Madrid, Sistema, 2002.
- YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.
- VAN PARIJS, Philippe, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- (ed.), *Arguing for basic income*, Londres, Verso, 1992.
- VV. AA., *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997.
- WESTEN, Peter, *Speaking of Equality. A Analysis of the Retorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.