

EL DERECHO DE TODA PERSONA A NO SER DISCRIMINADA

I. LO QUE PODEMOS ENTENDER POR DISCRIMINACIÓN

Este apartado está redactado con el objetivo de identificar y relacionar algunos de los elementos clave que conforman el derecho a la no discriminación. No tiene una intención de exhaustividad, sino de esclarecimiento de algunas categorías elementales que ayuden a comprender los objetivos, el alcance y el significado de dicho derecho.

En términos amplios y del lenguaje común, por “discriminación” puede entenderse la acción de distinguir o separar unas cosas de otras, tomando en cuenta sus diferencias. Se trata de una noción neutral que no encierra juicio de valor alguno. Ahora bien, en el ámbito de la sociología o del derecho, dicho concepto ha ido adquiriendo significados más precisos que son los que interesan a este trabajo. Como fenómeno sociológico, la discriminación puede ser entendida como una de las tantas formas de violencia u opresión que existen en las sociedades contemporáneas. Se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, quienes, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados,³⁴ que dan por resultado la exclusión o

³⁴ Estos prejuicios frecuentemente van acompañados por conductas de desprecio u odio que en muchas ocasiones llegan a poner en riesgo la integridad física de quienes son discriminados.

marginación de las personas que conforman a estos últimos. Dichos preconceptos suelen estar basados en algún rasgo fisonómico (color de piel, género, discapacidad) o de identidad (étnica, sexual, religiosa) que es convertido en un estigma de inferioridad.

En otras palabras, la discriminación es una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política, cultural), minusvalora o repele a otro grupo social, colocando a éste último en una situación de desigualdad u opresión. Para hacerlo, se toma como punto de partida algún rasgo característico del grupo excluido, y con base en él se construyen estereotipos prejuiciados de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad. Es en este sentido que la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el clasismo, pueden ser todas consideradas formas de discriminación, basadas respectivamente en el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales o la condición social.

II. LOS DAÑOS QUE PRODUCE LA DISCRIMINACIÓN

Para entender los alcances negativos del fenómeno que aquí se aborda, es importante aclarar que la noción de “grupo social” a la que hacemos referencia en este trabajo, no puede aludir a cualquier conjunto de personas con algún elemento en común. Para los objetivos de este trabajo, un “grupo social” es aquel que puede identificarse —así mismo o por otros— por el hecho de que sus integrantes comparten vínculos identitarios, tales como una tradición, una cultura, un lenguaje, una historia o un conjunto de experiencias comunes, que dan lugar a una entidad social significativa.³⁵

³⁵ Curtis, Christian, “Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino”, en Torre, Carlos de la (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 237.

Es importante señalar esto porque el fenómeno de la discriminación no puede ser entendido como la diferenciación excluyente, en un sólo momento histórico, de cualquier conjunto de personas. Se trata de un fenómeno que se concreta y se define cuando un prejuicio es instalado sobre un grupo de manera perdurable, y los integrantes de dicha colectividad son constantemente marginados por el simple hecho (en muchos casos involuntario) de pertenecer a ella. Es verdad que la discriminación en muchas ocasiones afecta a personas en casos individuales, pero no puede pasarse por alto que si esto ocurre, se debe a que dicha persona pertenece a un grupo determinado que ha sido históricamente estigmatizado de forma injustificada.

Es útil destacar lo anterior para subrayar el hecho de que la discriminación tiene un carácter sistémico, que implica la reproducción social de relaciones de desigualdad que excluyen a amplios sectores de una comunidad. Ello supone repercusiones graves sobre las estructuras sociales, económicas y políticas de ésta última. Si bien es cierto que las conductas de desprecio y estigmatización, son en sí mismas degradantes para los individuos (y sólo por ello deberían ser prohibidas), lo más grave es que dichas conductas suelen traducirse, para los grupos discriminados, en una mayor dificultad de acceso a determinados bienes, intereses o libertades que son indispensables para poder tener una vida digna, y para poder participar en la conformación política de la comunidad a la que pertenecen. Por ejemplo, no es sólo que las culturas indígenas en México sufran la humillación de ser consideradas inferiores en sus capacidades, sino que además, como consecuencia de ello, experimentan mayores dificultades en el acceso al agua potable,³⁶ a trabajos bien remunerados, a escuelas

³⁶ En 2000, un 42% de las viviendas indígenas en México carecían de agua entubada y un 70% no tenían servicios de saneamiento. Peña, Francisco, "Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México", en Peña, Francisco (coord.), *Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI*, Colegio de San Luis, 2004, p. 92.

de calidad,³⁷ y encuentran enormes obstáculos para ejercer su autonomía política. Situaciones similares han padecido las mujeres, las personas con discapacidad, las de la tercera edad, o todas aquellas que son infravaloradas por un prejuicio infundado, basado en algún rasgo que las caracteriza.

Es obvio que vivir bajo una condición sistémica de permanente desprecio y subordinación social, supone mayores dificultades para el desarrollo de los planes de vida de ciertos grupos. Por tanto, es importante reconocer que la discriminación no sólo es un conjunto de consideraciones negativas que, de forma aislada, pueden hacer unas personas sobre otras (situación imposible de evitar en una sociedad), sino que estamos frente a un componente estructural de ciertos sistemas sociales, que se relaciona de forma estrecha con otras problemáticas que mantienen a millones de personas en situación de opresión.³⁸

³⁷ En los resultados de la prueba enlace 2007, se destaca que los últimos lugares en rendimiento académico lo ocupan primarias y secundarias con alto grado de marginación, en su mayoría en zonas indígenas. <http://www.milenio.com/index.php/2007/08/28/112764/>.

³⁸ El concepto de opresión ha sido teorizado de forma amplia por Iris Marion Young. De acuerdo con la autora los distintos rostros de la opresión son:

1) Explotación, es decir, “la transferencia de energías de un grupo a otro para producir distribuciones desiguales”.

2) Marginación, que supone excluir a personas o grupos “... a las que el sistema de trabajo no puede o no quiere usar”.

3) Carencia de poder, “la mayoría de la gente en estas sociedades no participan regularmente en toma de decisiones que afectan a sus condiciones de vida y a sus acciones... lo que deja a las personas pocas oportunidades para desarrollar y usar sus capacidades”.

4) Imperialismo cultural, “experimentar el imperialismo cultural es experimentar cómo los rasgos dominantes de la sociedad vuelven invisible la perspectiva particular de nuestro propio grupo al tiempo que lo estereotipan y lo señalan... El imperialismo cultural conlleva a la universalización de la experiencia y la cultura de un grupo dominante, y su imposición como norma... así, el grupo dominante refuerza su posición al someter a los otros grupos a los criterios de sus normas”.

5) Violencia, “la opresión de la violencia consiste no sólo en la persecución directa, sino del conocimiento diario compartido por todos los miembros de los

Por lo tanto, en sociedades como la mexicana, donde los problemas de discriminación tienen esta dimensión sistémica, es urgente identificarla y combatirla puesto que de ello depende, en importante medida, poder enfrentar problemas con los que se encuentra estrechamente vinculada como son los de la pobreza, la falta de democracia, las limitación de libertades individuales, la igualdad de oportunidades y el propio desarrollo de los miembros de los pueblos indígenas y comunidades campesinas.

III. LO QUE SE PROTEGE A TRAVÉS DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

Aun cuando este no es el espacio para entrar al fondo de la discusión filosófica sobre la fundamentación axiológica de la idea de no discriminación (esto es, a la pregunta sobre cuáles son los intereses o los valores que se busca proteger a partir de este principio), conviene hacer alguna reflexión sobre el tema para dimensionar la magnitud del problema que aquí se aborda. Como se ha sugerido en los párrafos anteriores, lo que parece estar en juego cuando se debate el tema de la discriminación, son dos cuestiones. Por un lado, la dignidad de aquellas personas que son estigmatizadas con un prejuicio no justificado que las minusvalora, produciendo un daño individual grave, vinculado con la autoestima. Pero, por otro lado —y esto está relacionado con la dimensión estructural del problema—, también está en juego la posibilidad de construir una sociedad verdaderamente democrática; una sociedad de iguales, donde se anulen las diferencias injustificadas (privilegios) que sólo les permite a los grupos en posición de dominio ejercer su libertad (positiva

grupos oprimidos de que están predispuestos a ser víctimas de la violación solo en razón de su identidad de grupo”.

Véase Marion Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra Universitat de València, Colección feminismos núm. 59, 1990, pp. 68 y ss.

y negativa) y acceder a bienes o intereses que son considerados indispensables para la vida digna. Una sociedad construida sobre la base de prácticas discriminatorias, es una sociedad en la que se excluye a determinados grupos (que suelen ser amplios) cuyos integrantes no pueden acceder a la justicia, a la salud, a la participación política, al voto, a la educación y, lo que interesa de forma especial a este trabajo, a espacios donde puedan expresar con libertad sus opiniones y exponer sus diferencias.

Por estas razones, el derecho internacional y el derecho constitucional contemporáneos han vinculado de forma tan importante los problemas de la discriminación con el principio de igualdad. Ello no es poco si tomamos en cuenta, como lo ha señalado Dworkin, que la igualdad es un principio fundante de todos los derechos.³⁹ O en otras palabras, que lo que convierte en fundamental un derecho, en términos valorativos y teóricos, es el hecho de proteger intereses o necesidades que pueden ser generalizables, a diferencia de los privilegios, cuya estructura es tendencialmente selectiva y excluyente.⁴⁰

Habría que agregar entonces, que lo que también está en juego cuando se habla de discriminación, es el cimiento de todos los derechos, de los civiles, políticos y sociales puesto que todos ellos “pueden fundamentarse, en realidad, en la igual satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas y, con ello en su igual dignidad, libertad, seguridad y diversidad”.⁴¹

IV. DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

Por las razones anteriores, se ha ido avanzado desde el terreno del derecho para intentar modificar los patrones discriminatorios de conducta. Durante las últimas décadas, el derecho a la no dis-

³⁹ Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

⁴⁰ Véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías; elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 37 y 38.

⁴¹ *Idem*.

criminación se ha venido fortaleciendo y ampliando sus alcances, gracias al impulso de los más diversos movimientos sociales que en todas partes del mundo han luchado contra los privilegios, y a favor del reconocimiento de sus diferencias. Esta movilización ciudadana ha provocado un extenso debate que ha tenido lugar en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en el del derecho constitucional (especialmente en los distintos tribunales y cortes constitucionales), así como en la academia. La combinación de todos estos espacios, ha permitido ir precisando durante las últimas seis décadas el significado jurídico del concepto de discriminación, así como el contenido y el alcance del derecho, caso por caso. A continuación haremos un breve repaso del desarrollo que dicho derecho ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos y posteriormente en el debate constitucional. Destacaremos los elementos mínimos que nos permitan comprender los alcances jurídicos del mismo.

1. *Definición en el ámbito internacional de los derechos humanos*

La prohibición de establecer distinciones con base en rasgos característicos de las personas (sexo, color, lengua, etcétera) se estableció en los primeros documentos internacionales de las Naciones Unidas. De hecho, se establece como una de las claves de bóveda de toda la estructura de los derechos. Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, se dejó en claro que: (artículo 2o.) “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados 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”.⁴² De entonces a la fecha, la gran

⁴² El énfasis en cursivas es nuestro.

mayoría de los pactos y convenciones firmados por los países en materia de derechos, han incluido entre sus primeros artículos una prohibición expresa de discriminación.⁴³

Sin embargo, la inclusión de cláusulas de no discriminación en los tratados no aportó mayores elementos para tener una definición más precisa de la discriminación desde el ámbito del derecho.

Un primer documento internacional que sí supuso un avance importante en la definición del contenido jurídico de la discriminación, fue el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, adoptado por dicha institución el 25 de junio 1958.⁴⁴ En su artículo 1o. dicho Convenio establece:

1. A los efectos de este Convenio, el término “discriminación” comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

⁴³ Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece en su artículo 2.2. que: “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 política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece en su artículo 2.1: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁴⁴ Vinculación de México el 11 de septiembre de 1961; aprobada por el Senado de la República el 10 de noviembre de 1960, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 1963.

A partir de esa fecha, se comenzaron a aprobar distintas declaraciones y convenciones, a nivel internacional y regional diseñadas de manera específica para combatir distintas formas de discriminación: por razones raciales,⁴⁵ contra la mujer,⁴⁶ por motivos de discapacidad,⁴⁷ en la enseñanza,⁴⁸ por razones religiosas,⁴⁹ en los medios de comunicación⁵⁰ donde se aportan definiciones sobre la discriminación. Asimismo, los Comités encargados de vigilar la aplicación de dichos instrumentos, y emitir la interpretación autorizada de los Pactos, también colaboraron en ello.⁵¹ En varios

⁴⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (proclamada el 20 de noviembre de 1963) y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, vinculación de México el 20 de febrero de 1975, aprobada por el Senado de la República el 6 de diciembre de 1973, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1975.

⁴⁶ Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (proclamada el 7 de noviembre de 1967) y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Vinculación de México el 23 de marzo de 1981; aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

⁴⁷ Convención Interamericana para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Vinculación de México el 8 de junio de 1999, aprobada por el Senado de la República el 26 de abril de 2000 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 2001.

⁴⁸ Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Adoptada el 14 de diciembre de 1960.

⁴⁹ Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o Convicciones (proclamada el 25 de noviembre de 1981).

⁵⁰ Declaración sobre los Principios Fundamentales Relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra (proclamada el 28 de noviembre de 1978).

⁵¹ Por ejemplo, en 1989 el Comité de Derechos Humanos (que es el órgano encargado de vigilar la aplicación del PIDCyP y de emitir la interpretación autorizada sobre los artículos del mismo) elaboró una Observación General, la núm. 18, donde definió la discriminación y trazó líneas importantes para comprender el contenido y el alcance del derecho a no ser discriminado.

de estos documentos, la discriminación es definida en términos similares a los establecidos desde 1958. Esto es, como toda distinción, exclusión o preferencia, basada en un rasgo fisonómico o identitario de una persona, que da por resultado la anulación, restricción o el menoscabo del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales. Por tanto, discriminar a una persona no significa diferenciarla de otra en el trato, más bien significa colocarla en una situación jurídica de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica que es innata e inmodificable. No se trata de una diferencia de trato “entre” las personas por cualquier razón, se trata de una diferencia injusta “contra” las personas, basada en un prejuicio negativo que anula o restringe el ejercicio de derechos. Haciendo una síntesis del contenido de las cláusulas insertas en los instrumentos señalados, es posible decir que son tres elementos relacionados entre sí los que constituyen un acto discriminatorio: a) una distinción injustificada; b) basada en un rasgo, y c) que anula derechos.⁵²

Con base en lo anterior, es posible decir en un primer acercamiento que el derecho a no ser discriminado supone la prohibición de realizar actos distintivos, excluyentes o preferenciales, basados en criterios como el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales y otros señalados por las Constituciones y los tratados, cuando dichos actos dan por resultado la restricción o anulación de los derechos. Desde el punto de vista jurídico, discriminar a una persona supone colocarla en una situación de inferioridad utilizando como base de la descalificación un rasgo o una característica prohibida por la ley. Ahora bien, conviene adelantar que esta primera concepción de la discriminación, va a experimentar importantes transformaciones en el debate constitucional de los Estados, gracias a las cuales se ampliaron sus alcances y su potencialidad transformadora en la dirección que se explicará más adelante.

⁵² Véase Torre, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006, pp. 3-5.

2. *Definición en el ámbito estatal*

La importante discusión a nivel internacional sobre el derecho a la no discriminación comenzó a impactar sobre el constitucionalismo de la posguerra. Desde finales de la década de los cuarenta, diversas Constituciones del mundo comenzaron a incluir en su articulado cláusulas de no discriminación. Es el caso de la Constitución italiana de 1948⁵³ y de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.⁵⁴ A partir de entonces, el derecho a la no discriminación adquirió carta de naturalización dentro del constitucionalismo mundial y hoy es difícil encontrar alguna norma suprema que no lo establezca.

Como se señaló anteriormente, este derecho a no ser discriminado surgió vinculado de forma muy estrecha al principio de igualdad y, en un primer momento, a la idea de igualdad ante la ley, también denominada igualdad formal. De hecho, muchas de las cláusulas de no discriminación incluidas en las Constituciones están precedidas y estrechamente relacionadas con el principio de igualdad ante la ley, como es el caso de la Constitución italiana o la Española de 1978;⁵⁵ sin embargo, conforme avanzó el debate sobre la igualdad, debido principalmente al ejercicio de interpretación constitucional llevada a cabo por los tribunales constitucionales, el derecho a no ser discriminado también comenzó a relacionarse con la idea de igualdad material. Para comprender el significado y la trascendencia de lo anterior, es necesario explicar estas dos manifestaciones del principio de igualdad (formal y material) y a partir de ellas entender cuáles son los posibles alcances de este derecho

⁵³ Artículo 3o.: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”.

⁵⁴ Artículo 3.3: “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico”.

⁵⁵ Artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

en el constitucionalismo actual. Clarificar lo anterior es necesario para poder identificar las tensiones, relaciones e implicaciones que este derecho tiene con el derecho a la libertad de expresión.

3. Principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado

El derecho contemporáneo ha diseñado múltiples herramientas y puesto en práctica estrategias para intentar contrarrestar las desigualdades que históricamente han sido impuestas sobre ciertas personas y grupos. En este apartado nos interesa rastrear la evolución del principio general de igualdad y su relación con el derecho a no ser discriminado, para visualizar los alcances y los límites de dos de las estrategias más relevantes dentro de los sistemas jurídicos en contra de las desigualdades y sentar las bases para el análisis que se lleva a cabo en la parte central del estudio.

Para ello, es conveniente iniciar con una exposición retrospectiva de la evolución del principio de igualdad, explicando a grandes rasgos la función que ha desempeñado en las distintas etapas del Estado contemporáneo.

Debemos comenzar señalando que la lucha por el reconocimiento legal y constitucional de la igualdad de todas las personas ha sido una de las claves del constitucionalismo moderno. Las revoluciones encabezadas por la burguesía liberal en el siglo XVIII contra los antiguos privilegios construidos por y para las monarquías fueron luchas por la igualdad; asimismo, las batallas de los trabajadores a mediados del siglo XIX contra el capital industrial, la lucha de las mujeres sufragistas por el derecho al voto o las actuales movilizaciones de los pueblos y comunidades indígenas en América Latina contra las empresas transnacionales. Todas estas luchas han tenido como prioridad la eliminación de los privilegios económicos, políticos o culturales construidos por los grupos históricamente dominantes.

Por tanto, la incorporación de la idea de igualdad como principio rector o valor fundamental dentro los textos constitucionales ha servido como una herramienta de contrapoder. Por ello, cuan-

do se habla de derecho a la igualdad, se habla de una de las coordenadas principales en el mapa del constitucionalismo moderno, sin la cual resulta imposible comprenderlo.

Ahora bien, una aproximación a la noción constitucional de la igualdad supone una difícil labor de sistematización por varias razones. En primer lugar, porque se trata de un concepto cuya traducción en normas se ha ido modificando a lo largo del siglo XIX y XX, para adecuarse al proceso evolutivo del Estado liberal y su transformación en Estado social. En segundo lugar, porque se trata de un concepto que tiene un contenido político cuyo significado intenta ser definido por distintos sectores de la comunidad que se encuentran inmersos en una dinámica conflictiva. El principio de igualdad tiene un carácter vago e indeterminado que le ha permitido adoptar significados muy diversos⁵⁶ de los que pueden extraerse consecuencias políticas y jurídicas diferentes. Esto ha producido y continúa produciendo intensos debates teóricos y jurisprudenciales que luchan por apropiarse del sentido de este poderoso concepto.

En tercer lugar, porque es frecuente que las Constituciones hagan múltiples referencias a la idea de igualdad; la regla general es que en las cartas fundamentales se recurra a ella en diversos artículos, lo que permite un enorme juego interpretativo, no exento de confusiones y contradicciones constantes, que en muchas ocasiones, lejos de aclarar, oscurecen el significado jurídico de esta noción.

⁵⁶ En el esfuerzo por explicar su modelo de democracia Kelsen apuntó que “el concepto de la igualdad puede adoptar significados tan diferentes que resulta imposible considerarlo esencial para el concepto de democracia”. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977, p. 127. En esa dirección también se orientan las palabras de Ruiz Miguel al afirmar que “la igualdad es un concepto tan abierto y complejo que incluso un estudio que pretenda circunscribirse a su interpretación constitucional no puede limitarse a describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones. Un análisis apropiado exige cierta construcción y la construcción presupone elecciones conceptuales y valorativas que, en particular en este caso, son además inevitablemente complejas y quizá esencialmente debatibles.” Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996, p. 39.

Aún así, tanto la doctrina como la interpretación constitucional contemporánea han llegado a establecer algunos acuerdos con base en los cuales es posible identificar ciertos alcances constitucionales del principio de igualdad en el marco del Estado constitucional. Para avanzar en la comprensión de éstos, conviene utilizar un esquema general que servirá como base para el desarrollo de este apartado. Dicho esquema se apoya en dos nociones básicas que hoy conforman el principio de igualdad en el derecho. Éstas son: a) la igualdad como equiparación (igualdad formal), y b) la igualdad como compensación (igualdad material).⁵⁷

Cada vez que aparezca en este texto la noción de “igualdad como equiparación” se entenderá como el principio de trato igual, el cual establece la obligación a todos los poderes públicos de dar un trato igual a todas las personas ante la ley. El derecho constitucional contemporáneo, consciente de que existen rasgos y características distintas que identifican a una u otra persona, establece como primera regla general de igualdad que, en tanto no aparezca una razón justificada que demuestre la necesidad de establecer un trato diferenciado, el derecho no tiene por qué promoverlo. Esta idea de “igualdad como equiparación” da vida a dos postulados muy relevantes del constitucionalismo actual: a) igualdad ante la ley, y b) derecho a no ser discriminado. Ambos están incluidos de forma expresa en nuestra Constitución (artículo 4o., párrafo primero, y artículo 1o., párrafo tercero, respectivamente).

Sin embargo, debido a que las diferencias entre las personas son evidentes y muy importantes para la construcción de las diferentes identidades —especialmente dentro del esquema de un Estado social y plural— no es suficiente la aplicación de la igual-

⁵⁷ Estas dos nociones han sido denominadas de diversas formas por la doctrina y por la jurisprudencia, lo que conduce a desencuentros y en ocasiones a discusiones semánticas. Se habla de igualdad formal y de igualdad material, véase Giménez Gluk, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; o bien de igualdad ante la ley e igualdad sustancial, véase Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota anterior, p. 39.

dad como equiparación. Por ello, esta noción se ha complementado con una nueva perspectiva de la igualdad, capaz de reconocer la diversidad social, cultural y económica de las personas. Esta noción se basa en el reconocimiento jurídico de las diferencias y permite que el derecho establezca tratos diferenciados cuando se considere necesario. Se trataría, aunque pueda parecer paradójico, del derecho a la desigualdad.

A esto lo denominamos “igualdad como compensación”⁵⁸ (igualdad material) y también se encuentra reconocida de forma expresa en nuestra Constitución (artículo 2o.), aunque de forma limitada, sólo dirigida a las comunidades indígenas; sin embargo, ha comenzado a ser desarrollada por la jurisprudencia para proteger a cualquier otro grupo en situación de discriminación. La aparición de esta segunda noción es paralela en la historia del constitucionalismo al nacimiento de los derechos sociales. Dichos derechos fueron construidos con el objeto de “compensar” las desigualdades producidas por el capitalismo liberal que, a través de la lógica del libre mercado, impidió a la mayoría de las personas acceder a determinados bienes y necesidades indispensables para la vida.

Entonces, podemos decir que en la actualidad una parte importante de los ordenamientos jurídicos en el mundo se apoyan en un principio de igualdad conformado tanto por la noción de igualdad como equiparación (formal) y como compensación (material). Como puede suponerse, ello no está exento de dificultades y contradicciones, puesto que la primera establece el derecho a recibir un trato igual por parte de los poderes públicos, mientras que la segunda establece el derecho a ser tratado diferente. A continuación se profundizará en esta compleja relación, con el objeto de explicar cómo se ha ido resolviendo esta aparente contradicción dentro de los sistemas constitucionales.

⁵⁸ Esta categoría es la que utiliza una parte importante de la doctrina y su nombre está relacionado con las acciones que debe instrumentar el Estado para compensar las desigualdades concretas que sufren, o han sufrido, determinados grupos en situación de discriminación. Véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 12-18.

A. *La igualdad como equiparación (igualdad formal)*

Nadie discute que el Estado liberal nace estrechamente ligado a la idea de la igualdad. Esta noción se convirtió en uno de los fundamentos de las revoluciones burguesas de finales de siglo XVIII. Frente al mundo de excepciones y privilegios establecidos en las propias leyes, que caracterizó al *Ancien Régime*, la burguesía luchó por un modelo de Estado en el que todos los individuos tuvieran la misma capacidad frente al derecho y fueran regulados por las mismas normas. Que todos los sujetos fueran equiparados frente a la ley fue una exigencia vital del liberalismo burgués revolucionario: la equiparación entendida como trato igual. Las leyes (y quienes las aplicaban) debían, como principio general, tratar igual a todas las personas.

En la actualidad, la igualdad como equiparación se encuentra incluida de forma explícita en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. La fórmula jurídica que predomina para enunciarla es similar a la que se utilizó en la redacción del artículo 30. de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Constitución alemana): “Todas las personas son iguales ante la ley”.⁵⁹ Igualdad ante la ley es la clave de esta formulación positiva.

Conviene aclarar que se trata de formulaciones normativas y no descriptivas. Con ella se intenta prescribir la realidad, no des-

⁵⁹ Al interior de diversas Constituciones latinoamericanas se puede encontrar esta fórmula. Ejemplos de ello son la Constitución argentina en su artículo 16, la brasileña en su artículo 50., la chilena en el artículo 19, la costarricense en el artículo 33, la venezolana en el 21 y la colombiana, que en el artículo 13 señala lo siguiente: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”.

De igual forma, en las Constituciones europeas también podemos encontrar este principio, así la Constitución griega en su artículo 4.1, la belga en el artículo 10, la Española en el 14 y la francesa, que en su artículo primero señala: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos...”.

cribir cómo es en los hechos. Cuando se utiliza la fórmula “todos iguales ante la ley” lo que se hace es apelar a un ideal normativo, a un deber ser. Como señala Laporta, con ella no se pretende describir un estado de cosas que es, sino conducir hacia un estado de cosas que debería ser.⁶⁰

Aunque se trata de disposiciones que afectan todo el ordenamiento constitucional y, por tanto, impactan a todo el sistema jurídico, a quienes va dirigida de forma prioritaria es a los poderes que crean y aplican las leyes. Ahora bien, la incidencia que tiene el principio de igualdad sobre éstos es diferente: a) un deber de igualdad en el contenido de la ley (tradicionalmente denominado “igualdad en la ley”) que obliga a quienes crean el derecho a tratar igual; b) un deber de igualdad en la aplicación de la ley,⁶¹ que obliga principalmente a los poderes Ejecutivo y Judicial, y c) un deber de no discriminación que obliga a todos. De cada uno de ellos se desprenden consecuencias jurídicas diferentes que conviene analizar por separado.

⁶⁰ Por ello el propio Laporta añade “... que es mejor huir de fórmulas simplistas y categóricas, como «todos los hombres son iguales», o «todos somos iguales» y partir de una formulación más analítica y articulada: por ejemplo, «todos los hombres deben ser igualmente tratados». Laporta, Francisco, J. “Problemas de la igualdad”, en Varcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, ed. Pablo Iglesias, 1994, p. 66.

⁶¹ Un sector de la doctrina suele identificar las categorías de igualdad en la aplicación en la ley con igualdad ante la ley, véase Giménez Gluk, David, *Una manifestación polémica...*, *op. cit.*, nota 5, pp. 23-33. Aunque nos parece válido, aquí hemos preferido identificar la igualdad ante la ley como una noción genérica de la igualdad como equiparación. Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional español que en la STC 49/82 que señala que la igualdad ante la ley contiene “...en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley, o la igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales...”.

a. Igualdad en (el contenido de) la ley

En la actualidad el concepto de “igualdad en la ley” se refiere a la obligación de trato igual que recae de forma específica sobre el poder al que se le ha encomendado la tarea de elaborar normas. Generalmente, es un deber dirigido al Poder Legislativo pero también obliga al Ejecutivo cuando realiza funciones que son formalmente legislativas, como la elaboración de decretos. Esta obligación exige a los poderes, *prima facie*, que en el contenido de las normas no introduzcan diferencias en el trato hacia las personas. En este sentido, hoy el Congreso de la Unión en nuestro país violaría el principio de igualdad si, por ejemplo, decidiera incluir un artículo en la ley de salud que excluya a las personas con VIH de los servicios médicos y hospitalarios.

b. Igualdad en la aplicación de la ley

Se ha señalado (sobre todo en la doctrina europea) que el deber de igual aplicación es anterior en el tiempo al de igualdad en el contenido de la ley. Ello no es del todo exacto, puesto que ambos tipos de deberes quedaron expresados en los primeros documentos del constitucionalismo contemporáneo.⁶² Lo que ocurrió es que, debido al predominio que el Parlamento adquirió sobre los otros poderes en Europa (no se establecieron mecanismos de control constitucional sobre ese órgano), la obligación que se desarrolló con mayor intensidad en los primeros Estados constitucionales (con excepción de Estados Unidos) durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, fue la de aplicar la ley de forma igual a todas las personas.

⁶² En el artículo séptimo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentra un deber de igual aplicación al señalar que “ningún hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ellas. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados”.

Y ello encuentra algunas de sus razones en el hecho de que la burguesía liberal construyó la teoría constitucional con base en la división entre Estado y sociedad. El Estado, identificado con el Poder Ejecutivo, debía ser controlado por la sociedad, cuyo máximo órgano de expresión era el Parlamento. El primer liberalismo profesó una confianza ciega al Poder Legislativo y miró con profundo recelo al Ejecutivo. En el marco de esta teoría, el principio de igualdad tenía como uno de sus objetivos principales combatir las arbitrariedades y discrecionalidad que históricamente había impuesto el Poder Ejecutivo y así acabar con los privilegios que éste reproducía.

Durante el periodo de las monarquías, formaba parte de la normalidad jurídica que se aplicaran discrecionalmente normas distintas para regular la actividad de unas personas y otras. Era común la utilización de leyes diferentes aun cuando las personas se encontraran bajo supuestos de hecho similares. Frente a ese mundo de desigualdades jurídicas, el Estado liberal persiguió como uno de sus principales objetivos que la ley se aplicara a todas las personas sin que la administración pudiera establecer distinciones en casos similares que no estuvieran previstas en la ley. Cualquier diferencia en el trato que los operadores realizaran frente a casos similares que no hubiera sido establecida por el legislador sería, a partir de entonces, una diferencia ilegal.

Esta obligación de igualdad en la aplicación también alcanza a los jueces. Ellos también quedan obligados por la misma norma a no tomar decisiones judiciales injustificadamente discrepantes cuando se trata de casos y personas que se encuentran en situaciones similares. De esta noción de igualdad en la aplicación de la ley se desprende en México todo el desarrollo de la jurisprudencia.

c. Derecho a no ser discriminado

En teoría, las nociones anteriores de “igualdad en el contenido de la ley” y de “igualdad en la aplicación en la ley” deberían haber sido suficientes para evitar que los poderes públicos esta-

blecieran tratos diferentes entre las personas; sin embargo, la historia demostró lo contrario. A pesar de existir estas pretensiones normativas, millones de personas siguieron sufriendo tratos degradantes basados en sus diferencias. Por ello, se buscó reforzar el principio de igualdad como equiparación con el derecho a no ser discriminado.

Como se señaló en párrafos anteriores, a partir de la Segunda Guerra Mundial el concepto de “discriminación” comenzó a utilizarse en una serie de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos para repudiar prácticas y actos contrarios a la dignidad humana. Frente a estas diferencias de trato establecidas con base en prejuicios negativos sobre características inmodificables, el derecho reaccionó como instrumento de protección. Después de la guerra, la discriminación se convirtió en un concepto útil para señalar y combatir actitudes odiosas o dañinas para la dignidad de las personas y, como aquí se ha dicho, que por su carácter estructural dificultan la construcción de sociedades democráticas.

De esta forma, puede decirse que la prohibición de la discriminación adopta una operatividad propia en el sentido de que responde a un mandato de paridad y de exclusión de diferencias de trato basadas en criterios injustificados, “odiosos”, que son identificados por el derecho como factores prohibidos.⁶³

El caso *Sparks v. Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority*, resuelto en Canadá en 1993, nos permite analizar la importancia y potencialidad del principio aquí explicado.

Este caso reviste una importancia especial por los elementos y las circunstancias que involucra. Constituye una de las interpretaciones más progresistas del derecho a la igualdad y a la no discriminación para extender el derecho a la vivienda (en lo que

⁶³ Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Navarra, núm. 44, 2001, pp. 220-225.

a tenencia se refiere) en situación extrema de vulnerabilidad y discriminación por razones de origen étnico, género, situación familiar y pobreza.

Se trató de una demanda en la que se argumentó la violación al artículo 15 (derecho a la igualdad) de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, por motivos de discriminación. En el recurso presentado, se denunció que las personas residentes en viviendas sociales, propiedad del Estado, no contaban con la garantía de posesión o tenencia por razones de raza, género y situación familiar. En otras palabras, que la falta de garantía de tenencia sobre las viviendas que habitaban ciertas personas con características similares, suponía un trato diferente, no razonado, basado en rasgos prohibidos como los arriba señalados.

Irma Sparks, era madre soltera, con dos hijos, afro descendiente, que dependía de la asistencia social y había vivido en viviendas estatales durante diez años. Sólo con un mes de anticipación se le notificó, sin explicar los motivos, que sería desalojada de la vivienda estatal en la que habitaba con su familia.

De acuerdo con la Ley de Alquileres Residenciales (*Residential Tenancies Act*), dichas viviendas proporcionadas por el Estado no contaban con una garantía de posesión o de tenencia. Frente a ello, la señora Sparks alegó que dicha ley era discriminatoria por motivos de raza, sexo, bases análogas de estado civil/situación familiar (madre soltera), así como por pobreza. Con base en los elementos aportados en el caso se demostró que una parte importante de las personas que habitaban las viviendas estatales tenían características muy similares a las de Irma Sparks: madres solteras, afro descendiente, en situación de pobreza. El juez de instrucción rechazó la petición al considerar que en dicho caso no podía comprobarse que existiera un trato diferenciado no justificado hacia las madres solteras, negras o pobres por estas razones. La peticionaria acudió a una segunda instancia y el Tribunal de Apelaciones de *Nova Scotia*, quien consideró que sí se trataba de una situación de discriminación y anuló las disposiciones de la Ley de Alquileres que no permitían a los inquilinos

de viviendas estatales tener una garantía de posesión o tenencia, sobre las viviendas estatales. El Tribunal entendió que la exclusión constituía una discriminación de efecto adverso por razones de raza, sexo, estado civil y pobreza. Sostuvo que la pobreza es una característica personal análoga a las enumeradas en el artículo 15 de la Carta de Canadá y, por ello, constituye un motivo prohibido de discriminación.

En términos concretos, los resultados de dicha sentencia fueron muy importantes, puesto que se logró extender la garantía de posesión o tenencia a un número aproximado de 10 000 inquilinos de bajos ingresos de *Nova Scotia*. En términos jurídicos, la decisión también sentó un precedente jurisprudencial muy relevante al establecer en dicha provincia el principio de que la pobreza es una razón de discriminación prohibida. Este mismo principio fue aplicado más adelante en la misma provincia para anular restricciones en los requisitos que debían cumplir las madres solteras para acceder a asistencia social. Hasta el día de hoy, la Corte Suprema de Canadá todavía no se ha pronunciado respecto de la cuestión de la pobreza como razón de discriminación.

El principio de que la pobreza es una razón de discriminación prohibida fue revolucionario y ha sido el centro de acciones judiciales posteriores. Desde entonces, el Comité DESC de la ONU, la Comisión de Derechos Humanos de Canadá y el Panel de Revisión de la Ley de Derechos Humanos de Canadá recomiendan prohibir la discriminación por razones de pobreza o condición social en la legislación de derechos humanos.

Casos como este están siendo presentados en tribunales de todo el mundo, obligando a que se establezcan criterios jurisprudenciales en la materia. Dichas resoluciones han ido definiendo distintos aspectos del derecho a no ser discriminado y junto con la academia, estableciendo los límites y los alcances de este derecho. Por el tipo de problemática que se aborda en este trabajo, nos interesa destacar dos elementos de la evolución interpretativa, estos son: 1) discriminación indirecta, y 2) discriminación por particulares.

En lo referente al primer tema, conviene advertir que las formas de discriminación pueden ser directas o, también, indirectas y producir daños igualmente graves. La discriminación directa es aquel tratamiento diferenciado, basado en alguno de los rasgos prohibidos, que vulnera derechos fundamentales. Se trata de la forma más conocida de discriminación y el derecho la prohíbe.

La discriminación indirecta es aquella que se produce cuando el derecho da un tratamiento formalmente neutro entre grupos o personas que en los hechos son diferentes y por ello el grupo en posición de mayor debilidad se ve afectado. En este caso, nos encontramos frente a tratamientos formalmente iguales, no discriminatorios, de los que derivan —por las diferencias reales que hay entre las personas— consecuencias desiguales perjudiciales.⁶⁴ Ambas formas de discriminación deben ser atendidas por el derecho.

Por lo que se refiere al segundo tema, es necesario señalar que si bien la prohibición de discriminación es un derecho que obliga en primer término a las autoridades públicas, esto no significa que los particulares queden eximidos de la obligación de tratar igual a las personas. El derecho a la no discriminación también alcanza a los particulares, especialmente a aquellos que en una sociedad se encuentran en posición de ventaja o privilegio. Tradicionalmente los derechos humanos han sido concebidos como instrumentos de defensa ciudadana frente al Estado; sin embargo, en sociedades actuales, donde existen grandes poderes privados capaces también de producir graves violaciones a los derechos fundamentales, éstos deben poder ser frenados. Esta es la opinión de Fernando Rey quien considera que:

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

⁶⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...*, cit., nota 58, p. 64.

en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (comercios, cines, escuelas, bares, restaurantes) o que sean concesionarios de la administración o dependan de ella en alguna medida.⁶⁵

Esto último es especialmente importante para este trabajo en tanto que tiene que ver con la relación que debe existir entre ciudadanos y los concesionarios de los espacios públicos de comunicación (radio y televisión) que son hoy uno de los instrumentos más relevantes para el derecho a la libre expresión.

Así las cosas, en un primer momento la no discriminación podría entenderse sólo como un ejemplo del principio genérico de igualdad formal, o mejor dicho, como una fórmula para reforzar el principio genérico advirtiendo a los poderes públicos que existen un conjunto de supuestos/criterios prohibidos que no pueden ser utilizados como base para establecer diferencias normativas.⁶⁶ Bajo esta concepción, la discriminación es entendida sólo como sinónimo de desigualdad no razonable.

Ahora bien, en los últimos años los tribunales constitucionales han ampliado sus criterios de interpretación, dando mayor alcance a las cláusulas antidiscriminatorias, señalando que la expresa referencia a criterios prohibidos de diferenciación, supone una explícita prohibición de las diferenciaciones históricas arraigadas culturalmente que han mantenido a determinados sectores de la población en situaciones contrarias a la dignidad humana. En este sentido, las cláusulas antidiscriminatorias no sólo supondrían una prohibición de trato diferente, sino la obligación de corregir situaciones sociales y culturales injustas que han mantenido durante años y siglos a personas y grupos en situación de exclusión y marginación.⁶⁷ Es esta idea la que permite dar el salto de la idea de igualdad como equiparación a la de igualdad como compensación.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

⁶⁶ Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, p. 49.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 51.

B. *La igualdad como compensación (igualdad material)*

La igualdad como compensación se sustenta en una idea básica: “no puede ser tratado igual quien es diferente”, pues esto mantiene en una situación de desventaja a quien, dentro de la relación de poder, es el más débil. Este es el caso de la igualdad formal o igualdad como equiparación, en la cual sucede que un obrero y un patrón son considerados iguales, por lo que el segundo no tiene ninguna responsabilidad con el primero, debido a que, formalmente, ambos tienen la “misma posibilidad” de acceder a los bienes materiales y abstractos —derechos, poder, dignidad—. Situación que mantiene el status de oprimido y privilegiado dentro de una determinada sociedad.

La igualdad como diferenciación (que busca revertir esta situación) es conocida también como igualdad material, real o sustancial.⁶⁸ Se trata del “... último escalón en la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo... El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos”.⁶⁹

La formulación constitucional clásica de dicho principio se puede encontrar en el artículo 3o. de la Constitución italiana donde se señala que:

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.⁷⁰

⁶⁸ Como se habrá observado, en este trabajo se ha utilizado el término igualdad material.

⁶⁹ Gimenez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, cit., nota 57, p. 45.

⁷⁰ La Constitución colombiana señala en su artículo 13 que “... el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición

Como puede observarse, se trata de una norma que faculta al Estado a intervenir en las relaciones sociales con el objetivo de remover los obstáculos que impiden la igualdad real entre las personas. Es un derecho “desigual igualatorio”⁷¹ que permite dar un trato especial más favorable a grupos históricamente marginados para que vean compensada su situación de desigualdad sustancial.

Dado que la realidad social que regula el Estado contemporáneo presenta profundas desigualdades que mantienen a personas y grupos en situación de profunda desventaja, el principio de trato igual (la igualdad como equiparación) no siempre es deseable que se cumpla. Amartya Sen, al referirse a las diferencias entre los seres humanos señala que:

Tenemos características y circunstancias externas diversas. Comenzamos a vivir con diferentes dotes de riqueza y compromisos heredados. Habitamos en diferentes ambientes naturales, algunos más hostiles que otros. Las sociedades y comunidades de las que formamos parte nos ofrecen diversas oportunidades de lo que podemos o no podemos hacer... también nos diferenciamos por nuestras características personales (por ejemplo, edad, sexo, capacidad física y mental). Y estas últimas son importantes para evaluar la desigualdad.⁷²

En sociedades como las actuales, donde las diferencias reales entre las personas son tan acentuadas en ciertas ocasiones, existen razones de peso para que quienes diseñan las leyes y quienes las aplican introduzcan diferencias normativas de trato. Para que el derecho pueda tener una incidencia en el mundo de las desigualdades reales y opresivas, lo que los operadores del derecho deben hacer es tratar diferente a quien necesita la diferencia para poder ser iguales.

económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o malos tratos que contra ellas se cometan”.

⁷¹ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...*, cit., nota 58, p. 17.

⁷² Sen, Amartya, “Igualdad, ¿de qué?”, *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza editorial, pp. 32 y 33.

De esta reformulación contemporánea del principio de igualdad es de donde se desprende todo el debate actual sobre las medidas de igualación positiva, acciones afirmativas, acciones compensatorias, cuotas o también conocidas como medidas de discriminación inversa.⁷³

Los propios tribunales constitucionales han ido modificando sus criterios transitando de la noción de igualdad con un sentido equiparador en un primer momento, hacia el necesario reconocimiento de las diferencias y las medidas de compensación hacia quienes han sido en los hechos históricamente marginados. Ello ha ocurrido en España,⁷⁴ Alemania y con más lentitud en México; sin embargo, hoy la Suprema Corte de Justicia ya ha establecido criterios importantes en este sentido.

Veamos el caso del Partido Acción Nacional vs. Congreso de Coahuila, de 2001, que fue resuelto por la SCJN en una acción de inconstitucionalidad y que nos permite apreciar lo anterior.

El 14 de diciembre de 2001 el Partido Acción Nacional presentó ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación una acción de inconstitucionalidad impugnando varios artículos de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el estado de Coahuila. A través de dicha ley, el Poder Legislativo local había decidido impulsar una política compensatoria de equidad de género, prohibiendo a los partidos políticos que registraran más de 70% de candidatos a diputados que pertenecieran al mismo género. Frente a una realidad social donde la mayoría de los candidatos a puestos de representación eran varones, el legislador decidió intervenir a través de una acción compensatoria (cuota) en materia de género con la intención de compensar la discriminación histórica a la que habían sido sometidas las mujeres en el ámbito de la representación política.

⁷³ Véase Santiago, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

⁷⁴ En España el *leadig case* que permite hablar de un antes y un después en la interpretación del principio de igualdad en materia de discriminación por razón de sexo es la sentencia STC 128/87.

Esta medida legislativa fue impugnada por el PAN, argumentando su inconstitucionalidad por vulnerar el artículo 4o. de la Constitución mexicana. De acuerdo con la posición del partido

... el hecho de establecer un determinado porcentaje máximo de participación de un solo género... trae como consecuencia el hecho de no considerar el principio de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres elevado a rango constitucional, ya que ambos, tanto hombres como mujeres tienen derecho a participar en una contienda electoral en igualdad de circunstancias jurídicamente hablando, es decir, con los mismos derechos y obligaciones...

Es decir, el partido sostenía que “el concepto jurídico de igualdad, como contenido de una garantía individual, se traduce, pues, en un elemento eminentemente negativo: la ausencia de distinciones y diferencias entre los hombres en cuanto tales, provenientes de factor alguno”. Con toda claridad el argumento del PAN se basó en el principio de igualdad ante la ley, señalando la imposibilidad de los poderes públicos de tratar diferente a las personas.

La Suprema Corte de Justicia, en sus considerandos señaló lo siguiente:

En principio, la igualdad jurídica constituye el conjunto de posibilidades y capacidades imputables al sujeto o persona e implica una prohibición respecto a la instauración de distinciones o diferencias entre los seres humanos en cuanto tales. En otras palabras, la igualdad como contenido de la garantía individual se apoya en que todo individuo está colocado en una misma situación, quedando prohibido a la autoridad realizar cualquier discriminación.

No obstante, el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.

Así, la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que a todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Lo anterior significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales.

Las consideraciones arriba señaladas le permiten a la Corte hacer un ejercicio de precisión de los rasgos esenciales del principio de igualdad. Los puntos 4 y 5 establecen que:

4.- Dicho principio de igualdad no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no estar apoyadas en criterios razonables y objetivos, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

5.- Para que la diferenciación resulte apegada a la Constitución, no basta que el fin sea lícito, sino que es indispensable que las consecuencias jurídicas que resulten de la norma sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de tal manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el objetivo pretendido por el legislador, superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

Por tanto, como primera conclusión general de este primer apartado, es posible decir que el derecho a no ser discriminado es un derecho fundamental con un doble rostro: a) prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y b) mandato de acciones positivas para la igualdad real de las personas y por tanto legalidad o constitucionalidad de las denominadas discriminaciones inversas.⁷⁵

⁷⁵ Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado...*, cit., nota 58, p. 6.

Como ya se apuntó en párrafos anteriores, esta dicotomía del principio de igualdad suele ocasionar dificultades. Como se desprende de los casos arriba expuestos, no siempre es fácil determinar cuando una medida de trato igual puede ser discriminatoria (discriminación indirecta) y por tanto inconstitucional, y cuando una medida de trato desigual es compensatoria y por tanto constitucional.

Por no ser objeto de este trabajo la solución de casos difíciles entre los dos rostros de la igualdad, aquí sólo resta señalar que los tribunales constitucionales han ido construyendo un conjunto amplio de herramientas argumentativas, basadas en las nociones de razonabilidad y proporcionalidad, para resolver de forma ponderada los casos más controvertidos sobre la materia.⁷⁶

⁷⁶ El trabajo clásico elaborado por Tussman y Tenbroeck inició el esfuerzo de categorizar y sistematizar las opiniones de la Corte norteamericana sobre la materia. En dicho trabajo los autores distinguen entre las doctrina de la “clasificación razonable” y la doctrina de la “clasificación sospechosa”. Véase Tussman, Joseph y Tenbroeck, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, núm. 3, 1949, pp. 341 y ss.