

**PRINCIPIO DE IGUALDAD:
ALCANCES Y PERSPECTIVAS**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 74

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición: Jorge Sánchez Casas
Formación en computadora: Leticia Pérez Solís

KARLA PÉREZ PORTILLA

PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCES Y PERSPECTIVAS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN
MÉXICO, 2005

Primera edición: 2005

DR © 2005. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Dante núm. 14, Col. Anzures, 11590 México, D. F.

DR © 2005. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-2416-4

*A mis padres y hermanos,
por el infinito amor que nos une
y por la certeza de que será eterno*

CONTENIDO

Prólogo	XI
Agradecimientos	XVII
Introducción	1
Capítulo primero	
PRECISIONES CONCEPTUALES	5
I. Identidad y semejanza	5
II. Fórmula de la igualdad	8
III. Igualdad como norma	15
IV. Igualdad y equidad	16
V. Diagnóstico	19
Capítulo segundo	
EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	21
I. Antecedentes del principio de igualdad en México	29
II. Evolución del principio de igualdad en el derecho comparado	36
III. Sentido acumulativo del principio de igualdad ...	43
Capítulo tercero	
IGUALDAD ANTE LA LEY	47
I. Generalidad de la ley	50

II. Principio de legalidad e igualdad ante la ley	54
III. Igualdad ante la ley como igualdad de inicio	59

Capítulo cuarto

IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	61
---	----

I. Jurisprudencia en México: formación y características	64
II. Vinculación del Poder Judicial al principio de igualdad en la aplicación de la ley	70
III. Interpretación y aplicación uniforme de la ley	73
IV. Algunos problemas de la jurisprudencia en México y su incidencia en la igual aplicación de la ley	77

Capítulo quinto

IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY	87
--	----

I. Principio de igualdad como límite a la legislación	93
II. Principio de razonabilidad	95
III. Razonabilidad de la clasificación normativa	98
1. Doctrina de la clasificación razonable	102
2. Doctrina de la clasificación sospechosa	105

Capítulo sexto

MANDATO ESPECÍFICO DE NO DISCRIMINACIÓN	109
---	-----

I. Elementos para la definición de “discriminación”	111
II. Rasgos vedados	119
III. Normativa internacional	124
IV. Mandato de no discriminación: violación cualificada del principio de igualdad	128

Capítulo séptimo

IGUALDAD SUSTANCIAL	135
I. Igualdad formal e igualdad sustancial: características e implicaciones	137
II. Manifestaciones teóricas de la igualdad sustancial	142
1. Igualdad de oportunidades	142
2. Igualdad en los resultados	156
III. Manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial	157
1. Igual satisfacción de las necesidades básicas ...	158
2. Igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales	166

Capítulo octavo

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA	177
I. Sujetos vinculados al principio de igualdad	178
II. Manifestaciones explícitas de la igualdad en el orden constitucional	183
1. Prohibición de discriminar	184
2. Igualdad entre el hombre y la mujer	199
3. Igualdad de nacimiento: prohibición de títulos de nobleza y honores hereditarios	202
4. Abolición de fueros y privilegios	205
III. Igualdad sustancial en el orden jurídico mexicano	211
IV. Igualdad. Límites a este principio	219

CONTENIDO

Alcances y perspectivas	223
Anexo	
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación .	229
Bibliografía	255

Aspectos jurídico-políticos de la guerra de Iraq, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 25 de febrero de 2005 en los talleres de Impresión Offset Universal, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

PRÓLOGO

Este libro se refiere a un tema de siempre y que siempre ha inquietado al pensamiento occidental y después al universal. Es un tema apasionante, analizado por Karla Pérez Portilla con metodología rigurosa y con apoyo en instrumentos internacionales, así como en la nueva evolución constitucional y jurisprudencial en Estados Unidos y Europa, material que le auxilia en el examen de esta cuestión en México.

La misma autora nos precisa el objetivo que persigue con este ensayo, contestar varias preguntas: ¿qué significa ser iguales en derecho?, ¿a qué se tiene derecho cuando se dice que somos iguales?, ¿quiénes son los sujetos obligados? y ¿cuál es su obligación? Dicho objetivo, la jurista lo alcanzó con creces y nos presenta una obra útil para toda persona interesada en temas de derecho constitucional y de derechos humanos; obra que incorpora planteamientos recientes sobre este tema y las reflexiones personales de la autora, así como propuestas en las cuales resalta su idea de enriquecer nuestra Constitución con una cláusula de *igualdad material*, propuesta acertada que se inspira en las leyes fundamentales y las tesis jurisprudenciales más avanzadas de nuestros días.

México, como en tantas ocasiones a partir de la segunda mitad del siglo XX, se quedó rezagado en garantizar el principio de igualdad material, aunque afortunadamente, en los últimos años, comenzó a actualizarse con reformas constitucionales, legales y con jurisprudencia renovada.

Karla Pérez Portilla, con este trabajo, muestra sus dotes de jurista e investigadora; inquieta por los grandes debates jurídicos sobre temas que se desarrollan y expanden con el objetivo de garantizar realmente los derechos. La autora comienza con un buen

análisis de algunas tesis sobre la igualdad, como el pensamiento de Aristóteles, el de aquellos que identifican los conceptos de igualdad y justicia, y el de los estoicos, hasta llegar al México de los últimos dos siglos.

Este repaso doctrinal e histórico proporciona el marco adecuado a los siguientes capítulos del libro y permite a su autora demostrar que el principio de igualdad es acumulativo, que va ampliando progresivamente su concepto y su protección al ir quedando garantizadas, constitucional y jurisdiccionalmente, las más diversas dimensiones y aspectos de dicho principio.

No obstante, la norma jurídica también puede limitar esa protección, como acontece en México con la denominada fórmula Otero, que representa la afirmación jurídica de la desigualdad, en virtud de que una norma declarada inconstitucional por nuestra Suprema Corte, continúa aplicándosele a quienes no promovieron el juicio de amparo, que son generalmente los más desprotegidos jurídica, social y económicamente. A la tratadista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM le asiste toda la razón. Por ello, en su Instituto, una de las banderas jurídicas, desde hace varias décadas, es la abrogación de la fórmula Otero. La autora aporta nuevos argumentos; puede afirmarse que la cuestión resulta de tal importancia que en nuestro país la *igualdad en la aplicación de la ley* no logrará plena consagración mientras subsista dicha fórmula.

La autora, refiriéndose asimismo a México, apunta otro tema fundamental relacionado con la igualdad, y que representa uno de los desafíos actuales de nuestro derecho constitucional: el sistema de resolución de la contradicción de tesis entre los tribunales colegiados de circuito, en el cual, de acuerdo con el tribunal que conoce, se otorga o se niega la protección jurisdiccional respecto a la misma materia; o sea, se obtiene justicia o no, conforme con la suerte que se tenga de cuál es el tribunal colegiado que resuelve el asunto. Este problema se agrava por la gran lentitud de la Suprema Corte, debida al recargo de trabajo, para resolver las contradicciones de tesis.

Karla Pérez Portilla propone la creación de una sala superior de los tribunales colegiados de circuito o, incluso, que alguno de ellos se constituya en órgano superior de los otros tribunales colegiados, cuya función primordial sería el establecimiento de la jurisprudencia del control de legalidad ante la existencia de contradicción de tesis en los tribunales colegiados. Considero que la jurista Pérez Portilla se encuentra en el camino correcto y que su sugerencia, con matices, es acertada. A nuestra Suprema Corte, para que cumpla con plenitud su función como tribunal constitucional, deben desagregársele atribuciones que no le corresponden, como ésta de la contradicción de tesis y el conflicto de competencias entre órganos jurisdiccionales.

Pues bien, la autora es directa en sus planteamientos; su preocupación se centra en la *igualdad jurídica*. No cabe duda alguna de que las personas son diferentes unas de otras —en razón de sexo, raza, lengua, religión, educación, destrezas, capacidades, etcétera— pero la igualdad jurídica es la “idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso, precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes”. Desde luego, así debe ser.

La igualdad jurídica se convirtió en algo especialmente importante en Europa Occidental y en los Estados Unidos, desde el momento en que dicho principio se constituyó constitucional o jurisprudencialmente como una de las columnas del Estado, y el mismo se puede hacer valer ante los tribunales. Nuestra autora, en consecuencia, analiza, con profundidad, jurisprudencia y doctrina sobre diversos aspectos de igualdad jurídica en Estados Unidos y en Europa, elementos que le sirven para fundamentar su criterio y que auxilian al lector a actualizarse con dicho material que, a su vez, puede ser de utilidad a la doctrina y a la jurisprudencia mexicanas.

Ahora bien, el principio de igualdad se fortalece y rejuvenece con el mandato de no-discriminación, mismo que las Constituciones han ido incorporando. La autora realiza un buen estudio del mismo, basada en los diversos y múltiples instrumentos internacionales que lo precisan.

La exposición, entonces, llega a buen puerto y, con el material examinado, comienza a profundizar en el concepto de igualdad sustancial, material, real o efectiva que las Constituciones de Europa Occidental, así como las jurisprudencias, comenzaron a recoger y a asegurar después de la Segunda Guerra Mundial, y que nuestra autora define como “el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden 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”. En otras palabras, el Estado debe actuar para garantizar la *igualdad real* de las personas.

Es útil el cuadro que nos presenta sobre Constituciones europeas y latinoamericanas: cuáles sólo garantizan la igualdad formal y cuáles incorporan, además, la igualdad material.

Una de sus conclusiones consiste en que el principio constitucional de igualdad permite postular el *trato desigual de las diferencias*; es decir, “un tratamiento jurídico diferente en lo normativo que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias...” Karla Pérez Portilla no puede ser más clara y debo apuntar que uno de los méritos de esta obra, no el menor y entre muchos otros, es su claridad. El lector entiende con facilidad los conceptos y las ideas, como en este caso concreto que permite conocer la base de las *acciones afirmativas o positivas* del orden jurídico norteamericano, misma que Karla Pérez Portilla estudia con provecho para todos sus lectores.

La parte final de la obra está dedicada a examinar el principio de igualdad en México. Con esa finalidad se analizan los artículos 1, 4, 12 y 13 de la Constitución, la jurisprudencia respectiva y la legislación, en especial las últimas reformas sobre la materia.

El análisis de la reforma constitucional de agosto de 2001, que incorporó el principio de no discriminación, es agudo y muestra las limitaciones de aquélla.

La autora realiza uno de los primeros estudios en relación con la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, del año 2003; resalta los aspectos positivos, así como las incongruencias

de esta Ley, que de cualquier manera significa pasos muy importantes para asegurar la igualdad real, material o sustantiva de los mexicanos.

Uno de los últimos temas a que Karla Pérez Portilla dedica atención es la cuestión de las cuotas entre los géneros, como en el caso de la *representación umbral*, cuya finalidad es la participación de ambos géneros en el reparto de las curules. La Suprema Corte ha declarado la constitucionalidad de las leyes de las entidades federativas que fueron impugnadas en este específico punto.

Recomiendo la lectura de esta obra, en virtud de que, además de clara y amena, es profunda y está poblada de reflexiones sugerentes en relación con un tema que, de una manera u otra, a todos concierne y a todos afecta.

Jorge CARPIZO
Madrid, marzo de 2004

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo tiene muchos padres, es producto del trabajo conjunto de Miguel Carbonell, Jorge Carpizo y del mío propio, bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en particular, de su director, doctor Diego Valadés, de quien he recibido las muestras más alentadoras de confianza y apoyo; para todos ellos, mi más sincera gratitud y afecto.

Miguel Carbonell es también autor de este estudio, cada frase y cada idea llevan su consejo; su ejemplo ha sido una guía, su confianza ha sido el motor y su apoyo, uno de mis más grandes incentivos. De igual manera, debo especial gratitud a don Jorge Carpizo, por dejarme participar de su experiencia, por todo lo que le he aprendido y que se ha vuelto parte de mí, por la oportunidad de compartir un tiempo muy afortunado, para él mi cariño es también permanente.

A mi muy estimado maestro Jorge Islas, agradezco sinceramente sus muestras de apoyo en todo momento: en el aula universitaria, en el Seminario de Sociología General y Jurídica y en su oficina como abogado general de la UNAM.

Asimismo, guardo profunda gratitud a la Facultad de Derecho de la UNAM, institución a la cual reconozco las innumerables oportunidades brindadas; y en particular a mis maestros, Román Iglesias, Martha Morineau, María Elena Mansilla y Rafael Rocher.

INTRODUCCIÓN

La palabra igualdad se utiliza frecuentemente cuando se habla del derecho y de los valores superiores del orden jurídico. También es de uso frecuente en discursos políticos —principalmente con fines electorales— y se le concibe básicamente como una meta.

Puede hablarse también de igualdad y referirse exclusivamente a cuestiones de género, de igual manera, puede utilizarse la misma palabra para hacer una aguda crítica sobre su inexistencia y referirse al estado de miseria o de desigualdad de unas personas con respecto a otras.

Para muchos, la igualdad podría tratarse de un ideal en toda la extensión de la palabra y así inalcanzable; podría sugerirse también, que es un mero valor cuyo contenido se extingue en una sola buena intención.

La igualdad se presenta así como algo de lo que todos pueden hablar e interpretar de diversas maneras; sin embargo, la igualdad jurídica tiene manifestaciones explícitas y genera obligaciones muy concretas. De manera que habrán de identificarse los campos de su aplicación y los sujetos vinculados a su promoción, para entonces contar con elementos suficientes que expliquen la manera en que puede ponerse en marcha, al tiempo que pueda también hacerse exigible.

El estudio sobre la igualdad jurídica en el derecho comparado contemporáneo, es muy superior a lo que se ha hecho en México. Países como los Estados Unidos y, en general, la mayoría de los países que conforman la Unión Europea, han estudiado el principio de igualdad y sus alcances, y desarrollado una jurisprudencia muy abundante sobre el tema. Es por ello que este trabajo remite

frecuentemente a los estudios doctrinales y jurisprudenciales desarrollados en ordenamientos jurídicos extranjeros.

En especial, ha sido de obligada referencia la remisión al derecho de los Estados Unidos, en donde los alcances de la igualdad han sido más explícitos y en donde se ha desarrollado incluso lo que hoy se conoce como derecho antidiscriminatorio, así como también es en este país en donde se sitúa el origen de las estrategias más innovadoras a favor de la igualdad.

Por otro lado, es una referencia igualmente recurrente, la que se hace al derecho español; esto es así porque España y México comparten el sistema jurídico romanista, lo cual, facilita la explicación de las instituciones comunes y su modo de proceder. Aunado a esto, también es una fuente útil debido a que la experiencia interpretativa española de la igualdad y de sus implicaciones más novedosas, es relativamente reciente. Los estudios sobre la igualdad jurídica empezaron a ser abundantes a partir de la vigencia de la Constitución española de 1978 y se han valido de la experiencia de ordenamientos más avanzados en la materia, pero haciendo los ajustes y precisiones necesarios de acuerdo con un presente que demanda cada vez más y en cada vez más ámbitos, una igualdad que debe hacerse explícita. Así, por su puesta en marcha relativamente reciente, el caso español es un buen punto de partida para México, en el sentido de que una parte importante de la doctrina que podría aplicarse al caso mexicano, puede ser proporcionada por España.

México, sin embargo, no es completamente ajeno a las exigencias explícitas de la igualdad. Las revoluciones liberales en el pasado y los compromisos asumidos en la esfera internacional en el presente, constriñen a nuestro país a tomar cartas en el asunto y a crear estrategias que hagan de la igualdad un principio que rija la conducta de los poderes públicos y también de los particulares, a través de disposiciones claras y de alcances bien definidos, que sean también capaces de proporcionar los mecanismos necesarios para su garantía y protección. Nuestro país ha comenzado a trabajar en ello; sin embargo, los estudios doctrinales que puedan expli-

car las medidas que de hecho se han tomado y las que se puedan llegar a tomar, no son abundantes.

La investigación en este sentido es imprescindible, en la medida en que las “estrategias de la igualdad” parecen ser especialmente polémicas y su puesta en marcha, sin un sustento teórico vasto, difícilmente podría asegurar su legitimidad y apoyo por parte de la sociedad.

Por otro lado, estudios serios y comprometidos sobre la igualdad y sobre sus implicaciones, permitirían distinguir y comprender con claridad los alcances actuales de la igualdad jurídica, así como también, podrían prever las nuevas perspectivas de la igualdad, en un derecho que se crea y recrea en una constante evolución.

El objetivo general de este trabajo es proporcionar algunas herramientas que contribuyan a clarificar y desmitificar los alcances de la igualdad en el derecho; para ello, se ha recurrido a divisiones teóricas tales como: igualdad ante la ley, igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley, el mandato específico de no discriminación y finalmente, la igualdad sustancial. Estas divisiones son teóricas, pero el orden de aparición sugerido obedece a la propia evolución lógica e histórica del principio. Cada una de las manifestaciones de la igualdad define alcances diferentes y establece obligaciones específicas para los poderes públicos e incluso para los particulares. Sin embargo, todas las manifestaciones del principio guardan muy estrecha relación con las dimensiones que le anteceden y que le sucederán; de manera tal, que puede afirmarse que el principio de igualdad es ambicioso y se ha ido ensanchando con el paso del tiempo, a través de las demandas sociales y de los fines perseguidos por el Estado y el derecho.

La estructura que se ha elegido para este estudio permite distinguir, en un primer capítulo, entre nociones de contenido aparentemente sinónimo, tales como identidad, semejanza y equidad, a fin de establecer las precisiones conceptuales necesarias para poder comprender la noción de igualdad y con esta misma finalidad, se estudia la fórmula clásica de la igualdad y su relación con la justicia: “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”.

Una vez comprendida la noción de igualdad, se consideró conveniente hacer un breve recorrido histórico del devenir del principio de igualdad, primero en México y después en el derecho comparado. Este apartado es un avance de lo que se analizará con mayor profundidad en los capítulos siguientes; es un adelanto de los conceptos y manifestaciones implícitas y explícitas de la igualdad, a fin de que el lector pueda apreciar desde un principio, la antigüedad y vigencia del principio en los distintos ordenamientos jurídicos y se interese por conocer de manera puntual cada una de las implicaciones del principio que se estudia. Asimismo, es un apartado que demuestra el sentido acumulativo del principio y sirve de preámbulo al estudio pormenorizado de cada una de las manifestaciones de la igualdad en el derecho.

Del tercer al séptimo capítulo, se analizan las distintas manifestaciones del principio de igualdad y la ubicación de las mismas dentro de los ordenamientos jurídicos; los derechos que tienen como base el principio de igualdad; los sujetos obligados a su promoción; las obligaciones de los poderes públicos, en particular del poder legislativo y del poder judicial; la participación de los particulares; los problemas jurídicos actuales para hacer valer el principio y las estrategias más innovadoras a favor de la igualdad.

Como último aspecto, se aborda el sentido del principio de igualdad en la Constitución mexicana; llegados a este punto, después de haber estudiado de forma separada cada una de las manifestaciones de la igualdad en el derecho, se aborda en particular el caso mexicano a través del texto constitucional, las últimas reformas constitucionales, la jurisprudencia, la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, los problemas actuales y los límites a dicho principio en nuestro país.

Así llega a su fin el recorrido histórico y teórico del principio de igualdad; sin dejar de considerar lo que a lo largo del texto es una constante: el sentido acumulativo del principio de igualdad y su ensanchamiento paulatino a través de las demandas sociales y de la creatividad legislativa, apoyada en los argumentos y herramientas que la investigación produzca para su desarrollo y perfeccionamiento.

Capítulo primero	
PRECISIONES CONCEPTUALES	5
I. Identidad y semejanza	5
II. Fórmula de la igualdad	8
III. Igualdad como norma	15
IV. Igualdad y equidad	16
V. Diagnóstico	19

CAPÍTULO PRIMERO

PRECISIONES CONCEPTUALES

El término “igualdad” tiene una carga retórica considerable, por lo cual, no es de extrañar el uso que se le ha dado a manera de *slogan* político. Por lo menos, desde la Revolución Francesa, la igualdad ha sido uno de los ideales políticos más importantes y quizá sea hoy en día uno de los ideales sociales más controvertidos. Una primera controversia tiene que ver con lo que ha de entenderse por “igualdad”; una segunda tiene que ver con la relación entre “la igualdad y la justicia”; y finalmente, un problema más es el de su extensión, esto es, la determinación de “igualdad de qué” e “igualdad entre quiénes”.

I. IDENTIDAD Y SEMEJANZA

El término “igualdad” (griego, *isotes*; latín, *aequitas*, *aequalitas*; francés, *égalité*; alemán, *Gleichheit*; inglés, *equality*) se refiere a una relación cualitativa. La igualdad significa correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas, procesos o circunstancias que tienen las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto, pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico. Por tanto, debe distinguirse entre igualdad e “identidad”. Esta última significa que un y el mismo objeto corresponde a sí mismo en todas las características: nombre y descripción, por ejemplo. Asimismo, debe distinguirse entre identidad y “similitud”, dado que este último concepto se refiere a una mera aproximación en algún sentido. Por tanto, decir que “los hombres son iguales” no significa que sean idénticos.

A diferencia de la igualdad numérica, un juicio sobre la igualdad presume una diferencia entre las cosas que se comparan. En estos términos, hablar de una igualdad completa o absoluta, sería contradictorio. Dos objetos no idénticos nunca son completamente iguales, difieren por lo menos en su ubicación espacio-temporal. Si las cosas no difieren por lo menos en algo, no deben llamarse “iguales” sino “idénticas”.

“Igualdad” e “igual” son predicados incompletos que plantean necesariamente la pregunta: ¿igualdad con respecto a qué? La igualdad consiste esencialmente en una relación tripartita entre dos o más objetos o personas y una o varias cualidades. Es decir, dos objetos *a* y *b* son iguales porque comparten cierto aspecto.¹

Mediante la igualdad se describe, se instauro o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común. En consecuencia, el juicio de igualdad excluye tanto la identidad como la mera semejanza. Excluye la identidad, porque parte de la diversidad, esto es, parte de dos sujetos distintos, pero respecto de los cuales se hace abstracción de las diferencias para subrayar su igualdad en atención a una característica común; la identidad se produce cuando dos o más objetos tienen en común todos sus elementos o características. Se distingue también de la semejanza porque, si bien ésta implica asimismo que exista algún rasgo común, no obliga a hacer abstracción de los elementos propios o diferenciadores.

Por ello, dado que nunca dos personas o situaciones vitales son iguales en todos los aspectos, los juicios de igualdad no parten nunca de la identidad, sino que son siempre juicios sobre una igualdad fáctica parcial. Las personas son siempre iguales en ciertos aspectos y desiguales en otros; de ello resulta que los juicios fácticos sobre igualdad-desigualdad parcial no nos dicen todavía

¹ Cfr. Gosepath, Stefan, “Equality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter, 2001 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <<http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/equality/>>.

nada acerca de si el tratamiento jurídico debe ser igual o desigual: que los sujetos “A” y “B” desarrollen la misma profesión supone que son parcialmente iguales, pero no que merezcan el mismo tratamiento a todos los efectos; que “C” y “D” tengan profesiones distintas supone que son parcialmente desiguales, pero no impide que merezcan el mismo tratamiento en ciertos aspectos. La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos ha de referirse, no a su existencia misma, sino a uno o varios rasgos en ellos discernibles. Los rasgos de los términos de la comparación que se tomarán en consideración para afirmar o negar la igualdad entre ellos es cosa que no viene impuesta por la naturaleza de las realidades mismas que se comparan porque toda igualdad es siempre, por eso, relativa, pues sólo en relación con determinado *tertium comparationis* puede ser afirmada o negada, y la fijación de ese *tertium* es una decisión libre, aunque no arbitraria, de quien juzga. La igualdad es entonces, un concepto normativo y no descriptivo de ninguna realidad natural o social.

Esto significa que los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmar que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación y hacer abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial, no proporciona ningún avance, si no añadimos para qué o en función de qué regulación jurídica debe serlo. Según determinados efectos, todos los supuestos de hecho o situaciones personales son absolutamente iguales o absolutamente desiguales entre sí, sólo la consecuencia jurídica puede ser diferencial. Del mismo modo, decir que dos sujetos son destinatarios del mismo o de diferente tratamiento jurídico, constituye una mera constatación de la que no

cabe derivar ulteriores conclusiones, si no decimos en razón de qué circunstancias existe uniformidad o diferencia.²

II. FÓRMULA DE LA IGUALDAD

El estudio sobre la igualdad comienza con Platón y Aristóteles; este último, con notable éxito a lo largo de la historia señaló: “parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, 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”.³ Aristóteles dijo básicamente dos cosas sobre la igualdad que han dominado el pensamiento occidental:

1. La igualdad significa: las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad.
2. Igualdad y justicia son sinónimos: ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual.

Estas proposiciones, siguiendo a Peter Westen,⁴ arrojan dos preguntas a discutir. La primera, ¿cuál es la conexión entre el hecho de que dos cosas sean iguales y la inferencia de que deban ser tratadas igual? La segunda, ¿cuál es la justificación para equiparar a la igualdad con la justicia?

La proposición: “los iguales deben ser tratados igual” se supone una verdad universal, una verdad que intuitivamente puede co-

² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, pp. 31-33. Debe verse también, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 384-388.

³ Aristóteles, *Política*, libro II y *Ética a Nicómaco*, libro V, citado por Gosepath, Stefan, *op. cit.*, nota 1.

⁴ Cfr. Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, Estados Unidos, vol. 95, núm. 3, enero de 1982, pp. 544-553.

nocerse con perfecta claridad y certeza ¿Por qué? ¿Cuál es la conexión entre el hecho de que dos cosas sean iguales y la conclusión normativa de que tengan que tratarse igual?

La respuesta puede encontrarse en las partes que componen la fórmula de la igualdad. La fórmula “los iguales deben ser tratados igual” encierra dos componentes:

1. La determinación de que dos personas son iguales; y
2. El juicio de que tienen que ser tratadas igual.

El componente determinante es el primero. Una vez que se determina que dos personas son iguales, se sabe cómo es que deben ser tratadas. Para entender por qué es así, se debe saber de qué tipo de determinación se trata. Tiene que saberse con precisión lo que significa decir para los propósitos de la igualdad lo que significa que dos personas sean iguales.

Primero, “las personas que son iguales”, puede referirse a personas que son iguales en todos los aspectos. El problema es que no hay dos personas que sean iguales en cualquiera de sus aspectos. Lo único que es completamente igual en cualquier aspecto son los símbolos inmateriales, tales como los números y las figuras geométricas, que por cierto, no son sujetos morales.

Segundo, “las personas que son iguales”, puede significar personas que aun no siendo iguales en todos los aspectos, sí lo son en algunos otros. Desafortunadamente, mientras que la definición previa excluye a todas las personas del mundo, la última incluye a todas las personas y cosas porque ambas son iguales en algunos aspectos y esto conduce a la absurda proposición de que “todas las personas y cosas deben tratarse igual”.

Tercero, “las personas que son iguales”, puede referirse a las personas que son iguales en algún aspecto significativo en particular.

La última interpretación sorteaba exitosamente el obstáculo filosófico. Comienza con la determinación normativa de que dos personas son iguales en un aspecto significativo y se mueve a la conclusión normativa de que ambas deben ser tratadas igual. Sin

embargo, las categorías de objetos jurídicamente iguales no existen naturalmente, la igualdad jurídica se establece únicamente cuando se definen las categorías. Decir que las personas son iguales es, por tanto, articular un estándar jurídico de tratamiento —un estándar o regla que especifica cierto tratamiento para ciertas personas—, por referencia a lo que son y a la manera en que en consecuencia deben ser tratadas.

Ahora que puede entenderse lo que significa ser iguales, debe ser sencillo entender el significado de ser tratados igual.

Es muy poco probable que alguien quiera ver que a todos los hombres se les dé el mismo trato en todos los aspectos. No podríamos siquiera sugerir que los pacientes reumáticos fueran tratados como los diabéticos. Los iguales tienen que ser tratados igual en el aspecto en que son iguales; pero pueden existir otros aspectos en los cuales difieren, lo cual justificaría diferencias en el tratamiento. Aquellos que rinden declaraciones fiscales iguales tienen que pagar los mismos impuestos, pero si sufren diferentes enfermedades deben seguir distintos tratamientos médicos. De otra forma, el tratamiento igual no soportaría las consecuencias.

Así como no existen categorías naturales de personas iguales, tampoco existen categorías de tratamiento igual; los tratamientos sólo pueden ser iguales en atención a alguna regla. Así, decir que las personas iguales en algún aspecto deben ser tratadas igual, significa que deben ser tratadas igual, de acuerdo con la regla por la cual se determina su igualdad. Es decir, los iguales deben ser tratados igual, significa que las personas para quienes se prescribe cierto tratamiento en virtud de un estándar que determina su igualdad, tienen que recibir todas y cada una el mismo tratamiento prescrito por el estándar; o más sencillo, las personas que por una regla se consideran iguales, deben por esa misma regla, ser tratadas igual.

De esta forma, se aprecia que la igualdad es completamente circular. Nos dice que los iguales deben ser tratados igual pero cuando preguntamos ¿qué iguales?, nos responde que aquellos que deben ser tratados igual. La igualdad es un recipiente vacío carente de todo contenido sustantivo propio. Sin estándares o criterios

relevantes, la igualdad permanece carente de significado, una fórmula que no nos dice cosa alguna sobre la manera en que debemos actuar. En tales términos, la igualdad deviene superflua, una fórmula tautológica.

El reconocimiento de la igualdad como una tautología explica varias cosas. Explica por qué los iguales deben ser tratados igual, por qué la igualdad expresa una verdad universal; por qué la igualdad se considera una ley del pensamiento y por qué es un aspecto de la moral aristotélica que permanece sin disputa hasta nuestros días tal como lo fue hace 2,500 años. La igualdad es una verdad innegable e insustituible porque es una simple tautología.

Peter Westen analizó esta fórmula y sus estudios se han convertido en clásicos de la materia. Westen concibe a la "igualdad" como una idea vacía o insuficiente, que depende de categorías para comparar y de derechos asignados para poder hasta entonces hablar de igualdad o de desigualdad, precisamente en atención a los derechos que ya se tienen o de los que se carece. Por tanto, la igualdad jurídicamente no significa nada si no tiene relación con algún derecho preestablecido. Es decir, tratar igual a los iguales no es más que una tautología en donde se habrá de tratar a los iguales de manera igual y los iguales son aquellos que deben ser tratados igual (dado que comparten una cierta característica).

Los enunciados sobre la igualdad (o desigualdad) encierran comparaciones de dos cosas o dos personas con respecto a algún criterio externo que especifica el aspecto relevante por el cual son diferentes o iguales. Decir que una manzana es como o igual a una naranja significa que, a pesar de sus muchas diferencias, pueden tener la característica o las características que son relevantes para un criterio externo, ya sea que las características tengan que ver con el peso, el área, o el contenido de azúcar; decir que son desiguales significa que no comparten la característica relevante, como el sabor, el color o el contenido de jugo. Este análisis vale también para los enunciados éticos o jurídicos sobre igualdad, con la diferencia de que en lugar de evaluar a las personas o cosas con un estándar descriptivo para determinar lo que significa ser igual, se

evalúan a través de estándares morales o jurídicos para decidir cuál de ellos debe ser tratado igual. En cada caso, sin embargo, la comparación para los efectos de la igualdad simplemente señala lo que significa haber probado a ambos sujetos con el estándar de control de relevancia.

La propuesta de Westen que se quiere resaltar es aquella que implica la consideración de una regla preestablecida, para entonces y sólo entonces, poder hablar de igualdad, cuando dos personas cumplimentan el criterio relevante que determina su igualdad.

La igualdad, de acuerdo con Westen, significa estar de acuerdo con una y con la misma regla.

La igualdad precede a los derechos, es decir, primero debe existir un juicio anterior en donde se explique la característica relevante que determinará la igualdad de las personas y la manera en que deberán ser tratadas en consecuencia. Ese enunciado antecedente, en la forma de un derecho, puede revestir una libertad, una prerrogativa, un privilegio, una exención o alguna inmunidad y puede tener su fuente en el derecho, la moral o la costumbre; puede tratarse de un principio o de una política, puede ser absoluto o relativo pero siempre es a partir de él, que puede determinarse cómo deben ser tratadas las personas.

En cuanto a la segunda afirmación aristotélica: “igualdad y justicia son sinónimos: ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual”, el argumento de Westen gira en el mismo eje.⁵

⁵ No sería cierto afirmar que Westen es el único que sostiene la idea de que la igualdad y la justicia son fórmulas vacías. Seguramente muchos otros autores lo han argumentado antes; por lo menos, puede remitirse a Hans Kelsen, quien identifica la fórmula de la justicia como vacía. “Se atribuye a uno de los siete sabios de Grecia la conocida frase que afirma que la justicia significa dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula ha sido aceptada por notables pensadores y especialmente por filósofos del derecho. Es fácil demostrar que ésta es una fórmula completamente vacía. La pregunta fundamental: ¿qué es lo que cada uno puede considerar realmente como “lo suyo”?, puede ser aplicable únicamente cuando se supone que esta cuestión está ya resuelta de antemano; y sólo puede estarlo mediante un orden social que la costumbre o el legislador han establecido como moral positiva u orden jurídico. Por esto, la fórmula “a cada uno lo suyo” es en

De acuerdo con el concepto romano, del término *ius* —derecho, o bien, normas de origen humano— podemos derivar el de *iustitia*, al que Ulpiano define como “la voluntad firme y constante de dar a cada quien lo suyo” (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).⁶ ¿Cuál sería entonces la relación entre dar a cada quien lo suyo y tratar igual a los iguales?

La idea de justicia como la idea de igualdad, es completamente formal. Requiere que a las personas se les dé lo suyo pero no define qué es lo suyo de cada quien. Para dar a la justicia algún significado, tiene que mirarse más allá de la proposición de dar a cada quien lo suyo; tiene que irse hasta los estándares sustantivos, morales y jurídicos que determinan lo suyo de cada quien.

Una manera de decidir si los conceptos son intercambiables es determinar si uno puede reducirse lingüísticamente a un enunciado sobre el otro. Considérese la idea de justicia:

- 1) Dar a cada quien lo suyo es dar a las personas el tratamiento que merecen.
- 2) Dar a las personas el tratamiento que merecen significa tratarlas de acuerdo con estándares morales establecidos.
- 3) Tratar a las personas de acuerdo con estándares morales significa: a) determinar si poseen aquellos criterios moralmente relevantes y establecidos en las normas; y b) dar a aquellos que poseen el criterio, el tratamiento prescrito por las reglas y no darlo a aquellas que no poseen el criterio.

cada caso diferente. Esta posibilidad de defender cualquier orden social por ser justo —y lo es en cuanto esté de acuerdo con la fórmula “a cada uno lo suyo”— explica la aceptación general de esta fórmula y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede identificarse con los valores relativos que una moral positiva o un orden jurídico garantizan”. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 7a. ed., trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, pp. 45 y 46.

⁶ Ambos términos, que etimológicamente tienen la misma raíz, están íntimamente ligados ya que el *ius* tiende siempre a la realización de la justicia y el objeto de la justicia es el propio derecho. Cfr. Morineau Iduarte, Marta e Iglesias, Román, *Derecho romano*, 3a. ed., México, Harla, 1993, pp. 30 y 31.

- 4) Dar a aquellos que poseen el criterio, el tratamiento prescrito por las reglas, mientras que no darlo a aquellos que no posean el criterio, significa tratar igual a los iguales en los aspectos morales relevantes; y tratar desigual a los desiguales en los aspectos morales significativos.
- 5) Tratar igual a los iguales en los aspectos morales relevantes mientras que tratar desigual a los desiguales en los aspectos morales relevantes, significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

En síntesis, decir que a cada quien debe darse lo suyo, significa que los iguales deben ser tratados igual y que los desiguales deben ser tratados de manera desigual. Así como la justicia puede reducirse a la igualdad, la igualdad puede reducirse al enunciado de la justicia; simplemente invirtiendo la secuencia de los pasos establecidos anteriormente. Después de todo, decir que dos personas son iguales y que por tanto deban ser tratadas de la misma manera es presuponer principios sustantivos de lo correcto y de lo incorrecto, principios que califican como correcto tratarlas igual y como incorrecto tratarlas de manera desigual. Hablar de lo correcto y de lo incorrecto con respecto al tratamiento de las personas es definir lo suyo de acuerdo con circunstancias dadas. Por esta razón, los filósofos, en los tiempos de Aristóteles y en los actuales, han dicho que tratar a las personas de igual manera significa dar a cada quien lo suyo. Igualdad y justicia significan lo mismo, al tiempo que se trata de meras tautologías que, en la calidad de tales, han permanecido como verdades indiscutidas. La propuesta es como sigue.

Igualdad y justicia significan lo mismo, encierran la idea de una comparación necesaria entre dos o más personas para determinar su igualdad o desigualdad. Esta comparación debe girar en torno a la posesión o carencia de algún criterio o rasgo que se considere relevante. El criterio debe estar plasmado en una norma para que entonces pueda argüirse que, en virtud de ubicarse en tal o cual supuesto, las personas que comparten el criterio relevante deben

tratarse de manera igual o bien, que por la carencia del criterio relevante establecido en la norma, se debe ser tratado de manera desigual y, en ambos casos, se estará dando a cada quien lo suyo.

III. IGUALDAD COMO NORMA

La igualdad, además de un juicio valorativo como se expuso anteriormente, es también una norma, dada la constatación fáctica de que las personas son diferentes entre sí y de que, en particular no son neutras sino que además, sexuadas como varones o como mujeres, solamente por poner una de las diferencias más generales.⁷

Por otro lado, la igualdad es asimismo un principio porque marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones y permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que —en cuanto reconocidos y garantizados a todos y en igual medida— son llamados “universales” o “fundamentales”. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad y de los derechos políticos a los sociales.

En suma, la igualdad jurídica no será otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes. En efecto, independientemente de la igualdad jurídica en la titularidad de los derechos fundamentales, todas las personas son de hecho diferentes unas de otras por diferencias de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas y condiciones personales y sociales, entre otras. Las personas son desiguales también jurídicamente por referencia a la titularidad en mayor o menor medida de derechos no fundamentales, tales como los derechos patrimoniales y de crédito, que son

⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, pp. 73-83.

derechos que pertenecen a cada uno en diversa medida y con exclusión de los demás.

Cabe ahora hacer una distinción entre diferencias y desigualdades, de la siguiente manera:

1. Las diferencias —sean naturales o culturales— no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales. Por su parte, las desigualdades —sean económicas o sociales— son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción.
2. Las diferencias concurren en su conjunto a formar las diversas y concretas identidades de cada una de las personas. Mientras que las desigualdades forman las diversas esferas jurídicas.
3. Las diferencias son tuteladas y valorizadas, frente a discriminaciones o privilegios, por el principio de *igualdad formal* en los derechos fundamentales de libertad. En tanto que las desigualdades, si no son completamente removidas, al menos se intentan reducir o compensar por aquellos niveles mínimos de *igualdad material* que están asegurados por la satisfacción de los derechos fundamentales sociales.

En síntesis, puede afirmarse que en ambos casos la igualdad está conectada con los derechos fundamentales: con los derechos de libertad en cuanto derechos al igual respeto de todas las “diferencias”, y a los derechos sociales en cuanto derechos a la reducción de las “desigualdades”.

IV. IGUALDAD Y EQUIDAD

El vocablo equidad procede de la palabra latina *aequitas-atís* (igualdad de ánimo) que envuelve la idea de rectitud y de justicia.

En un sentido amplio quiere decir también moderación, medida; aquello que conviene y se adapta a algo para responder a la íntima naturaleza de ese algo.

Pero la equidad consiste en la adaptación de la norma jurídica a los casos concretos. Tiende a aliviar, a procurar la conciliación entre el carácter abstracto y rígido de la ley y las particularidades que presenta el caso concreto, para evitar que una norma pueda resultar injusta por las especiales circunstancias de hecho que en el caso concurren.

Cuando el juez procede por equidad, en los casos en que la ley lo autoriza, ajusta el precepto a las distintas circunstancias singulares de la cuestión que se le plantea.

Ha sido variada en diversos países y épocas históricas la función que desempeña la equidad. La rigidez de la ley de las Doce Tablas en el derecho romano, dio lugar a que el pretor y los prudentes en el derecho honorario, elaboraran concepciones de gran fuerza creadora, “ayudando, supliendo y corrigiendo” al derecho civil. Junto al *ius civile*, la *aequitas* fue plegándose paulatinamente al desenvolvimiento social del pueblo romano.

Actualmente, el papel de la equidad, como fuente de derecho, es muy limitado. El juez sólo puede recurrir a ella, en aquellos casos en que la ley expresamente lo autoriza. Su función está bien definida y su campo de aplicación perfectamente acotado. No sólo en los casos en que limitativamente el juez pueda hacer uso de ella, sino en el sentido de que para aplicarla no ha de tomar en cuenta libremente su propio criterio, sino que en su aplicación está obligado a ponderar con la debida medida, todas las circunstancias objetivas del caso particular; pues son precisamente éstas particularmente, los factores que determinan la solución que se funda en la equidad.⁸ Esto es así porque en el mundo del derecho civil,

⁸ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 14a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 63-65.

en oposición al de derecho común, el valor supremo es el de la certeza, y la necesidad de flexibilidad se percibe como una serie de “problemas” que complican el avance hacia el ideal de un derecho a prueba de los jueces, dado que si no se controla cuidadosamente a los jueces sobre la manera en que interpretan la legislación, el derecho se volvería más incierto.

En síntesis, la equidad se refiere a la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de un estatuto, o para asignar la propiedad o la responsabilidad de acuerdo con los hechos del caso individual. En otras palabras, la equidad es un otorgamiento limitado de facultades al tribunal para que pondere en la resolución de una disputa presentada ante él. Es un reconocimiento de que las reglas generales, como las que suelen encontrarse en los estatutos, funcionan a veces de manera dura o inadecuada, y que algunos problemas son tan complejos que la legislatura no puede prever las consecuencias de todas las permutaciones posibles de los hechos. La equidad es así la aplicación de la ley al caso concreto con un margen explícitamente autorizado de discrecionalidad para el juez.⁹ Equidad se entiende bajo estos supuestos como un término jurídico que exige que se respete el principio de igualdad, determinando que es norma de equidad la que se encuentren obligados a determinada situación los que se hallen dentro de lo establecido por la ley y que no se encuentren en esa misma obligación los que están en situación jurídica diferente, o sea, tratar a los iguales de manera igual. Por tanto, la relación entre la igualdad y la equidad es instrumental. La equidad sirve al principio de igualdad, siempre que a través de ella, el juez se sirva de una potestad discrecional para aplicar el derecho al caso concreto y mitigar la rigidez de la norma, cuando así lo autorice la propia ley.¹⁰

⁹ Cfr. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 96-110.

¹⁰ En materia fiscal, por ejemplo, la equidad impositiva significa gravamen igual a personas en igual situación y gravamen adecuado a personas en situación diferente. Así, en la práctica tributaria este principio se suele traducir en la

V. DIAGNÓSTICO

1. La noción de igualdad es particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos.¹¹
2. La igualdad es un recipiente vacío porque sin estándares preestablecidos, permanece carente de significado.
3. Igualdad e igual, son predicados incompletos que plantean necesariamente la pregunta: ¿igualdad con respecto a qué?
4. La igualdad nunca ha sido entendida como tratar a todos bajo cualquier circunstancia de la misma manera. Se reconoce que hay diferencias entre las personas que, algunas veces, requieren distinciones en las leyes.
5. La igualdad es comparativa, su fuente y sus límites derivan de la manera en que se trate a los otros.
6. Los enunciados sobre la igualdad (o desigualdad) encierran comparaciones de dos cosas o dos personas con respecto a algún criterio externo que especifica el aspecto relevante por el cual son diferentes o iguales.
7. La igualdad consiste esencialmente en una relación tripartita entre dos o más objetos o personas y una o varias cualidades. Es decir, dos objetos “a” y “b” son iguales en relación con una cierta cualidad.
8. La igualdad sólo puede establecerse cuando se definen las categorías relevantes.

generalidad del gravamen, la aplicación uniforme de la legislación fiscal, la progresividad en el impuesto sobre la renta, etc. La equidad se encuentra en distintas disposiciones del ordenamiento jurídico mexicano, y en general, está presente siempre que exista alguna facultad discrecional. Así, por ejemplo, está el artículo 14, fracción V, del Código Civil, cuando se refiere a la aplicación del derecho extranjero.

¹¹ Carbonell, Miguel, “Igualdad constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 52-58. Miguel Carbonell reenvía para abundar en este sentido a Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1998.

9. Igualdad es un concepto indeterminado que hace necesaria la existencia de otros factores externos que determinen cuándo las personas son iguales y cuándo son diferentes.
10. Es un concepto descriptivo en el sentido de que es útil para diferenciarla de la desigualdad en el estatus y tratamiento de las personas.
11. La igualdad es relativa a los rasgos que se tomarán en cuenta para la comparación que tiene como fin afirmar o negar la igualdad entre los agentes que se comparan.
12. Es un concepto normativo porque dado que en la naturaleza no hay nada igual, la igualdad se establece como norma que asigna a todos, de manera universal, el goce de los derechos fundamentales.
13. Es un concepto que tiene una necesidad analítica porque crea la presunción de que las personas deben ser tratadas igual y obliga a justificar las acciones de aquellos que quieren discriminar.
14. La justicia únicamente puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias y cuyas relaciones en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas.
15. La igualdad no es natural sino que se hace y se reconoce a través de los derechos.
16. La equidad sirve al principio de igualdad cuando, a través de ella, el juez puede decidir discrecionalmente y combatir así una rigidez en la norma que podría suponer un trato desigual en atención a situaciones particulares no previstas en la generalidad de la norma.
17. La igualdad es un principio dinámico que ofrece múltiples posibilidades de interpretación. Por tanto, las leyes son necesarias para traducir esa igualdad de todos y llevarla al contenido de los derechos, para así precisar las modalidades de su aplicación.

Capítulo segundo	
EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD	21
I. Antecedentes del principio de igualdad en México	29
II. Evolución del principio de igualdad en el derecho comparado	36
III. Sentido acumulativo del principio de igualdad . . .	43

CAPÍTULO SEGUNDO

EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad como principio ha tenido en el devenir histórico distintas interpretaciones y alcances. Lo que sí puede afirmarse de manera uniforme es su permanencia en el pensamiento de la humanidad. Las distintas nociones de igualdad, más que diferir de un periodo de la historia a otro, se han ido complementando y han supuesto cada vez más y distintas obligaciones específicas. La idea de igualdad frecuentemente va impregnada de una importante carga emotiva propia de los valores e ideales; sin embargo, implica demandas muy específicas que paulatinamente se han ido reconociendo y positivizando en los distintos ordenamientos jurídicos.

La intención de este capítulo es proporcionar algunos datos que demuestren la antigüedad y vigencia del principio de igualdad, aunque sin reparar exhaustivamente en circunstancias históricas que bien podrían dar cabal soporte a lo señalado pero que supondrían necesariamente distintos y muy precisos estudios que deben tratarse de manera separada.

Una primera aproximación al ideal igualitario se mantiene prácticamente inalterable desde la formulación de los estoicos; su postura básica era: “vivir con arreglo a la naturaleza”. Entre la naturaleza y la naturaleza humana hay una adecuación moral fundamental. La naturaleza racional del hombre le impone a éste actuar de conformidad con la *recta ratio*, que es común a todos los hombres. Si todos los hombres poseen esa misma razón se explica con facilidad el ideal de un derecho común a todos: un “derecho” para el género humano, cuya característica cosmopolita y univer-

sal se deja fácilmente sentir en la expresión *ius gentium* que los romanos harían célebre.

Fue mérito de Cicerón haber dado una formulación casi definitiva al ideal igualitario estoico y a su doctrina del derecho natural. De él pasó a los jurisconsultos romanos, quienes además de su derecho positivo, conciben la existencia de ciertos principios éticos referidos al derecho, los cuales constituían un patrón universal racional. Estos principios debían regir de la misma forma al género humano en todo tiempo y lugar. La exigencia racional es que debe haber un mismo derecho para todos los hombres y para todas las naciones o, por lo menos, un conjunto de principios jurídicos racionales en que se basen todos los derechos.¹²

Hasta ahora parece quedar claro que los romanos, a través de la filosofía estoica, parecían admitir una igualdad de todos los hombres, dada, como se ha dicho, por compartir la recta razón; sin embargo, se trataba de una igualdad que sólo tomaba en cuenta una característica por los hombres compartida y esa igualdad sólo servía de fundamento para el ideal de un mismo derecho (como orden jurídico) que debería regir a todos los Estados. Así por ejemplo, derechos tales como la participación política se entendían sólo para los ciudadanos y de esta forma existían marcadas diferencias en relación con los esclavos y las mujeres. Existía, en efecto, una cualidad que hacía a los hombres iguales (la razón) pero era una igualdad puramente descriptiva sin ninguna consecuencia jurídica, excepto aquella que hacía lógico pensar que debía regir un mismo derecho (un mismo sistema jurídico) en todas las naciones.

Si bien la idea igualitaria está asociada con las instituciones republicanas y democráticas en las cuales la participación igualitaria es condición indispensable, debemos considerar también la evolución de la democracia, en donde la experiencia política griega se analiza como un hecho esencial en la historia del pensamiento político.

¹² Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "Igualdad jurídica", en Carbonell, Miguel (coord.), *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, XII vols., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 360-364, vol. IV.

En Grecia, era democrática la *polis* en que la ley era la misma para todos (*isonomía*), en que el ciudadano intervenía en los debates públicos (*isegoría*) y participaba en la dirección de la ciudad (*isocracia*). No obstante, el régimen democrático de Pericles no concernía sino a una pequeña fracción de la población, de la *polis*; en efecto, era considerable la desproporción entre los *politai* y los demás habitantes excluidos, metecos y esclavos. Esto fue así porque el derecho y las instituciones de él derivadas tuvieron en mente sólo a un sujeto capaz: el varón propietario. Una actitud semejante se observó en Roma, en donde la participación política, por mencionar un ejemplo, fue exclusiva de los ciudadanos.

En Roma no todo ser humano era considerado como persona; para tener una personalidad completa era necesario reunir tres elementos o estatus, a saber:

1. *Status libertatis*: ser libre y no esclavo.
2. *Status civitatis*: ser ciudadano y no peregrino.
3. *Status familiae*: ser jefe de familia y no estar bajo ninguna potestad.¹³

Lo que ha de destacarse es que los hombres podían ser libres o esclavos. Los primeros serían considerados como personas y los segundos como cosas. Los ciudadanos gozaban de todos los derechos mientras que los esclavos carecían de cualquier derecho de carácter político y además, no podían contraer matrimonio y la unión de carácter marital sólo produciría un parentesco consanguíneo. Por otro lado, tampoco podían tener propiedad alguna.

La igualdad era una exigencia moral que derivaba de la *recta ratio*: “Nadie sería tan semejante a sí mismo como cada uno de los hombres a todos los demás” (Cicerón). Sin embargo, se trataba de una igualdad que, como se ha visto, no implicaba el goce de los mismos derechos.

Durante la Edad Media, la igualdad se mantuvo en este mismo sentido pero bajo los dogmas del cristianismo: “todos los hombres

¹³ Cfr. Morineau, Marta e Iglesias, Román, *op. cit.*, nota 6, pp. 37-54.

son iguales ante Dios”, y “el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios”.

Nuevamente, se hablaba de una igualdad de todos los hombres pero sin efectos jurídicos. La debilidad fundamental de tales efectos estribaba en la inexistencia de instituciones que “garantizaran” la igualdad jurídica. Hasta estos momentos, la igualdad era una mera declaración moral.

Bajo la influencia decisiva del jusnaturalismo racionalista, la Revolución Francesa buscó su consagración definitiva en la “Declaración Francesa de los Derechos del Ciudadano” de 1789.¹⁴

Desde nuestra posición actual, las ideas de igualdad, libertad y fraternidad las contemplamos suficientemente enmarcadas en su universalidad y las entendemos como valores a los cuales la cultura contemporánea les ha otorgado un lugar jerárquico de la mayor importancia, pero, para el hombre de fines del siglo XVIII tales conceptos eran terriblemente concretos, casi pragmáticos; traducibles en acciones y conquistas específicas, tal y como se desprende de los textos mismos de la Declaración. En el artículo primero se dice: “Los hombres nacen libres y permanecen libres e iguales en derechos” y aunque el enunciado es amplio, con ello se perseguía negar vigencia a la organización social del antiguo régimen discriminatorio, en el cual el nacimiento de la persona era determinante de privilegios o de condenas.

La igualdad fue invocada para operar rectificaciones concretas y para el beneficio económico, entre otros, de una clase burguesa oprimida, sujeta a exigencias de raíz feudal que le arrebatava el lícito producto de su trabajo.

La igualdad se tenía que actualizar en una mejor distribución de bienes, de rentas, de comercio y de extinción de privilegios. En suma, se trataba de aniquilar todo vestigio del feudalismo ancestral.

¹⁴ Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., 2 vols., México, Porrúa-CNDH, 2002, vol. II, pp. 1427-1430. La Declaración fue adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789 y aceptada por el rey de Francia el 5 de octubre de 1789.

Poco a poco se fueron definiendo y estableciendo las igualdades. En el área fiscal, por ejemplo, los gravámenes fueron equitativamente repartidos, aliviando la pesada carga que soportaba la burguesía. En los campesinos, atados al viejo régimen señorial, su ascenso económico fue manifiesto y se les otorgó de inmediato el derecho de disponer de una buena parte de sus cosechas, orillando a los nobles a incorporarse a la burguesía una vez privados de sus injustas canonjías.

En el área de los derechos civiles, se multiplicaron las oportunidades de trabajo, incluido el acceso a los cargos y empleos reservados antes a la nobleza. La función administrativa misma pasó a considerarse como “cosa de utilidad común” y se abrieron las puertas de toda clase de puestos judiciales, administrativos y del ejército.

Las prerrogativas que se otorgaban por razones de división geográfica e histórica, se extinguieron. El cuatro de agosto las ciudades y regiones que se sumaron al movimiento anunciaron su renuncia a los antiguos beneficios fiscales y comerciales y a cualquier favor real. La “igualdad ante la ley” generó un mismo tratamiento para todos los departamentos, provincias, cantones, comunas, consejos, regímenes tributarios, judiciales, etc., a lo largo y ancho del país, dándole la unidad de la que carecía anteriormente.

En lo económico, la composición productiva de Francia se hallaba gravemente desequilibrada. Los polos monárquicos y gremiales favorecían la exclusión del trabajo libre con las naturales consecuencias de iniquidad. La igualdad económica reclamaba suprimir fronteras de contención para los obreros. Fue abrogada la legislación monárquica que autorizaba los gremios y las asociaciones patronales monopolistas. Lejos se estaba, ciertamente, de las concepciones socialistas del siglo XIX. El momento histórico afirmaba sólo la libertad individual en forma categórica como vía adecuada —y única entonces— de integración y desarrollo.

En el campo de la política, el elitismo era predominante. Los ineptos eran frecuentemente favorecidos al amparo de ese elitismo añejo. Los Constituyentes, una vez proclamada la soberana

nía de la nación como soberanía del pueblo, arrojaron del sistema a todos los que carecían de verdaderas cualidades para formar parte de los cuerpos políticos (Ley de Chapelier).

La igualdad, como puede verse, tenía connotaciones muy precisas y operantes, fincadas en la lucha revolucionaria. Podría decirse, como lo ha hecho Miguel Montes, que la igualdad surgió envuelta en los hechos y manifiesta en las inmediatas aplicaciones. Más tarde las circunstancias y el desarrollo ideológico fueron dándole un profundo sentido, hasta cobrar el signo de valor universal que hoy se le concede.

La igualdad, la libertad y la fraternidad que se mencionan ahora como una mera referencia histórica y como conceptos demasiado abstractos, fueron realidades plenas de contenido y sirvieron en su momento para calificar adecuadamente cambios profundos en la concepción de toda organización social. Son principios que desbordaron fronteras y se adoptaron más tarde como divisas de otros pueblos.¹⁵

La igualdad de todos ante la ley fue sin duda una de las ideas que impulsaron la Revolución Francesa y una vez que la burguesía conquista el poder, incrementó las áreas de libertad individual, articulando y dotando de efectividad los derechos fundamentales contenidos en la Declaración.

No obstante, más que perseguir la igualdad entre todos, el principio exigía la creación de las condiciones necesarias o el marco

¹⁵ Montes García, Miguel, "Libertad, igualdad, fraternidad: realidades plenas de contenido", en Corona, Carmen (coord.), *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789-1989*, México, Publicaciones Mexicanas, 1989, pp. 33-37. Con respecto a las otras dos consignas: libertad y fraternidad, la primera fue prevista por el artículo cuatro de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, al mismo tiempo que en el cinco se prescribía que "todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y a nadie se le puede obligar a hacer lo que ésta no ordena". La libertad se introdujo también en otro campo menos tangible, pero no menos importante, el de la conciencia religiosa. Por su parte, la fraternidad, si no fue punto de partida, sí fue una secuela temprana del rompimiento del orden monárquico. Se impuso como una necesidad de solidaridad para alcanzar no sólo la paz nueva sino también el ajuste de los derechos al reconocerse en el prójimo al hermano.

adecuado para que cada sujeto pudiera obtener los mismos bienes. Esta formulación aún sesgada, en comparación con lo que el principio de igualdad implicará más tarde, resultaba perfectamente congruente con el pensamiento burgués: la acción de gobierno debía encaminarse a la protección en ciertas áreas y a la creación, en otras, del libre mercado.

Así, la Constitución de 1789 estableció en su artículo 6o. el principio de igualdad, sólo en el sentido de que nadie tenía un derecho innato a asumir el poder en la sociedad y en el Estado, sino que cualquiera era abstractamente idóneo para ejercerlo en la medida en que su capacidad, su inteligencia o su fortuna se lo permitieran. El párrafo 2o. del mismo artículo expresaba también esta idea, al establecer el igual derecho de todos los ciudadanos a tener acceso a los cargos y a los honores públicos.

Para que pudieran cubrirse los objetivos burgueses, era indispensable un sistema legislativo que tuviera como destinatario al conjunto de la sociedad, no tolerante ante diferencias o privilegios de los distintos grupos sociales. De esto se desprenden dos consecuencias en la formulación del principio de igualdad:

1. Las leyes tenían que ser universales y abstractas, y
2. El Estado burgués tendría que renunciar a actuar en el área socioeconómica, limitándose así a ordenar las relaciones de carácter civil, procesal, penal y nada más.

Así, la conexión entre el principio de igualdad y la generalidad de la ley hacía inútil la tarea de destacar los criterios de diferenciación en virtud de los cuales podrían establecerse lícitamente diferencias, ya que, llanamente, quedaba prohibida la consideración de cualquiera de éstos.¹⁶

¹⁶ Cfr. Suay Rincón, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Estudios de derecho público, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, pp. 24-29.

La formulación del principio en estos términos condujo a la supresión de la sociedad estamental y condujo a la igualdad legal de todos en el ejercicio de los derechos fundamentales. El principio de igualdad incrementó significativamente sus alcances; sin embargo, una perfecta igualdad ante la ley, si va acompañada de una profunda desigualdad en las condiciones económicas, no representa una adecuada y real garantía; antes bien, necesita venir reforzada por una reforma de la sociedad.

Hasta ahora, es posible identificar al menos algunas circunstancias históricas claves en el pensamiento filosófico y político por las cuales ha atravesado la idea de igualdad, que van, desde una mera percepción filosófica hasta su inclusión en un ordenamiento jurídico. Esta inclusión no se ha conseguido de la noche a la mañana, es, por el contrario, un logro que se consigue con esmerado esfuerzo de parte de las clases oprimidas inspiradas en las ideas de los pensadores de todos los tiempos.¹⁷

¹⁷ Es una línea muy larga la de los pensadores que han argumentado desde diversas perspectivas y en muy distintos momentos históricos a favor de la igualdad. La igualdad fue un principio central en las democracias de la antigua Grecia, de acuerdo con Charles Abernathy. Eurípides, por ejemplo, escribió que “la naturaleza dio a los hombres la ley de igualdad de derechos”. Platón y Aristóteles hicieron énfasis sobre la igualdad en sus escritos. Platón hablaba de la igualdad política entre hombres y mujeres; Aristóteles escribió sobre la necesidad de tratar a todos los ciudadanos de igual manera. Ambos dijeron también que aquellos que eran desiguales merecían un trato diferente. Aristóteles, por ejemplo, describió a algunos como esclavos por naturaleza.

Las nociones modernas sobre la igualdad pueden remitirse a filósofos como Thomas Hobbes y John Locke. Tanto Hobbes como Locke creían que las personas en el estado de naturaleza eran iguales. Todos eran igualmente libres en el estado de naturaleza y por tanto todos tenían los mismos derechos naturales. Jean-Jacques Rousseau escribió: “el contrato social establece una igualdad entre los ciudadanos tal que todos se comprometen a sí mismos en las mismas condiciones y tienen que disfrutar los mismos derechos... El soberano nunca tiene el derecho de gravar más a un sujeto que a otro, porque entonces el asunto se convierte en privado y el poder deja de ser competente”. Immanuel Kant escribió sobre la necesidad de tratar a todos los seres humanos igual como fines y no como medios para la realización de otros objetivos. Pensamientos como estos tuvieron una gran influencia en las revoluciones de los siglos XVIII y XIX en Europa y América. Ver al respecto, Chemerinsky, Erwin, “Equality”, en

I. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MÉXICO

Un análisis de la igualdad en cualquier país en particular, supondría la elección de un punto de partida específico. En el caso de México, podría remontarse a la época precolombina y referirse a las distintas culturas y a sus sistemas de organización. Podría discutirse la naturaleza de los tributos o de las clases sociales en el imperio azteca en particular o bien, podría analizarse el sistema educativo.

Podría, por otro lado, adelantarse un estudio y comenzar a partir del derecho novohispano y discutir las distintas etapas, instituciones y ordenamientos que pudieran dejar ver las connotaciones que el contexto histórico específico arrojará sobre la igualdad. Sin embargo, y como se ha señalado algunas líneas arriba, habrá de escogerse un punto de partida para el análisis del principio de igualdad en México.

El siglo XIX es un buen comienzo, en el sentido de que el principio de igualdad puede verse plasmado en los documentos que a partir de este periodo lo incluyen de una u otra forma y porque son documentos que hoy se identifican como antecedentes de la Constitución mexicana vigente. Así por ejemplo, el Plan de Iguala de 1821, el Acta Constitutiva de la Federación de 1824, las Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, la Constitución de 1857, el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865 y finalmente, la Constitución de 1917, pueden proporcionar datos suficientes que permitan deducir el camino y alcance que el principio de igualdad ha tenido en el devenir histórico, así como también son datos que pueden ser útiles para explicar y prever los alcances que supondría en un futuro.¹⁸

Gray, Christopher (ed.), *The Philosophy of Law Encyclopedia*, vol. I, Nueva York y Londres, Berry Garland Publishing, Inc., 1999, pp. 262-265.

¹⁸ Para un estudio completo de la evolución del principio de igualdad en el México independiente, Ferrer Muñoz, Manuel, "Pueblos indígenas en México en el siglo XIX: la igualdad jurídica, ¿eficaz sustituto del tutelaje tradicional?",

Puede esquematizarse este devenir del principio de igualdad de la siguiente manera:

- a) Plan de Iguala de 1821: Las voces en demanda de justicia y de igualdad encontraron un importante sustento en las bases del Plan de Iguala, en donde se garantizó la protección de varios derechos individuales, entre ellos, la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, “sin distinción alguna de europeos, africanos, ni indios” (artículo 12), y el respeto y protección a las personas y propiedades (artículo 13).¹⁹
- b) Acta Constitutiva de la Federación de 1824: El Acta Constitutiva de la Federación, de 3 de febrero de 1824 incluyó en su artículo 30 la imposición a la nación del deber de “proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano”. El principio de igualdad aparece también en el artículo 19 en donde dice: “Ningún hombre será juzgado en los Estados o Territorios de la federación, sino por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se les juzgue. En consecuencia, quedan para siempre prohibidos todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva”.²⁰ En el mismo sentido, en la Carta Fundamental de 1824 tampoco existió un explícito reconocimiento de la igualdad ante la ley, y se permitió la pervivencia de los fueros eclesiástico y militar. El articulado del texto constitucional no incluía referencia clara; tan sólo en el manifiesto con que fue anunciado por el Congreso se aludía al anhelo de las nuevas generaciones mexicanas por “hacer reinar la igualdad ante la ley”

La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente, México, UNAM, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie L, d) Historia del derecho, núm. 2, 1998, pp. 163-184.

¹⁹ Plan de Iguala, 24 de febrero de 1821. El artículo 12 omitió la referencia explícita a europeos, africanos e indios en la redacción final, ver Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 265.

²⁰ *Ibidem*, p. 304.

como uno de los más caros deseos de los legisladores constituyentes.²¹

- c) **Leyes Constitucionales de 1836 (Siete Leyes):** Aunque las Leyes Constitucionales de 1836 no explicitaban la igualdad de los mexicanos, la garantizaban de modo indirecto. Así, después de que los artículos 2o. y 3o. de la primera de esas leyes enunciaban los derechos y obligaciones del mexicano, el artículo 4 disponía: “Los mexicanos gozarán de todos los otros derechos civiles y tendrán todas las demás obligaciones del mismo orden que establezcan las leyes”.²² El sentido de las Siete Leyes discurría, sin embargo, por cauces muy ajenos a la igualdad de oportunidades, pues reservaba a la plutocracia el acceso al Supremo Poder Conservador, a la representación nacional, a la presidencia de la República, al Consejo de Gobierno, a las gubernaturas de los departamentos, a las prefecturas y a las subprefecturas y a los ayuntamientos. Incluso se restringían los beneficios de la ciudadanía a “todos los comprendidos en los cinco primeros párrafos del artículo 1,²³ que tengan una renta anual lo menos de 100 pesos, proceden-

²¹ El artículo 154 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824, dispuso: “Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos a las autoridades a que lo están en la actualidad según las leyes vigentes”, ver p. 337.

²² Leyes Constitucionales (Siete Leyes), México, 30 de diciembre de 1836, p. 349.

²³ Leyes Constitucionales de 1836, Artículo 1. Son mexicanos:

1. Los nacidos en el territorio de la República de padre mexicano por nacimiento o por naturalización.

2. Los nacidos en país extranjero de padre mexicano por nacimiento, si al entrar en el derecho de disponer de sí, estuvieren ya radicados en la República, o avisaren que resuelven hacerlo, y lo verificaren dentro del año, después de haber dado el aviso.

3. Los nacidos en territorio extranjero de padre mexicano por naturalización, que no haya perdido esta cualidad, si practican lo prevenido en el párrafo anterior.

4. Los nacidos en el territorio de la República de padre extranjero que hayan permanecido en él hasta la época de disponer de sí y dado al entrar en ella el referido aviso.

te de capital fijo ò mobiliario, ò de industria ò trabajo personal honesto y útil à la sociedad” (ley primera, artículo 7, fracción 1a.); y se permitía la subsistencia de los fueros eclesiástico y militar (ley quinta, artículo 30).

- d) Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843: Las Bases para la Organización Política de la República Mexicana de 1843 excluían una declaración formal del principio de igualdad y, al igual que el ordenamiento anterior, estructuraban un sistema donde la posesión de capital condicionaba el ejercicio del voto y el acceso a la ciudadanía y a los puestos más relevantes del Estado. Poco importaba, a fin de cuentas, la prohibición de la esclavitud en el territorio de la nación establecida por la fracción 1a. del artículo 9.²⁴ Entre los requisitos señalados por el artículo 18 de las Bases para tener acceso a la ciudadanía se determina el disfrute de “una renta anual de doscientos pesos por lo menos, procedente de capital físico, industria ò trabajo personal honesto”, susceptible de ser modificada en su cuantía por los congresos constitucionales, “según las circunstancias de los Departamentos”. El mismo artículo incluía otras restricciones que, dado el tremendo rezago educativo de los indígenas, no podían dejar de afectarles: “desde el año de 1850 en adelante los que llegaren à la edad que se exige para ser ciudadano, además de la renta dicha antes para entrar en ejercicio de sus derechos políticos, es necesario que sepan leer y escribir”.²⁵ Restaría advertir

5. Los no nacidos en él, que estaban fijados en la República cuando ésta declaró su independencia, juraron la acta de ella, y han continuado residiendo aquí. *Ibidem*, p. 347.

²⁴ Bases Orgánicas de la República Mexicana, de 12 de junio de 1843, pp. 399-438.

Artículo 9. Derechos de los habitantes de la República.

I. Ninguno es esclavo en el territorio de la nación, y el que se introduzca, se considerará en la clase de libre, quedando bajo la protección de las leyes.

²⁵ *Ibidem*, pp. 403 y 404.

que, al igual que sus antecesoras —las Leyes Constitucionales de 1836—, las Bases preveían la continuación de los fueros eclesiástico y militar.

- e) Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 1857: Como los anteriores textos fundamentales, la Constitución de 1857 hacía mayor énfasis en la libertad que en la igualdad. Por eso no se encuentra en ella un enunciado sobre el principio igualitario comparable en solemnidad al formulado en su artículo 2o.: “en la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobrarán, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho à la protección de las leyes”; o al contenido en el artículo 5o.: “la ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida, ò el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre”.

Los artículos que se referían más explícitamente a la salvaguarda de la igualdad fueron el 12 y el 13. El primero de ellos prohibía el reconocimiento de títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios, en tanto que el segundo excluía las leyes privativas y los tribunales especiales: “ninguna persona ni corporación puede tener fueros, ni gozar emolumentos que no sean compensación de un servicio público, y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar. La ley fijará con toda claridad los casos de esta excepción”.

Quedaba también manifiesta la igualdad por el artículo 34 que, al precisar los requisitos necesarios para ser ciudadano de la República, excluía por vez primera, la obligación de poseer unos determinados ingresos y se limitaba a exigir que se dispusiera de un modo honesto de vivir. En la misma línea, el artículo 35 concedía a todos los ciudadanos sin discriminación el derecho a votar en las elecciones populares, y a “poder ser votados para todos los cargos de elección popular y nombrados para cualquier otro empleo ò

comisión, teniendo las calidades que la ley establezca” (fracciones 1a. y 2a.).²⁶

- f) Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865: El Estatuto Provisional del Imperio mexicano, del 10 de abril de 1865, en el Título XV, De las garantías individuales, artículo 58, establece que: “El Gobierno del Emperador garantiza a todos los habitantes del Imperio, conforme a las prevenciones de las leyes respectivas:

- La igualdad ante la ley.
- La seguridad personal.
- La propiedad.
- El ejercicio de su culto.
- La libertad de publicar sus opiniones.

Este Estatuto, conserva además la prohibición de la esclavitud y, así como la Constitución Federal de 1857, tampoco exige una renta determinada para tener la calidad de ciudadano”.²⁷

- g) Constitución de 1917: La Constitución del 5 de febrero de 1917, en el artículo 1o. señala: “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”. Asimismo, conserva en el artículo 2o. la prohibición de la esclavitud. No representa ningún salto de gran alcance en materia de igualdad; sin embargo, contiene disposiciones que siguen vigentes y de las cuales se desprenden algunos alcances específicos del principio de igualdad, tales como el artículo 12 que persiste con la redacción original hasta ahora, lo mismo que el 13 cuya redacción es también la misma.

²⁶ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1857, pp. 451-477.

²⁷ Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, pp. 479-492.

Después de este breve recorrido, puede identificarse que algunos de los obstáculos más evidentes que tendría que sortear la igualdad, se encontraban en las diferencias de ingreso que condicionaban la obtención de la ciudadanía y con ello, los derechos que de ella emanan tales como el voto y la eventual participación en los cargos representativos.

Por otro lado, puede constatarse también, que fue hasta 1857 cuando las manifestaciones más explícitas de la igualdad cobraron vigencia con la abolición constitucional de los títulos de nobleza y con la instauración de la igualdad ante la ley a través de la prohibición de leyes privativas y de tribunales especiales. Fue también hasta este año, que el ingreso percibido dejó de ser condicionante para la obtención de la ciudadanía. Sin embargo, la situación de los “indios” no logró alcanzar un mejor nivel con el reconocimiento de su ciudadanía. La sociedad mexicana seguía siendo clasista y la condición de los indígenas seguía siendo la más baja. El concepto de igualdad se estableció como mero discurso, muy lejos de una práctica política y social concreta. El término “indio” continuaba siendo discriminatorio, servía para acentuar las diferencias raciales y la continuidad de los privilegios. Incluso hubo algunos pueblos, más alejados del centro de la ciudad, que invocaron su calidad de indígenas para expresar su miseria, y lograr así que el ayuntamiento dispusiera la instalación de escuelas pías dentro de sus límites.²⁸

Ante su estado de debilidad económica, la libertad que la independencia había prometido a los indios, denunció su nula operatividad al tener los indios que hipotecar su libertad en las haciendas y además frente a un sistema tributario muy alejado de la idea de equidad. La situación económica empeoró al tiempo que imperó un sistema jurídico individualista ajeno a las tradiciones y costumbres indígenas. En efecto, los indios se convirtieron en ciudadanos incapaces de ejercer sus derechos en una

²⁸ Cfr. Ferrer Muñoz, Manuel, *op. cit.*, nota 18, pp. 172 y 173.

esfera de igualdad. John Stephens relata lo acontecido en las elecciones de Nohcacab para designar a los alcaldes de las norias de esta manera: "...van al pueblo a votar unánimes en opinión y objeto, sin parcialidades ni preocupaciones en pro o en contra de hombres o medidas [...] porque en general no tienen ni la más remota idea del individuo por quien sufragan, y todo lo que tienen que hacer se reduce simplemente a poner en una caja un pedacito de papel que les da el amo o el mayordomo, y por lo cual se les concede un día de holganza".²⁹

Por tanto, es posible afirmar que el siglo XIX terminó sin que la ficción igualitaria adquiriera contornos reales ni económicos ni políticos, al tiempo que la historia de México seguía trazada con un sello claramente discriminador.

II. EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado puede ofrecer un panorama amplio a la vez que muy nutrido de los alcances que el principio de igualdad iría consiguiendo paulatinamente. En este apartado se rendirá cuenta de las distintas implicaciones de la igualdad llevada al derecho en distintos ordenamientos, aunque sin reparar exhaustivamente en la explicación de las diversas manifestaciones de la igualdad. El análisis de cada una de las perspectivas y alcances del principio de igualdad se llevará a cabo en los siguientes capítulos; baste para este punto, conocer el devenir del principio en distintas latitudes; las nuevas y cada vez más sofisticadas estrategias que se irán sumando en distintas épocas y que se harán presentes en los distintos ordenamientos jurídicos.

Un panorama general del principio de igualdad en algunos sistemas jurídicos, permite ofrecer un preámbulo sobre la problemá-

²⁹ Stephens, John L., *Viaje a Yucatán 1841-1842*, 2 vols., México, Museo Nacional de Arqueología, Historia y Etnografía, 1937, vol. I, p. 234. Citado por Ferrer Muñoz, Manuel, *op. cit.*, nota 18, p. 183.

tica constitucional de la igualdad, la cual evidencia la necesidad de abordar el principio de igualdad de manera puntual, a través de la explicación de cada una de sus diferentes manifestaciones; para corroborar lo anterior, considérese el recorrido que a continuación se ofrece.

El principio de igualdad, una vez incluido en los ordenamientos jurídicos, comienza a demandar la igualdad en derechos. Así fue después de la Revolución Francesa: “los hombres nacen libres e iguales en derechos”. Esto supone un primer alcance de la igualdad, que se hace explícito a través de los enunciados constitucionales que asignan los derechos a “todos”, eliminando con ello privilegios basados en el nacimiento.

Sin embargo, el alcance del principio de igualdad no terminaría aquí. Tal y como se ha visto en el devenir histórico del principio de igualdad en el ordenamiento constitucional mexicano, la igualdad se manifiesta también a través de prohibiciones tales como las de leyes privativas y tribunales especiales, cuyas implicaciones se harán cada vez más explícitas.

En Estados Unidos, la doctrina de la igualdad está consignada en la Declaración de Independencia y fue incorporada a la Constitución a través de la enmienda catorce tras la Guerra de Secesión. Esta inclusión estuvo decididamente influenciada por las fuerzas abolicionistas.

La cláusula de la igual protección fue diseñada para imponer a los estados el deber de suministrar la protección de todos los derechos a todas las personas, especialmente para proteger los derechos a la vida, la libertad y la propiedad y garantizarlos a todas las personas de la misma manera. Supone no sólo una nueva concepción de la igualdad, en relación con los tratamientos, sino que supone, además, dar una base jurídica para un tratamiento judicial de las medidas legislativas que pudieran contradecir ese principio de igualdad. A diferencia de la *Privileges and Immunities Clause*, del artículo 4.2 de la Constitución norteamericana, que impone un mandato de equiparación de los ciudadanos de cada estado con los de los otros estados, la *equal protection clause* supone una genera-

lización más amplia del principio de igualdad, aplicando la prohibición de preferencias injustificadas a todas las posibles clasificaciones diferenciadoras. En un primer momento pareció implicar tan sólo una demanda dirigida hacia la administración en el sentido de que todas las personas deben ser iguales ante la ley y de que la justicia debe ser la misma sin considerar la riqueza o el color de la piel. Sin embargo, muy pronto esta cláusula sugeriría enfáticamente que era mucho más que un simple reforzamiento de las leyes e implicaría además que la ley en sí misma tenía que ser “igual”. En 1886, en el caso *Yick Wo v. Hopkins*, el juez Matthews sostuvo que “La igual protección de las leyes es una garantía de la protección a través de leyes iguales”. Esta frase ha sido citada con frecuencia y nunca ha sido cuestionada por la Corte. Es una aseveración que deja sin duda el hecho de que la igualdad en la ley así como la igualdad en su administración están previstas en dicha cláusula, misma que en consecuencia ha operado en tres líneas principalmente. Primera, como un límite a las clasificaciones legislativas; segunda, como mecanismo de defensa contra la legislación discriminatoria y, en tercer lugar, comparte con la cláusula del debido proceso (*due process clause*), la tarea de imponer límites al ejercicio del poder público.

Lo importante de esta regla es la dinámica judicial que provoca, al permitir una revisión judicial de las clasificaciones y diferencias creadas por la ley, es decir, un *judicial scrutiny of the State's justifications*.³⁰

En el marco europeo, en Alemania, el tema de la igualdad y sus alcances se planteó a la jurisprudencia constitucional en la República de Weimar y aunque no faltaron voces favorables a ello, la doctrina dominante y la propia jurisprudencia sostuvieron una postura negativa incluso a través del argumento semántico, de que la

³⁰ Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. XXXVII, núm. 3, septiembre de 1949, pp. 341 y ss. Se trata de un estudio hecho clásico sobre la enmienda 14 y la cláusula del debido proceso.

Constitución hablaba de *Gleichheit von dem Gesetz* (de igualdad ante la ley) y no de *Gleichheit durch das Gesetz* (igualdad en la ley). El mismo debate se produce en Austria, donde, sin embargo, alguna decisión de los primeros años treinta admite la aplicación del principio de igualdad al contenido de la ley. Este criterio se va a generalizar en la doctrina y en la jurisprudencia austriaca tras la restauración del sistema democrático, como también ocurrirá en la República Federal Alemana, de cuyo Tribunal Constitucional formará parte Leibholz, un conocido defensor del concepto de igualdad en el contenido de la ley. En esta concepción la igualdad se refiere también al contenido de la ley. No se trata sólo de que se asegure el respeto de la igualdad “según su derecho”, sino “en su derecho”, en la medida en que el legislador se encuentra vinculado al contenido material del principio de igualdad, y en la medida, además, en que el individuo tiene reconocido un derecho a que en la regulación jurídica que se le aplique, el legislador haya observado ese principio de igualdad.

En consecuencia, la libertad de conformación del legislador encuentra límites en el respeto del principio de igualdad. Este principio no significa ya sólo una referencia a la forma externa del mandato legal, sino al contenido jurídico-material del mandato legal. Se produce una reinterpretación del principio de igualdad, cuyo punto de partida es su conexión con la justicia, lo que permitirá reinterpretar el principio de igualdad como un mandato al legislador que va más allá de la mera realización de la legalidad.

Pese a las dificultades que plantea la vinculabilidad de la igualdad a la tarea legislativa, lo cierto es que en el sistema alemán, queda consagrada sin reticencias e influye de modo decisivo en otros sistemas constitucionales, e incluso en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta influencia es particularmente significativa en el caso italiano. El artículo 3.1 de la Constitución italiana ha venido siendo progresivamente interpretado como incluyendo un principio de igualdad en el contenido de la ley, que vincula también al poder legislativo. Aún más, dicho precepto se

ha convertido “en la práctica constitucional” en el parámetro prevalentemente utilizado por la *Corte Costituzionale* para valorar la constitucionalidad de las leyes. En efecto, se ha estimado que la igualdad no se respetaría si se sometiesen a ella sólo los que tienen que aplicar las leyes, y no los que tienen que establecerlas y de este modo el principio de igualdad no sólo define la fuerza y eficacia de la ley, sino que también afecta al propio contenido de la ley y vincula y sujeta al poder legislativo. Curiosamente, para llegar a esta conclusión, la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana partió de la prohibición específica de discriminaciones que se contiene en el propio artículo 3.1, entendida como elenco de calificaciones subjetivas vedadas como elementos de distinción o diferenciación (sexo, raza, lengua, religión, etc.). Como la propia Constitución contiene mandatos específicos que proscriben tener en cuenta estas distinciones, vino a concluirse que la prohibición específica de operar distinciones con base en estos datos personales, no podía interpretarse rígidamente como una parificación absoluta de trato: el principio de igualdad prohíbe distinciones fundadas en el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o las condiciones personales y sociales, salvo que aquellas sean “razonablemente justificadas”. Cuando la distinción sea arbitraria o irrazonable, el principio debe considerarse violado. No es por tanto el simple hecho de la distinción, sino su irrazonabilidad o injustificación, lo que lesiona la igualdad.

Esta interpretación hace perder incisividad a la prohibición de no discriminación, al admitir distinciones por las circunstancias que la Constitución veda expresamente, siempre que se estimen razonables. Pero a la vez permite extender la prohibición de distinciones, más allá del elenco constitucional, a toda distinción que se estime como irrazonable. Es decir, el principio de igualdad en el contenido de la ley es interpretado como prohibición genérica de distinciones irrazonables operadas por el legislador, y la lista de circunstancias que contiene el artículo 3, como una mera presun-

ción de irrazonabilidad (que admite prueba en contrario) de ciertas prohibiciones.³¹

En el sistema constitucional francés el reconocimiento del principio de igualdad como límite general a la actividad legislativa, sometida además a control judicial del *Conseil Constitutionnel* es bastante más reciente que en otras experiencias europeas, y ello tanto por la propia tradición francesa de considerar la ley como expresión de la voluntad general, como por la falta de consagración general expresa en el texto constitucional. En éste se contiene la prohibición de discriminaciones específicas y durante mucho tiempo se entendió que, *a contrario sensu*, todas las demás distinciones se encontraban autorizadas para el legislador. Es en los años sesenta cuando el *Conseil Constitutionnel* busca la base más sólida para la aplicación del principio en un bloque de constitucionalidad que incluye el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, en segundo lugar, llega a sostener que no se trata sólo de afirmaciones de la igualdad de los ciudadanos ante la ley (al nivel de su aplicación), sino también en el seno mismo de la ley (al nivel de su formulación), lo que implica que en su actividad normativa, el Parlamento no puede introducir en la ley cualquier criterio de distinción.

En sus primeras formulaciones, el *Conseil* había tratado algunas manifestaciones específicas del principio, particularmente del principio de igualdad ante la justicia, construyendo en torno a ésta un concepto de igualdad admisible, que permite diferencias de trato justificadas por una diferencia de situación, basadas en un criterio de distinción objetivo y no vedado, y que suponga una diferenciación compatible con la finalidad perseguida por la ley. Este criterio va a aplicarse a otras manifestaciones específicas del principio de igualdad; y luego, de forma más extensa, como principio general a respetar por el legislador, al que se le veda el esta-

³¹ Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 28-35.

blecer regímenes jurídicos que supongan un tratamiento diferenciado de los ciudadanos cuando la distinción no esté justificada por una diferencia objetiva de situación, o no sea conforme a la finalidad de la ley. Esta evolución jurisprudencial supone una transformación del principio, que convierte la igualdad infralegislativa en una norma constitucional, vinculante para el legislador, cuya observancia es condición de la validez interna de la propia ley y que además afecta, no a dominios materiales concretos, sino a todas las materias: concierne a la actividad legislativa independientemente de su dominio, incluidos los casos en los que la ley pone en actuación un principio constitucional. Sin embargo, en el caso francés este reconocimiento del principio es bastante más polémico que en otras experiencias europeas y además tiene un alcance bastante más limitado: por ello se ha podido decir que es un principio relativo y de contenido residual, que aunque muy abierto y con una vocación general, que incluye un dominio teóricamente muy vasto de todos los actos legislativos “sea cual sea su objeto”, su eficacia real es muy limitada por la utilización de ciertas técnicas restrictivas por el juez constitucional, en el momento de controlar el respeto de la igualdad por un determinado texto legal.³²

El estudio del principio de igualdad en el contexto español es poco más reciente. Las tareas en este sentido comenzaron a ser abundantes a raíz de la Constitución española de 1978, la cual, introduce el término “discriminación” en una cláusula de igualdad formal en donde hace explícita la prohibición de discriminar por diversos criterios particularmente odiosos: “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”. Este artículo encuentra un apoyo sustancial en el artículo 9.2 del texto constitucional español, en donde puede encontrarse evidencia de una cláusula de

³² Para un estudio completo del caso francés en la actualidad, ver Belloubet-Frier, Nicole, “Le principe d’égalité”, *L’Actualité juridique-Droit administratif*, Francia, núm. especial, julio-agosto, 1998, pp. 152 y ss.

igualdad material al asignar a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, llevando así al principio de igualdad al terreno de los hechos.

III. SENTIDO ACUMULATIVO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad ha ido teniendo distintas concepciones en el devenir histórico y sus alcances han sido también distintos; estos últimos han ido en aumento en atención a los procesos sociales que les han dado cabida. El derecho comparado puede ofrecer un panorama amplio a la vez que muy nutrido de los alcances que el principio de igualdad iría consiguiendo paulatinamente. En este apartado se rendirá cuenta de las implicaciones de la igualdad llevada al derecho en distintos ordenamientos, aunque sin reparar exhaustivamente en la explicación de las distintas manifestaciones de la igualdad. Este análisis se llevará a cabo en los siguientes capítulos; baste para este punto conocer el devenir del principio en distintas latitudes, las nuevas y cada vez más sofisticadas estrategias que se irán sumando en distintas épocas y que contagiaron a otros ordenamientos. Un panorama general del principio de igualdad en algunos sistemas jurídicos permite ofrecer un preámbulo que deja sin duda la necesidad de abordar el principio de igualdad de manera puntual, a través de la explicación de cada una de sus diferentes manifestaciones; para corroborar lo anterior, baste el recorrido que a continuación se ofrece.

En una primera fase, a la que se ha hecho referencia a partir de la filosofía estoica (300 a. C.), el principio de igualdad tenía un peso puramente descriptivo, que unía a los hombres por pertenecer a un género con una cualidad común: la razón. Más tarde, en la Edad Media, el cristianismo concibió a los hombres como iguales desde una perspectiva divina, es decir, como creados por Dios y hechos a

su semejanza. Perspectiva esta, con una implicación meramente moral, todavía muy lejana a posibles consecuencias jurídicas.

La Revolución Francesa se erige como uno de los pilares más fuertes que dotan de un contenido mucho más perceptible al principio de igualdad a través de la Declaración de 1789, en donde se afirma una igualdad de todos los hombres con implicaciones mucho más específicas pero que, sin embargo, no alcanzan a todos los grupos sociales y constituyen beneficios para una clase en particular: la burguesía.

Una vez que se consigue la inclusión del principio de igualdad en distintos ordenamientos jurídicos posteriores a la Revolución, el principio cobra positividad y el caso mexicano no es en este sentido la excepción. No obstante, la experiencia no es del todo afortunada, la abolición de la esclavitud y los derechos civiles alcanzados paulatinamente, no mejoraron significativamente la situación de las clases económicamente más débiles del territorio mexicano, toda vez que la discriminación racial y la desigualdad económica condicionaban y limitaban un ejercicio efectivo de los derechos alcanzados.

En síntesis, el principio de igualdad ha pasado de ser una mera declaración filosófica-moral, a ser una obligación jurídica de tratar a todas las personas con las mismas leyes sin distinción, destruyendo así los privilegios de unos cuantos. Así por ejemplo, la discriminación racial fue en el caso de los Estados Unidos, un detonador importante para la evolución del principio de igualdad, llegando éste a tener alcances mayores; implicando, por una parte, la igualdad ante la ley y además en el contenido de la ley.

El principio de igualdad, como se ha visto, se impone tanto a jueces como a legisladores, si se considera que además de tratar de la misma manera situaciones iguales, habrán de existir leyes en las que no quede de discriminación.

En otros ordenamientos, como el español, se incluye una perspectiva quizá la más reciente en la historia del principio de igualdad que es la manifestación material de la igualdad, en donde se deben

promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En suma, son variadas las manifestaciones de este principio y se han ido propagando paulatinamente entre los distintos ordenamientos jurídicos en distintas etapas, haciendo del principio de igualdad, un concepto aglutinador que ha ido incrementando sus alcances paulatinamente. En este sentido, en algunos países las implicaciones de la igualdad son de muy largo alcance y su experiencia, además de antigua, es mucho muy sofisticada.

Capítulo tercero	
IGUALDAD ANTE LA LEY	47
I. Generalidad de la ley	50
II. Principio de legalidad e igualdad ante la ley	54
III. Igualdad ante la ley como igualdad de inicio	59

CAPÍTULO TERCERO

IGUALDAD ANTE LA LEY

El Estado contemporáneo fue precedido por otras formas de organización que a través de sus instrumentos jurídicos fomentaban las desigualdades. Así, en el Estado feudal, la organización social y económica giraba en torno a un señor feudal que era dueño de todos los medios de producción y al cual debían rendirle tributo los vasallos o siervos. El señor, sus descendientes y allegados, terminaban por ser dueños prácticamente hasta de la libertad y de la conciencia de los habitantes de su demarcación territorial y dicho privilegio se transmitía por generaciones.

Una forma de organización más desarrollada fue el Estado estamental, el cual era la organización política conformada por diversos órganos colegiados, o estados, que reunían a los individuos que tenían una posición social común, precisamente, los estamentos, cuyos derechos y privilegios los hacían valer frente a quienes tenían en sus manos el poder soberano, mediante asambleas deliberantes como los parlamentos.

De esta manera, en la baja Edad Media empezó a darse la presencia de múltiples formas de organización política que contaban con estos cuerpos que disputaban el poder a los monarcas, eran Estados con asambleas como Inglaterra y Estados estamentales con cuerpos diferentes, como el caso de Francia, en donde existía el del clero, el de la nobleza y el de la burguesía.

De una forma u otra, la formación de instituciones que representaban intereses de grupo y que hacían contrapeso a la potencia del príncipe, fue un elemento común de todos los Estados euro-

peos entre el final del medioevo y el principio de la época moderna. Esta forma de organización estamental sufrió un desarrollo diferente en cada caso, pero es posible señalar dos grandes vertientes.

Por un lado, se desarrollaron las monarquías absolutas, como fue el caso de España y Francia, y por el otro, se desarrollaron los Estados parlamentarios, como sucedió en Inglaterra. Numerosos acontecimientos provocarían el cambio de formas de organización y convivencia, tales como: el proceso de cambio en la mentalidad, de una sociedad influenciada por la religión en todos los ámbitos de la vida y la moral, a una sociedad secular; el crecimiento demográfico y sus efectos en las actividades productivas, creando una nueva clase: la burguesía; y el auge de la ciencia y la proliferación de nuevas ideas en todas las áreas del conocimiento.

Todos estos fenómenos contribuyeron a la transformación definitiva de las estructuras sociales dando fin al “antiguo régimen”. Primero en Inglaterra, la llamada “Revolución Gloriosa” de 1688, luego la Independencia y Constitución estadounidense de 1787 y finalmente en Francia, la Revolución de 1789. Estos serían los principales acontecimientos que marcarían una nueva etapa en la sociedad occidental y en las formas de organización política. Puede concluirse que los antecedentes de la igualdad ante la ley se encuentran en las primeras revoluciones liberales y en específico, en la ideología imperante del liberalismo.³³

Por tanto, el principio de igualdad ante la ley se trataba en sus orígenes de un precepto rupturista con un pasado desigualitario de la sociedad estamental: se rechazan privilegios y exenciones, y se somete al conjunto de ciudadanos a un mismo ordenamiento jurídico igual para todos. La implantación de un sistema regulador de carácter igualitario, marca así el paso del privilegio al derecho.

³³ Concha Cantú, Hugo, “Comentario al artículo 12 constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana, comentada y concordada*, 16a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 146 y 147.

En la época liberal la igualdad ante la ley significó la inexistencia de privilegios, la eficacia *erga omnes* y, en consecuencia, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. El entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce.³⁴

La igualdad ante la ley fue así una conminación para aquellos que aplican la ley a no hacer distinciones o excepciones que no estuvieran previstas por la propia ley. Nacida de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que afirma la universalidad de los derechos, esta igualdad crea un derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en los derechos. Así concebido, este principio está llamado a garantizar una aplicación idéntica de la ley sin consideración de quien se trate y así reducido a un imperativo de igualdad ante la ley, la igualdad puede confundirse con el principio de legalidad porque la actuación de los poderes públicos se limitará a lo que las leyes dispongan.³⁵

En efecto, hasta ahora se trata de una igualdad que se limita a la aplicación del derecho de acuerdo con su propio sentido, con exclusión de cualquier otra consideración. Ésta, podría decirse que es una “igualdad rígida”.

La “igualdad ante la ley” no significa otra cosa sino que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. Si el derecho otorga derechos políticos solamente a los hombres y no a las mujeres, a los ciudadanos nativos y no a los extranjeros, a los miembros de una determinada religión o raza y no a los de otra; se respetará el principio de igualdad ante la ley cuando los órganos

³⁴ Cfr. Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 25.

³⁵ Cfr. Belloubet-Frier, Nicole, “Le principe d'égalité”, *op. cit.*, nota 32, p. 153.

encargados de la aplicación del derecho, resuelvan en los casos concretos que una mujer, un ciudadano extranjero o un miembro de una religión o raza determinada no tiene derecho político alguno. Este principio expresa únicamente que el derecho deberá ser aplicado de acuerdo con su propio sentido. Es el principio de juridicidad o de legalidad, que por su propia esencia es inmanente a todo ordenamiento jurídico.

Esta exigencia del principio de igualdad puede significar únicamente que el orden social, en el otorgamiento de derechos y en la imposición de deberes, debe hacer caso omiso de ciertas desigualdades.³⁶

La igualdad ante la ley, a pesar de su estrechez, tiene dos importantes implicaciones a partir de su establecimiento en el artículo 1o. de la Declaración de 1789: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y en su artículo 6o.: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos”.³⁷ Se trata, por un lado, de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento y, por otro lado, de la demanda de generalidad de la ley.

I. GENERALIDAD DE LA LEY

La palabra ley, aplicada a los fenómenos de la naturaleza, enuncia que en presencia de una cierta causa se producirán determinados efectos, siempre que se presente el conjunto de condiciones para que estos efectos tengan lugar. La ley natural expresa así una relación necesaria entre el efecto y su causa.

³⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, cit., nota 5, pp. 48-51.

³⁷ Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., nota 14, p. 1427.

Es diferente el concepto de ley desde el punto de vista jurídico. La etimología de la palabra indica que la voz *lex* deriva de *ligare*, aquello que liga u obliga. Sugiere también la idea de orden, de imposición, de mandato y a la vez la existencia de una autoridad investida del poder suficiente para hacer efectiva esa orden imperativamente formulada.

Como fuente de derecho, la ley ha sido definida como una regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza. Se distingue de la costumbre en que en tanto ésta tiene un carácter espontáneo, la ley es un fruto reflexivo de la actividad del legislador. En este sentido, la fuente del derecho legislado no es propiamente la ley, sino el proceso legislativo.

La ley, como expresión de un mandato jurídico y según la concepción tomista, debe tener: a) *legitimidad interna*, pues quien la promulga o la impone, debe tener potestad legítima, esto es, competencia; b) ha de ser una *orden* o mandato y no simple expresión de un consejo o de una buena intención; c) provendrá de un *poder soberano*, lo que quiere decir que ha de tener origen en el más alto poder (en la voluntad general) y d) ha de tener por finalidad la *organización* de la comunidad.

De estas características de la ley, deriva en última instancia, su fuerza de obligar, su calidad de acto de imperio. La ley no debe ser elaborada para regular casos específicos, concretos y determinados, ni debe ser aplicable solamente a ciertas y determinadas personas con exclusión de cualesquiera otras. De ahí deriva que el precepto legal ha de ser enunciado en forma general, es decir impersonal; ha de ser además, enunciado en forma abstracta, es decir objetiva. La ley debe ser general, en cuanto sus disposiciones son aplicables a un número indeterminado de personas; esto es, a todos aquellos que se encuentran en la situación prevista en la ley, como el supuesto considerado que condiciona su aplicación y debe ser abstracta, porque el mandato contenido en la norma es aplica-

ble en todos los casos en que se realicen los supuestos previstos en la hipótesis contenida en la norma.³⁸

Que la ley sea general significa, en suma, que es aplicable a todas aquellas personas destinatarias de su supuesto. Generalidad no quiere decir proyección hacia todos los individuos, pues comúnmente son sólo unos a quienes sus efectos van dirigidos.

Para medir los alcances de la generalidad de la ley, debemos tener en cuenta la materia que ésta regula y determinar con ello quiénes son sus destinatarios, a todos los cuales les será aplicable. Ejemplo de lo anterior es el caso de las obligaciones contenidas en el artículo 36 constitucional dirigidas a los ciudadanos mexicanos, en quienes queda circunscrita su proyección de aplicatoriedad y por ende, dichas obligaciones no son oponibles y tampoco tienen que ser observadas por quienes aun siendo mexicanos no hayan alcanzado la calidad de ciudadanos.

Se dice que es ley general, porque se pronuncia no para determinadas personas en particular, sino para todas aquellas, en general, que pueden quedar comprendidas dentro de la hipótesis de la norma; por ejemplo, las leyes que se refieren a los cónyuges, obligan a todos los que se colocan dentro de la hipótesis de la norma, así, a todos los casados.

La generalidad es, por otra parte, una característica constitucional de la ley, que prohíbe las leyes privativas o particulares, ya que por medio de la generalidad de la ley, se asegura la libertad de todas las personas, siempre que la ley nunca dispone para una persona en particular.³⁹

La Constitución mexicana, en el artículo 13 vigente, prohíbe la aplicación de leyes privativas precisamente en atención al principio de igualdad ante la ley y a la generalidad que debe regirla. Sin embargo, es prudente hacer una distinción con respecto a las leyes

³⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, cit.*, nota 8, pp. 50-53.

³⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 75 y 76.

privativas y a las leyes especiales. Al respecto, puede citarse la siguiente tesis:

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 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 la 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.⁴⁰

Así, se entienden como leyes prohibidas aquellas que se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y cuya vigencia se circunscriba a su aplicación a un caso en concreto. Estas leyes son las llamadas “leyes privativas”. Sin embargo, como sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos o a los locos igual que a los cuerdos, ¿cuáles son pues las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Esta es la pregunta decisiva⁴¹ y en atención precisamente a la necesidad de eliminar el absurdo por el cual todos serían tratados de la misma manera es que el derecho se sirve de categorías en la elaboración de las leyes. Se trata, en este sentido, de leyes (espe-

⁴⁰ Tesis del Pleno de la Suprema Corte, 18/98, novena época, *Semanario Judicial de la Federación*, marzo de 1998, p. 7.

⁴¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, cit., nota 5, p. 51.

ciales) que se aplican a una o varias categorías de personas que se encuentran relacionadas con el supuesto que las leyes prevén.

Si bien debe existir generalidad en la ley como garantía de igualdad ante la ley, los órganos encargados de hacer cumplir esa ley deben ser también generales, es decir, deben ser los mismos para todos. Por esta razón están prohibidos los tribunales especiales.

Son tribunales especiales aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que, una vez que realizan el juzgamiento que les ha sido encomendado, se extinguen. Son tribunales que no han sido creados por la ley con carácter permanente y que no han sido establecidos previamente a que ocurran los hechos materia de su competencia; es decir, son los llamados *tribunales por comisión, extraordinarios o ex post factum*.

Contra lo que pudiera pensarse de la expresión tribunales especiales, en ésta no quedan incluidos los tribunales que tienen competencia en determinadas materias, como los tribunales administrativos y los tribunales de trabajo, ya que todos ellos son tribunales creados por ley para conocer de un número indeterminado de asuntos, es decir, de todos aquellos que queden comprendidos dentro de su competencia específica.⁴²

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IGUALDAD ANTE LA LEY

La idea de que el principio de igualdad ante la ley se reduce a una aplicación de la ley tal y como está descrita y sin consideraciones de ningún tipo, identifica al principio de igualdad ante la ley con aquel de legalidad.

En efecto, el principio de legalidad establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la

⁴² Ovalle Favela, José, "Comentario al artículo 13 constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana comentada y concordada*, cit., nota 33, pp. 157 y 158.

sujeción de todos los órganos estatales al derecho; en otros términos, todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener apoyo estricto en una norma legal, la que, a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo “Estado de Derecho”.

El principio de legalidad se encuentra consagrado como derecho fundamental en el orden jurídico mexicano en los artículos 14 y 16, cuyos medios de defensa contra actos o leyes que violen las garantías individuales se encuentran establecidos en los artículos 103 y 107 de la Constitución. Sus antecedentes inmediatos provienen de la Constitución de 1857, la cual se inspiró en la institución del “debido proceso legal” (*due process of law*) incluida en la enmienda V y, posteriormente, la XIV, sección I, de la Constitución de Estados Unidos.

Hay que advertir, sin embargo, que la vinculación del principio de legalidad a todos los poderes del Estado se da en diferentes niveles. Así, tiene una presencia mucho más fuerte en el Ejecutivo que en el Jurisdiccional y finalmente, una apenas deducible influencia en el Legislativo.

Si bien el papel de los jueces en el Estado contemporáneo se ha hecho mucho más complejo, cuando se piensa parcialmente en los efectos del principio de igualdad ante la ley, se considera a los jueces únicamente como “boca de la ley” debido a que los actos judiciales con respecto a este principio, se entienden exclusivamente de aplicación; esto es así porque se piensa el principio de legalidad como un corolario de la doctrina política que ve en la ley, y en específico, en la Constitución, una expresión de la soberanía.

Sin embargo, el principio de legalidad alude a la conformidad o regularidad entre toda norma o acto inferior con respecto a la norma superior que le sirve de fundamento de validez, por lo que opera en todos los niveles o grados de la estructura jerárquica del orden jurídico. De este modo, no es únicamente en la relación entre los actos de ejecución material y las normas individuales

—decisión administrativa y sentencia— o, en la relación entre estos actos de aplicación y las normas legales y reglamentarias, en donde se puede postular la legalidad o regularidad y las garantías propias para asegurarla, sino también en las relaciones entre un reglamento y la ley, así como entre la ley y la Constitución; las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.

En específico, los artículos 14 y 16 constitucionales proporcionan la protección del orden jurídico total del Estado mexicano, por lo que el principio de legalidad en ellos contenido representa una de las instituciones más relevantes y amplias de todo régimen de derecho. En relación con el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución, el mismo expresamente establece: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

La anterior disposición constitucional corresponde a la fórmula angloamericana del “debido proceso legal”, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos y contiene cuatro derechos fundamentales de seguridad jurídica que concurren con el de audiencia: a) el de que a ninguna persona podrá imponerse sanción alguna (consistente en la privación de un bien jurídico como la vida, la libertad, sus posesiones, propiedades o derechos), sino mediante un juicio o proceso jurisdiccional; b) que tal juicio se sustancie ante tribunales previamente establecidos; c) que en el mismo se observen las formalidades del procedimiento, y d) que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.

La primera parte del artículo 16 de la Constitución, a su vez, establece: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento es-

crito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Como se observa, en tanto que el artículo 14 regula constitucionalmente los requisitos generales que deben satisfacer las sanciones o actos de privación, el artículo 16 establece las características, condiciones y requisitos que deben tener los actos de autoridad al seguir los procedimientos encaminados a la imposición de aquéllas, los cuales siempre deben estar previstos por una norma legal, proporcionando así la protección al orden jurídico total.

El artículo 16 establece así derechos fundamentales de seguridad jurídica, a saber: a) el órgano estatal del que provenga un acto que se traduzca en una molestia debe encontrarse investido con facultades expresamente consignadas en una norma legal para emitirlo; b) el acto o procedimiento por el cual se infiere una molestia, debe estar previsto, en cuanto a su sentido y alcance, por una norma legal; de aquí deriva el principio de que “los órganos o autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que expresamente les permita la ley”; c) el acto que infiere la molestia debe derivar o estar ordenado en un mandamiento escrito, y d) el mandamiento escrito en que se ordena que se infiera una molestia debe expresar los preceptos legales en que se fundamenta y las causas legales que la motivan.

Otro aspecto del principio de legalidad es el derecho a la exacta aplicación de la ley, previsto por los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional. El tercer párrafo, referido a los juicios penales, establece el conocido principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, al prohibir que se imponga, “por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

Por su parte, el cuarto y último párrafo prescribe que en los juicios civiles (extendiéndose a todo proceso jurisdiccional, con excepción de los penales) la sentencia definitiva debe ser conforme a la letra de la ley o atendiendo a la interpretación jurídica de la

misma y, en caso de que no haya una norma legal aplicable, debe fundarse en los principios generales del derecho.⁴³

El propio principio de legalidad, como se ha visto, es susceptible de formulaciones diversas. De acuerdo con Riccardo Guastini, se trata de un solo nombre para tres principios, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Es inválido todo acto de los poderes públicos que esté en contraste con la ley. En este sentido, se habla de “principio de preferencia de la ley” o también, de supraordenación jerárquica de la ley respecto a los actos del Poder Ejecutivo y Jurisdiccional.
2. Es inválido todo acto de los poderes públicos que no esté expresamente autorizado por la ley. En este punto, se habla de “principio de legalidad en sentido formal”.
3. Es inválida (constitucionalmente ilegítima) toda ley que confiera un poder sin regularlo completamente. En este punto, se habla de “principio de legalidad en sentido sustancial”.

Merece especial atención el último punto, en donde Guastini va un poco más lejos de la tradicional concepción y alcances del principio de legalidad y le da un sentido también garantista, al plantear como un deber del legislador, regular los poderes que confiere. Así, el llamado “principio de legalidad sustancial” es condición de eficacia del principio de legalidad formal, es decir, el acto y sus límites deben tener fundamento en la ley. Es sustancial porque los derechos están más garantizados cuanto más intensamente la ley regula la actividad de los poderes públicos y, por otro lado, la garantía de los derechos es mínima cuando la ley se limita a la asignación de esos poderes.⁴⁴

⁴³ Cfr. Orozco Henríquez, Jesús, “Principio de legalidad”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, vol. V, *cit.*, nota 12, pp. 774-776.

⁴⁴ Cfr. Guastini, Riccardo, “El principio de legalidad”, trad. Miguel Carbonell, *The University Journal*, México, vol. II, núm. 1, primavera de 2002, pp. 1-8.

Ahora bien, la idea de que el principio de igualdad ante la ley se llegue a confundir con el principio de legalidad es poco afortunada, se trata casi de una crítica a la rigidez del principio de igualdad ante la ley en el sentido de que se limitara a una igualdad en derechos y a la aplicación de los mismos sin distinciones. Esta concepción del principio de igualdad se verá superada —como se verá— a través de la igualdad en la aplicación de la ley y de la igualdad en el contenido de la ley. Estos “nuevos” alcances del principio de igualdad tienen el carácter de tales por la evolución histórica del principio. La igualdad nace, según se ha observado, por el deseo de romper con un pasado clasista, es decir, se intenta romper con un pasado estamental en donde el solo nacimiento era causa de privilegios que ahora entendemos injustificados. Es por ello que lo que ahora podría parecer insuficiente, en su momento tuvo un alcance muy significativo, que se iría complementando paulatinamente.

III. IGUALDAD ANTE LA LEY COMO IGUALDAD DE INICIO

La concepción de la igualdad que traen las revoluciones liberal-burguesas se funda en dos puntos: 1) la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento, y 2) la generalidad de la ley.

La codificación y la centralización política y administrativa son los instrumentos principales para imponer la nueva igualdad. Pero, el principio de igualdad tiene en este periodo (salvo por lo que se refiere a la abolición de los privilegios nobiliarios) un carácter declarativo: se limita a levantar acta de la igualdad jurídica ya realizada de todos los ciudadanos, así como a proclamar, coherentemente, la generalidad de la ley.

Su contenido, más que jurídico es político. Los hechos lo constataron a través de las profundas desigualdades perceptibles en la realidad, tales como la subyugación de las mujeres y de las minorías raciales.

La concepción de la igualdad que finalmente triunfó en este periodo es una igualdad de arranque en la carrera, que se transformaría paulatinamente.

La fórmula a cada cual lo suyo se traduce en este periodo como a cada uno según sus méritos (o según su propiedad), porque el único sujeto para el derecho del siglo XIX es el varón blanco propietario. Bajo esta luz, el principio de igualdad se subsume en el de legalidad, tan sólo marcando las reglas del juego y la ley es igual porque es general; sin poderse deducir aún alguna pretensión jurídica frente al legislador.

Capítulo cuarto

IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	61
I. Jurisprudencia en México: formación y características	64
II. Vinculación del Poder Judicial al principio de igualdad en la aplicación de la ley	70
III. Interpretación y aplicación uniforme de la ley	73
IV. Algunos problemas de la jurisprudencia en México y su incidencia en la igual aplicación de la ley	77

CAPÍTULO CUARTO

IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

El principio de igualdad, como se ha visto, es acumulativo. Progresivamente va teniendo implicaciones mayores en orden a tener acceso a un estado —de igualdad— mucho más completo. Este devenir ha ido involucrando a cada vez más poderes y cada vez en mayor medida. Si bien la igualdad ante la ley tuvo un contenido más político que jurídico al limitarse a levantar acta de igualdad en los derechos, su significado no tardaría en vincular a los órganos jurisdiccionales. Así, hay igualdad ante la ley porque la ley es general; pero el principio de igualdad exigirá también la aplicación igual de la ley.

El principio de igualdad —en la aplicación de la ley— también tiene una integración progresiva. En principio, la igualdad en la aplicación de la ley se dirigió a la exclusión de la arbitrariedad del Poder Ejecutivo hasta coincidir, como lo hizo en su momento la igualdad ante la ley, con el control de la legalidad. Sin embargo, aun siendo cierto que el principio de legalidad es un presupuesto para la efectividad del principio de igualdad en cualquiera de sus manifestaciones, los alcances de la igualdad no se extinguen en el mero compromiso de sumisión a las reglas del juego. Distintas y cada vez más agudas exigencias van delimitando y circunscribiendo la acción del poder hacia una justicia más paritaria.

De esta forma, esa igualdad ante la ley va a producir efectos significativos en el plano de la puesta en ejecución de la propia ley, es decir, en el momento de la “aplicación de la ley”. La igualdad ante la ley progresivamente será entendida como igualdad en

la aplicación de la ley: ya no se trata solamente de que la ley sea general e impersonal, sino de que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga “sin excepciones y sin consideraciones personales”. El principio de igualdad se interpreta así como “aplicación de la ley conforme a la ley” como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos, que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad, no sólo si la ley por no ser norma general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general, no se hiciera con abstracción de las personas concretas afectadas.⁴⁵

Existen en términos generales, dos campos muy extensos para la aplicación de la ley. Un primer plano es la aplicación de la ley por parte de la autoridad administrativa y otro más es el que compete a la autoridad jurisdiccional.

La autoridad administrativa puede ver claramente sus limitaciones en el principio de legalidad, siempre que únicamente puede hacer aquello que la ley le confiere hacer y en un margen también establecido por la propia ley. Como es sabido, el margen de apreciación en el momento de aplicación de la norma jurídica es mayor o menor, según la propia forma de delimitar y configurar los supuestos, incluso en los casos de facultades regladas.

El acto reglado es el que realiza la autoridad con total apego a lo que marca la ley. Mientras que el acto discrecional es el que

⁴⁵ Como se ha visto, “igualdad” es un concepto con una tremenda fuerza emotiva. El juez Robert Jackson explicó en 1949 la importancia de la igualdad en la protección de las personas contra la actuación arbitraria del gobierno de la siguiente manera:

“No hay garantía más efectiva contra la arbitrariedad e irrazonabilidad del gobierno que la obligación de que todos los principios del derecho que las autoridades puedan aplicar a una minoría, tengan que aplicarse de manera general. Y al contrario, nada abre la puerta de manera más efectiva a la actuación arbitraria que permitir a las autoridades escoger a unos cuantos para aplicar la legislación y así escapar de la retribución política que les correspondería si un número mayor de personas se viera afectado”, ver Chemerinsky, Erwin, “Equality”, *op. cit.*, nota 17, pp. 262-265.

realiza la autoridad con cierta libertad, dentro del marco de la ley. Ambos se llevan a cabo con apego a la ley, sólo que en el primero la autoridad tiene que sujetarse a los pasos que estrictamente ésta le señala; en cambio, en el segundo, la misma ley le da a la autoridad una dosis de libertad para que actúe en uno u otro sentido, marcándole a su vez, ya sean mínimos o máximos. Es la autoridad la que decide y no el texto de la ley como sucede en el primer caso.

Cuando el margen de apreciación es escaso, la aplicación desigual de la ley se confunde con una inaplicación de la propia ley y, en consecuencia, no resulta necesario utilizar la vía de la violación de la igualdad, sino que jugará el principio de legalidad.

Es en los casos en los que existe un margen de apreciación o incluso una discrecionalidad, en donde junto a las técnicas tradicionales del derecho administrativo, la igualdad en la aplicación de la ley puede ofrecer un apoyo importante para forzar a una actuación justa y no arbitraria en esa fase de aplicación de la ley.⁴⁶

Se trata en estos casos de una prohibición general de arbitrariedad en donde el principio de igualdad es un instrumento que declarará su utilidad de una manera más precisa a través de la igualdad en el contenido de la norma, como se verá más adelante. Cabe reiterar, sin embargo, que aunque las manifestaciones del principio de igualdad sean varias y distintas, todas tienen un objetivo común y es por esto que aunque su aparición o reconocimiento sean progresivos, se van tendiendo nexos entre unas y otras tejiendo un entramado cada vez más complejo. Así, este supuesto de aplicación de la ley en el ámbito administrativo supone, además de la igualdad ante la ley, una igualdad en el contenido de la ley que ponga límites a la discrecionalidad en su aplicación por el aparato administrativo. Sin embargo, hay que advertir una clara diferencia entre la Administración y el Poder Judicial: mientras al Poder Judicial le corresponde de forma indiscutible la aplicación de la ley,

⁴⁶ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 19-22.

la Administración sólo realiza actos no definitivos de aplicación de la misma, sometidos siempre a posterior control jurisdiccional.⁴⁷

Se aprecia, por tanto, una manifestación mucho más clara del principio de igualdad como “igualdad en la aplicación de la ley” en la actuación judicial, a través de la vinculación del Poder Judicial al principio de igualdad por medio de la creación de un sistema de precedentes obligatorios, los cuales obligan a los jueces inferiores a decidir casos que sean sustancialmente iguales o parecidos a otros resueltos con anterioridad, tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en el tiempo.⁴⁸

Así, se vulnerará el principio de igualdad en la aplicación de la ley, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias. La institución que realiza el principio de igualdad en la aplicación de la ley es la jurisprudencia, de manera que es preciso destacar algunos puntos sobre su funcionamiento en nuestro país.

I. JURISPRUDENCIA EN MÉXICO: FORMACIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La palabra jurisprudencia se deriva de las raíces latinas *ius* y *prudentia*, que significan derecho y sabiduría. Este término está estrechamente vinculado con la ciencia del derecho, y por otro lado, se le da una connotación enfocada al criterio que establecen los tribunales en la aplicación del derecho.

En el derecho romano clásico, lo mismo que en el *common law*, en cada caso sometido a los tribunales, está implícita la exigencia de una decisión justa, que no se deriva del contenido de un ordena-

⁴⁷ Cfr. Nava Negrete, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 317-319. Ver también, Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., nota 34, p. 25. Giménez Gluck reenvía a Juan Antonio Xilorios, “El principio de igualdad en la aplicación de la ley”, *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Servicio Jurídico del Estado, 1991, t. I, pp. 246-249.

⁴⁸ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2001, p. 128.

miento jurídico, sino que se obtiene de la inducción generalizadora fundada en las decisiones particulares. En estos términos, cada asunto sometido a la potestad de los jueces constituye un eslabón de la cadena del derecho que se halla en formación permanente y, al mismo tiempo, en constante renovación.

Cualquier definición que pretenda abordar la temática de la jurisprudencia en México, de acuerdo con el maestro Raúl Plascencia, debe efectuarse con base en los siguientes requisitos:

- a) Debe ser interpretativa.
- b) Debe ser integrativa.
- c) Debe poseer uniformidad.
- d) Debe considerarse en obligatoriedad.
- e) Debe ser emanada de un tribunal autorizado por la ley.

Así, la jurisprudencia es, “la interpretación uniforme, reiterada e integradora de las disposiciones legales efectuada por los tribunales facultados expresamente por la ley y considerada como obligatoria”.

La jurisprudencia es, por tanto, consecuencia de la labor realizada por el Poder Judicial. En nuestro país, la Constitución establece en el artículo 94 que el Poder Judicial se ejerce a nivel federal por: la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y por los Juzgados de Distrito. La estructura del Poder Judicial Federal sitúa a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el máximo nivel jurisdiccional de nuestro país. A partir de la reforma de diciembre de 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se integra por once ministros y funciona en pleno o en salas. El pleno de la Suprema Corte se conforma con la totalidad de los once ministros y las salas por cinco ministros cada una, bastando la presencia mínima de siete ministros para que pueda funcionar el pleno, a excepción de los casos en los cuales se intente la acción de inconstitucionalidad de leyes en donde será necesaria la presencia mínima de ocho y de cuatro para el funcionamiento de las salas.

La Constitución prevé la posibilidad de que la ley determine los casos en los cuales tendrá fuerza obligatoria la jurisprudencia establecida por los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y los reglamentos federales o locales y los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación (a. 94, párrafo octavo de la Constitución y aa. 192-197B de la Ley de Amparo). En dicho sentido, el texto constitucional se refiere a la presencia de resoluciones elevadas a la categoría de “jurisprudencia”; sin embargo, acorde con el contenido de la Ley de Amparo en vigor, podemos establecer que las resoluciones generadas en los tribunales del Poder Judicial de la Federación, en instancia final, pueden agruparse en: a) criterios, b) tesis y c) jurisprudencia.

- a) Criterios: la denominación “criterios” es meramente convencional, surge en atención a la ausencia de una denominación específica. De igual manera, se le otorgan denominaciones tan simples como ejecutorias o sentencias. En oposición a las tesis y a la jurisprudencia en tanto que los criterios no cubren los requisitos de votación establecidos por la ley. Se trata de precedentes de la propia Corte cuya obligatoriedad, si bien no se encuentra debidamente establecida en la ley, también lo es que dicha circunstancia no obsta para evitar su invocación e incluso para poder tomarla en consideración ya que es una práctica generalmente reconocida la de que los tribunales inferiores adecuen su criterio al de mayor jerarquía.
- b) Tesis: si bien es cierto que la denominación de tesis no se incluye en la ley de manera precisa, también se habla de requisitos de votación para un cierto tipo de sentencias que posteriormente podrán integrar una jurisprudencia y que el acuerdo número 5/1996 en su título segundo, apartado 1, establece que la tesis es la expresión por escrito en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto.

La denominación de “tesis” se encuentra contenida en diversos preceptos de la Constitución, como es el caso del artículo 107, fracción XIII, el cual incluye el término “tesis contradictorias”. En la Ley de Amparo, en los artículos 195, 196, 197, 197-A, se incluyen los términos “tesis jurisprudencial”, “tesis contradictorias” y “tesis”, con los cuales se pretende identificar ciertas resoluciones con características peculiares.

En diversas resoluciones, la Suprema Corte ha retomado el concepto “tesis”; por ejemplo, en la resolución: “tesis jurisprudenciales o aisladas, sustentadas por tribunales colegiados, requisitos que deben contener las citas invocadas para ser aplicables en la resolución derivada de un juicio de amparo”. Introduce además la calificación de “tesis aisladas” en casos como el siguiente: “Ejecutorias de la Corte aplicadas por los jueces de Distrito. Los jueces de Distrito no violan el artículo 193 de la Ley de Amparo al invocar una tesis aislada de las salas de la Suprema Corte de Justicia”. Sin embargo, no se aclara con precisión si la calificación de tesis corresponderá a la jurisprudencia o bien a las resoluciones aisladas. Esta calificación debe aplicarse en todo caso a las resoluciones que cuenten con los requisitos de votación previstos por la Ley de Amparo, aun cuando no constituyan jurisprudencia, siendo el claro distintivo de una tesis y una jurisprudencia el grado de evolución de la resolución, es decir, si es sólo una tesis aislada, o bien, si existen cinco precedentes que puedan conformar una jurisprudencia, o también si es la resultante de una solución de contradicción de tesis y por ende puede configurar una jurisprudencia.

- c) Jurisprudencia: existen dos procedimientos que pueden propiciar el origen de una jurisprudencia. El primero, contenido en el artículo 192 de la mencionada ley, establece en su párrafo segundo que las resoluciones emanadas de la Suprema Corte, las Salas y los Tribunales Colegiados constituirán jurisprudencia, siempre y cuando lo sustentado en ellas se fun-

damente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que cumplan con el requisito del voto de calidad. La votación exigida es el voto unánime tratándose de resoluciones emanadas de Tribunales Colegiados de Circuito, cuatro votos cuando sea el caso de las salas y, en cuanto al pleno, el requisito es de ocho votos.

En tal sentido resaltan dos requisitos que se deben cumplir para que surja una jurisprudencia: primero, estar ante la presencia de sentencias provenientes del pleno, de las salas o bien de los Tribunales Colegiados de Circuito pertenecientes al Poder Judicial Federal; y segundo, que dichas resoluciones cubran los requisitos de votación exigidos en la ley.

El segundo supuesto, del cual puede surgir una jurisprudencia, se constata al estar ante una resolución aislada que dilucide una contradicción de tesis de salas o de Tribunales Colegiados de Circuito, caso en el cual la determinación adoptada vendrá a conformar una nueva jurisprudencia. La emisión de la resolución corresponde al Pleno de la Suprema Corte y se ajusta a lo establecido en el artículo 197 de la Ley de Amparo.

En síntesis, siguiendo al maestro Plascencia, las características que se desprenden de la jurisprudencia en México son las siguientes:

- a) Interpretación: materialmente, la Corte ha venido aceptando la facultad que tiene de acuerdo con el artículo 94 constitucional sobre la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.
- b) Integración: la Suprema Corte y los Tribunales, al fijar un criterio en una tesis jurisprudencial, estudian aquellos aspectos que el legislador no precisó e integran a la norma los alcances que, no contemplados en ésta, se producen en una determinada situación, lo que constituye el fundamento de la complementariedad de la jurisprudencia con respecto a la ley.

- c) Uniformidad: para que una jurisprudencia pueda tener fuerza obligatoria, se prevé que se emitan cinco resoluciones en el mismo sentido sin ninguna en contrario en el *Inter*, pero con el requisito de que el sentido de ellas sea análogo, o bien, la solución de contradicción de tesis, a fin de unificar criterios disímbolos.
- d) Reiteración: la jurisprudencia requiere la reiteración, de tal manera que sea el resultado de cinco resoluciones emitidas en el mismo sentido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien por los Tribunales Colegiados de Circuito. En todo caso, este requisito resulta salvado en los casos de solución de contradicción de tesis jurisprudenciales en donde basta una sola resolución para generar una jurisprudencia, la cual no supone que deba preferir uno u otro sentido, sino que puede generar un tercero que resulte contrario al sentido de las resoluciones contradictorias iniciales.
- e) Obligatoriedad: a partir de lo establecido por la propia Ley de Amparo (a. 195), la jurisprudencia será obligatoria cuando haya sido publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su contenido haya sido aprobado por el pleno o bien por la sala o el Tribunal Colegiado en donde se originó. En este estado de cosas, la Ley de Amparo establece un sistema de obligatoriedad vertical, lo que significa que la jurisprudencia tiene la característica de obligatoriedad en sentido descendente, es decir, la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Tribunales Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del Orden Común de los estados y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales. Por su parte, la jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del Orden Común de los estados

y del Distrito Federal, y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales o federales.

En cuanto a las resoluciones generadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, existe la excepción contenida en el artículo 107, fracción IX, que da a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posibilidad de revisar la interpretación directa de un precepto constitucional realizada por algún Tribunal Colegiado de Circuito.

Para poder cumplir la obligatoriedad, se requiere la cita precisa por la parte que la invoca, a efecto de que el tribunal pueda identificar o bien las partes o su existencia, pues ante una cita deficiente no resulta factible realizar una verificación y, en consecuencia, no debe tomarse en consideración la supuesta jurisprudencia. En suma, es necesario expresar el número y órgano jurisdiccional que la integró.

- f) Retroactividad: no es aplicable el principio de retroactividad a la jurisprudencia en los términos planteados para la ley, pues ésta efectivamente tiene la característica de una vigencia, en tanto la jurisprudencia interpretadora de un precepto legal tiene una vigencia dependiente de la existencia del precepto interpretado.⁴⁹

II. VINCULACIÓN DEL PODER JUDICIAL AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

La institución que realiza el principio de igualdad en la aplicación de la ley y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango. La igualdad en la aplicación de la ley se conecta así con el respeto del precedente por el propio órgano y con la sujeción a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores. Dos datos deben destacarse en esta configuración de la igualdad: por un lado,

⁴⁹ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Jurisprudencia. Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1997, pp. 1-24.

la igualdad de situaciones (sustancialmente iguales) y la idea de arbitrariedad, y no razonabilidad (o motivación) de la diferencia de solución dada, de actuación de forma desigual en supuestos sustancialmente iguales. Sin embargo, la propia dinámica jurídica exige también una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad concretada en un cambio de criterio que legitima las diferencias de tratamiento.⁵⁰ En consecuencia, el enjuiciamiento desde la perspectiva de la igualdad requiere una triple comprobación.

1. Que los supuestos de hecho son iguales.
2. Que han sido objeto de un tratamiento diferente.
3. En qué medida ello obedece a un cambio de criterio en el órgano judicial, es decir, es una solución genérica, conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo y no una respuesta individualizada al concreto supuesto planteado. Sólo en este último caso de solución “particular” habría quiebra de la igualdad, puesto que, en el primero, el cambio “general” de solución por ser general justifica por sí mismo el tratamiento diferente, sin que opere la obligación del trato igual respecto al pasado. En síntesis, la dife-

⁵⁰ En este sentido es relevante el artículo 196 de la Ley de Amparo:

Quando las partes invoquen en el juicio de amparo la Jurisprudencia del Pleno o de las Salas de la Suprema Corte o de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo harán por escrito, expresando el número y órgano jurisdiccional que la integró, y el rubro y tesis de aquélla.

Si cualquiera de las partes invoca ante un Tribunal Colegiado de Circuito la Jurisprudencia establecida por otro, el tribunal del conocimiento deberá:

- I. Verificar la existencia de la tesis jurisprudencial invocada.
- II. Cerciorarse de la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial invocada, al caso concreto en estudio.
- III. *Adoptar dicha tesis jurisprudencial en su resolución, o resolver expresando las razones por las cuales considera que no debe confirmarse el criterio sostenido en la referida tesis jurisprudencial.*

En la última hipótesis de la fracción III del presente artículo, el tribunal de conocimiento remitirá los autos a la Suprema Corte de Justicia para que resuelva sobre la contradicción.

rencia de trato no debe ser un caso aislado, sino que debe responder a un cambio general e impersonal de criterio.

La consecuencia de este razonamiento es el circunscribir el alcance del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que impone la “prohibición de diferencias de tratamiento arbitrarias por no estar justificadas”. Es constitucional un cambio de criterio siempre que pueda reconocerse como tal. Es decir, no es el cambio de criterio, sino la injustificación del mismo, lo que vedaría el principio de igualdad y correspondería a la Suprema Corte la determinación de la existencia o inexistencia de justificación.

Para poder realizar esa comprobación y para una eficaz actuación del principio, es natural que dicho cambio de criterio aparezca suficientemente motivado de manera general mediante una expresa referencia al criterio anterior y la aportación de las razones que han justificado el apartamiento de los precedentes y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado, pues ello constituye la garantía tanto de la elusión de la arbitrariedad como de la promoción de la seguridad jurídica que reclama que los ciudadanos posean una razonable convicción acerca de la correcta interpretación y aplicación de la legalidad y puedan ajustar a ella su comportamiento sin verse obligados a deducirla de una siempre difícil y a veces infructuosa reinterpretación de una línea jurisprudencial mudable.

En suma, y cuando se refiere a aplicación judicial, lo que la igualdad impone es una equiparación, una paridad de trato en situaciones iguales, incluyendo en esa paridad de trato, la posibilidad de cambios de doctrina siempre que no se puedan considerar como privilegios o excepciones aisladas y que por ello habría que clasificar como arbitrarios, no fundados ni razonables.⁵¹

⁵¹ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 19-22.

III. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN UNIFORME DE LA LEY

Hay dos aspectos implicados en la igualdad en la aplicación de la ley. Por un lado, los órganos jurisdiccionales están limitados por la prohibición de interpretar discriminatoriamente las normas y por otro, están limitados por lo que podría llamarse la obligatoriedad de la jurisprudencia. Ambas limitaciones tienen un alcance diferente.

Así, se tendría que en la aplicación de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluida en la Constitución.

La violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley se conecta con la arbitrariedad de tales criterios, es decir, se hace depender de que éstos produzcan una desigualdad arbitraria por injustificada, bien sea porque se trate de una desigualdad expresamente prohibida, bien porque se apoye en una diferencia de trato basada en circunstancias personales o de otra índole a las que el legislador haya dado relevancia jurídica, de modo que la responsabilidad es compartida. Por un lado, por defecto en la propia ley y por otro, a la hora de su aplicación.

La otra de las implicaciones tiene que ver directamente con el momento de la aplicación de la ley, en donde un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Aquí, la desigualdad que se pretende evitar no es la que se produce por motivaciones arbitrarias (en la interpretación), sino por una modificación arbitraria del sentido de la decisión, por lo cual el control versa no ya sobre los criterios de interpretación de la norma, sino sobre el cambio de los mismos.

En suma, lo que se pretende evitar no es solamente la aplicación de criterios interpretativos irrazonables por arbitrarios, sino

la actuación judicial irrazonable por arbitraria. Así pues, el objeto de control de la técnica del precedente es la actividad de interpretación y aplicación del derecho que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales ante casos sustancialmente iguales, esto es, el modo mismo de obtener el fallo. Pero no sólo es esto, sino que también es el principio de igualdad un instrumento de fiscalización de los criterios de interpretación en sí mismos considerados, puesto que el análisis debe proyectarse también sobre las motivaciones y criterios de interpretación, que es justamente donde las causas de discriminación cobran todo su sentido actuando como límites absolutos de la libertad de interpretación del órgano judicial.

La obligatoriedad de la jurisprudencia, al establecer un control sobre el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, introduce una garantía de racionalidad en la actuación de los mismos. Se traduce en una exigencia de justicia argumentativa o procedimental, que se articula jurídicamente mediante la prohibición de que los órganos jurisdiccionales se aparten injustificada o irrazonablemente de los criterios anteriores en casos sustancialmente iguales. En este sentido, como una nueva exigencia de control y de racionalidad en la argumentación, la solución que el juez tome apartándose del precedente, debe ser también aquella que considere mejor como regla general.

No cabe duda de que la “regla del precedente”, como lo expone la profesora Marina Gascón, constituye una plasmación del principio de igualdad en la aplicación de la ley. En síntesis, obliga a ofrecer un mismo tratamiento normativo a todos los supuestos que reúnan condiciones fácticas semejantes:

Si el sujeto A merece B porque se halla en la situación X, cualquier otro supuesto en que concurra X, merecería B.

Si no se actúa así parece que se está violando la igualdad. Lo cierto es, sin embargo, que la igualdad está también en juego en la primera de las proposiciones; es decir, el problema que plantea la igualdad es si realmente el sujeto que se encuentra en la situación X se debe hacer merecedor de B, porque la segunda proposición plantea en reali-

dad, un problema de uniformidad en la aplicación de la ley: decidido que ahí donde se presente X se aplica el tratamiento B, no hacerlo así significa ante todo una errónea aplicación de la ley, sin perjuicio de que pueda suponer también en ocasiones un tratamiento discriminatorio.

Esto no significa reducir la igualdad a una igualdad en la ley o frente al legislador, descuidando su incidencia en el momento de la aplicación. También, como se ha visto, el aplicador del derecho puede violar la igualdad, pero no simplemente porque rehúse otorgar B cuando concurre X, sino precisamente cuando lo haga en virtud de algún criterio discriminatorio, es decir, prohibido. Esto es, precedente e igualdad no son términos sinónimos. Un juez puede considerar lícito que los trabajadores extranjeros reciban la mitad de salario que los nacionales y hacerlo así reiteradamente; con ello habrá respetado la jurisprudencia, pero violado la igualdad.

La jurisprudencia tiene que ver con la uniformidad, que nos obliga a aplicar las reglas uniformemente a los casos que cumplen su condición de aplicación, pero, como se ha visto, no bastaría. Toda decisión concreta que se pretenda igualitaria tiene que poder apelar a normas universales o principios de igualdad para dotarse de una inicial justificación formal, pero esa justificación es simplemente una justificación de la decisión y no de su contenido igualitario, que sólo encuentra su fundamento en el paralelo contenido igualitario de los principios a que apela.

Esto no quiere decir que la generalidad de las normas o la uniformidad en su aplicación sean inútiles. Que las normas sean generales y su aplicación uniforme se inscribe, por supuesto, en la lucha contra la arbitrariedad del poder, pero constituye sencillamente una exigencia de la certeza y seguridad jurídicas. Desde luego, estos últimos valores son requisitos del modelo de Estado de Derecho.⁵² Sin embargo, su satisfacción, siendo importante, no

⁵² Sobre el Estado de derecho pueden decirse muchas cosas y desde muchos puntos de vista, baste para este apartado la distinción hecha por Luigi

garantiza el valor de igualdad; es más, la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra manera, no sólo es compatible, sino, frecuentemente, institucionalizada por normas generales, normas que pueden ser aplicadas con exquisita uniformidad. Por tanto, parece que se hace muy poco favor a la igualdad al identificarla parcialmente, con sólo alguna de sus modalidades. Con la sola observancia de la jurisprudencia, ésta podría respetarse aplicando normas discriminatorias o haciendo reiteradamente una aplicación discriminatoria de las normas; o bien, podría abandonarse acogiendo un nuevo criterio de interpretación que no resulte en sí mismo discriminatorio. De ahí que el apartamiento del precedente —cuando existan motivos razonables para ello— y la interpretación sin discriminación de las leyes, sean requisitos de la igualdad en la aplicación de la ley.

No existe —reiterando la tesis de Marina Gascón—, una asimilación total entre igualdad y aplicación uniforme de la ley. Con frecuencia aparecen entremezclados dos postulados o exigencias distintas: una primera obliga a que la ley sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la

Ferrajoli: Con la expresión “Estado de derecho” se entienden habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes. En sentido lato, débil o formal, “Estado de derecho” designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercidos en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, son Estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, “Estado de derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley y, por tanto, limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también los contenidos. En este significado más restringido, son Estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI editores, 2002, p. 187.

misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma; una segunda obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, de tal manera que cuando un órgano entienda que debe apartarse de la jurisprudencia, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Como se ve, a través de la igualdad en la aplicación de la ley se recoge tanto la exigencia de que el intérprete no introduzca elementos discriminatorios, como la de que sea fiel a la jurisprudencia.

Bajo esta luz, puede dilucidarse una bifurcación del principio de igualdad: una igualdad en la aplicación de la ley en sentido amplio, esto es, en el trato dado por los órganos jurisdiccionales cuando interpretan y aplican el derecho y que comprendería a su vez la exigencia de una interpretación no discriminatoria de la ley y la necesidad de una igualdad en la ley, es decir, en el trato dado por la ley, en su contenido, que evite y limite la discrecionalidad del juez.⁵³

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO Y SU INCIDENCIA EN LA IGUAL APLICACIÓN DE LA LEY

En la actualidad podemos afirmar que las pocas colecciones completas del *Semanario Judicial de la Federación* se encuentran en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Resulta por demás intrigante que en un país de casi 100 millones de mexicanos, 31 estados y un Distrito Federal, en donde la jurisprudencia tiene el carácter de obligatoria, ésta no resulte asequible para la sociedad.

⁵³ Cfr. Gascón Abellán, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 56-77.

Por otra parte, la información disponible a nivel de resoluciones de nuestro máximo tribunal resulta peculiar en comparación con lo que sucede en otras latitudes. En el estado actual de cosas, lo único que resulta factible revisar es una breve síntesis que bajo el calificativo de “sumario” publica la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su órgano oficial de difusión. Esta situación origina problemas a nivel del análisis de la jurisprudencia en México, en virtud de no ser posible profundizar en la resolución adoptada por ésta y ni siquiera analizar con profundidad la técnica que se utiliza en la resolución de controversias.

Los problemas de la jurisprudencia en México, no terminan aquí. Raúl Plascencia menciona que a la falta de un tiraje suficiente del *Semanario Judicial de la Federación*, se suma la poca autenticidad de la información contenida. Esto es así porque no se publican las sentencias completas, sino una síntesis, que bajo la denominación de “sumario” aparece en el mencionado *Semanario*.

Durante los últimos años se ha tratado de atemperar dicha anomalía; sin embargo, la solución no resulta de gran ventaja, ya que ha devenido en la publicación “selecta” de ciertos considerandos de las resoluciones judiciales, lo que evita en todo caso identificar una línea clara en el contenido de cada resolución y por ende, provoca una mayor desinformación al resultar cuestionable tal selección —al parecer arbitraria— de información.

Por lo que se refiere a la estructura de los sumarios, el mismo autor explica que éstos difícilmente pueden funcionar como orientadores del criterio adoptado por la Corte. Si afirmamos que sólo tenemos a nuestro alcance sumarios, es decir, síntesis de las sentencias, es de entenderse que para casos análogos resueltos por la Corte, las síntesis deberían coincidir plenamente; sin embargo, cada sumario integrante de una jurisprudencia, por lo general y dejando a salvo algunas excepciones, no coincide de manera plena, dándose el caso de claras incongruencias en algunos de ellos. Se han tomado medidas para abatir esta problemática; no obstan-

te, resulta claro que nunca será tan suficiente como contar también, al lado de la síntesis, con la sentencia íntegra,⁵⁴ porque sólo así podría establecerse una verdadera igualdad entre los supuestos.

Uno más de los problemas detectados en materia de jurisprudencia es el de la permanencia. Actualmente, la permanencia de los criterios jurisprudenciales es efímera, pues incluso a meses de haberse declarado una jurisprudencia se decreta su contradicción y se resuelve sobre el criterio que debe imperar. En alguna medida, esto es así porque no es uno solo el tribunal autorizado para generar jurisprudencia y con esto, se pierde la unidad de criterios y surge la ambigüedad aunada a la falta de control de legalidad por parte de la Suprema Corte.

El soporte informático pareciera reducir algunos de los problemas anteriormente planteados; sin embargo, no es así. Existen no pocas fallas y un mínimo margen de error puede hacer una gran diferencia en la cita e interpretación de la jurisprudencia consultada. Esto es así porque la actualización no se hace con la celeridad adecuada y podría aplicarse de manera indebida una tesis interrumpida o modificada.⁵⁵

⁵⁴ Lo más común es que los tribunales supremos de los diversos países del mundo publiquen el contenido íntegro de la resolución, tal es el caso de: Canadá, Estados Unidos, Bélgica, Noruega, Inglaterra, España, Francia, Italia, Alemania, Cuba, Colombia, Argentina, Guatemala, Nicaragua, entre otros.

⁵⁵ Cfr. Plascencia Villanueva, Raúl, *Jurisprudencia*, cit., nota 49, pp. 75-85. Aunado a lo anterior, la enorme construcción que representa la jurisprudencia obligatoria pende del delgado hilo de la buena voluntad de los jueces, toda vez que carece de medios coactivos para su observancia y en su caso para reprimir su desconocimiento intencional. No es suficiente la autoridad implícita de la jurisprudencia para que ésta sea efectiva o las correcciones disciplinarias; esto se agrava si lo vemos desde la perspectiva de las normas constitucionales, donde el desacato a la jurisprudencia que establece su sentido y alcance se traduce en una violación manifiesta a la Constitución que debe ser severamente reprimida. Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a partir de mayo de 1995 introdujo algunos aspectos favorables en este sentido. Señala en el artículo 130 lo siguiente: “Los ministros de la Suprema Corte de Justicia, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, serán responsables al establecer o fijar la interpretación de los preceptos constitucionales en las resoluciones que dicten, cuando se compruebe que hubo cohecho o mala fe”.

Otra situación que pone en jaque al principio de igualdad en la aplicación de la ley, es la de la relatividad de los efectos de la jurisprudencia. La jurisprudencia en nuestro país tiene la característica de obligatoriedad para los órganos del Poder Judicial; sin embargo, los efectos que produce no contemplan la posibilidad de hablar de una fuerza derogatoria de la ley.

Este principio de relatividad en los efectos de la jurisprudencia guarda serias críticas, pues resulta extraño que aún se conserve el ajeño contenido de la fracción segunda del artículo 107 constitucional, el cual consigna: “la sentencia (de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial, sin hacer una declaración general de la ley o acto que la motivare”. Este precepto se ha encontrado en términos similares prácticamente desde los inicios de la Ley de Amparo en nuestro país, estableciendo la así llamada “Fórmula Otero”, la *consagración jurídica de la desigualdad*.

Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento, se provoca una clara desigualdad en la aplicación de la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promuevan el juicio de garantías. Desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos. En este sentido, se puede sostener que la “Fórmula Otero” choca con el principio de igualdad al no tratar de la misma manera a todas las personas y provoca situaciones de discriminación *de iure* entre ellos.⁵⁶

Los artículos 132-140 fijan las reglas del procedimiento a seguir, así como las sanciones para hacer efectiva dicha responsabilidad. Ver Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 556 y 557.

⁵⁶ Cfr. Carbonell, Miguel, *Reforma del Estado y cambio constitucional en México*, Documento de trabajo, núm. 2, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 14. En este documento pueden verse diversas propuestas de reformas necesarias a distintas disposiciones constitucionales que en

Por otro lado, en 1994 se realizaron modificaciones a nivel constitucional que han transformado, de alguna manera, los principios en materia de relatividad de los efectos de las resoluciones generadas por la Suprema Corte. En tales términos, se incorporó la figura denominada “controversia constitucional”, la cual se prevé para el caso de controversias que versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación, o de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos de controversias entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, dos poderes de un mismo estado y dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Si la Suprema Corte declara inválidas dichas disposiciones generales, la resolución tendrá efectos generales, siempre y cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En esto, lo grave es que no hay forma de que los entes territoriales menores puedan obtener una declaratoria con efectos generales respecto de disposiciones de la Federación, lo cual en los hechos, prácticamente impide que la Suprema Corte anule con carácter general una norma de la Federación.⁵⁷

su redacción y alcance actuales, reflejan varios absurdos. Ver en especial, los argumentos esgrimidos a favor de la eliminación del principio de relatividad de las sentencias de amparo.

⁵⁷ Artículo 105 constitucional:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las *controversias constitucionales* que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:

- a) La Federación y un estado y el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un estado y otro;
- e) Un estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos estados;
- h) Dos poderes de un mismo estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;

De igual manera, se encuentra incorporada en el mencionado precepto constitucional, la “acción de inconstitucionalidad”, defi-

- j) Un estado y un municipio de otro estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá *efectos generales* cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las *acciones de inconstitucionalidad* que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;
- e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea, y
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.

La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo podrá haber modificaciones legales fundamentales.

nida con el objeto de plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución. En dicho supuesto, la resolución de la Suprema Corte de Justicia sólo podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por ocho votos como mínimo. Los porcentajes requeridos para interponerla, son muy altos (33%), además, el hecho de que la votación para la declaratoria sea de ocho sobre once, que es el total de ministros, abre una duda sobre la legitimidad de las normas, siempre que queda la posibilidad de que no se declare inconstitucional una ley aun teniendo siete votos en contra. Al lado de estos inconvenientes, se suma la imposibilidad de impugnar los reglamentos del Ejecutivo o las normas que regulan la estructura y funcionamiento internos del Congreso de la Unión porque no se incluyeron los reglamentos en el elenco normativo del artículo 105 constitucional.⁵⁸

Como se ha visto, el diseño institucional actual del Poder Judicial Federal y en consecuencia, el sistema de control de la constitucionalidad que prevé la Constitución, evidencian diversas deficiencias. Una de ellas, es que existen más de un centenar de Tribunales Colegiados de Circuito, todos ellos dotados de facultades para emitir jurisprudencia obligatoria, es decir, para crear precedentes vinculantes para la resolución de casos futuros.

Las contradicciones de criterios entre estos tribunales son una nota común en la jurisdicción federal, con lo que se crea una gran inseguridad jurídica y desigualdad en la aplicación de la ley con

Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán *declarar la invalidez de las normas* impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

⁵⁸ Para un análisis sobre la Constitución vinculante y el control de constitucionalidad en México, Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 249-260. Sobre el particular, puede consultarse también Carpizo, Jorge, "Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994", en Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 181-223.

los consecuentes perjuicios concretos para quienes tienen que resolver controversias ante los tribunales. Se ha llegado al absurdo de que los asuntos se ganen o se pierdan dependiendo del circuito judicial en que se litiguen, o incluso dentro del mismo circuito, dependiendo del Tribunal Colegiado que conozca del caso.

El mecanismo para solucionar las contradicciones de tesis que prevén tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Amparo se ha vuelto obsoleto por la lentitud de la Suprema Corte para resolver las contradicciones y sobre todo, porque dichas resoluciones ya no pueden beneficiar a los casos concretos de los que surgieron. El problema de las contradicciones de tesis se ha visto acentuado a partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 1999 en la que se establece que la Suprema Corte podrá remitir, por medio de acuerdos generales, asuntos de su competencia a los Tribunales Colegiados. Es decir, estos tribunales podrán decidir en última instancia sobre cuestiones no solamente de mera legalidad sino también de constitucionalidad en sentido estricto, con lo cual se atomiza el control constitucional y se aumenta la gravedad —por razón de la materia de que puede tratar— de las contradicciones de criterios jurisprudenciales.

Estas y muchas otras razones, son argumentos que sustentan la necesidad de una modificación de carácter institucional que consista en la creación de un órgano especializado en el control de la legalidad, que podría ser una “sala superior de los tribunales colegiados de circuito”,⁵⁹ o incluso, alguno de ellos. Se trataría de un órgano que realmente tendría una jerarquía superior a los otros, en virtud de que establecería la jurisprudencia del control de la legalidad ante la existencia de contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados, contradicciones que son normales y naturales

⁵⁹ Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la justicia constitucional del 31 de diciembre de 1994”, en, mismo autor, *Nuevos estudios constitucionales*, cit., nota 58, pp. 182-185.

por la multiplicidad de estos tribunales. Desde luego que la Suprema Corte⁶⁰ podría ejercer en casos realmente excepcionales, en los que existiera un marcado interés nacional, la facultad de atracción para resolver una contradicción de tesis frente a cuestiones de legalidad.

⁶⁰ Desde hace algunos años, se ha sostenido la idea de que la Suprema Corte de Justicia de nuestro país ha tomado la forma de un Tribunal Constitucional, particularmente, después de las reformas de 1988 y 1994. Puede verse al respecto: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUNDAP, 2002; Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia de México como tribunal constitucional”, *Pemex Lex*, México, edición especial, marzo de 1988.

Capítulo quinto

IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY	87
I. Principio de igualdad como límite a la legislación .	93
II. Principio de razonabilidad	95
III. Razonabilidad de la clasificación normativa	98
1. Doctrina de la clasificación razonable	102
2. Doctrina de la clasificación sospechosa	105

CAPÍTULO QUINTO

IGUALDAD EN EL CONTENIDO DE LA LEY

Una dimensión más en la evolución del principio de igualdad aparece porque se dilucida la insuficiencia de la igualdad en la aplicación del derecho. Ahora, se impone al legislador que respete también el principio de igualdad en el contenido de la norma y supone la posibilidad de que introduzca diferencias de trato cuando con ellas se alcance una igualdad en los hechos; sobre esto último se profundiza en el capítulo séptimo.

La imposición de llevar la igualdad al contenido de la ley, dirigida al legislador, se realiza de la única manera en que se puede realizar: recogiendo el principio de igualdad en las Constituciones y estableciendo un control de constitucionalidad.

Es, en términos generales, una ampliación de la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, a través de la exigencia de razonabilidad en el contenido de la ley.

En el derecho comparado, existe alguna vaguedad en la atribución de tal ampliación del contenido de la igualdad. A pesar de la pasión francesa por la igualdad, lo cierto es que el primer país que configura la igualdad como límite a la potestad legislativa es Estados Unidos, con la aprobación de la enmienda XIV el 28 de junio de 1868.⁶¹

⁶¹ Enmienda XIV (primer párrafo).

1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los estados en que residen. Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la

En efecto, la primera disposición de una Constitución directamente aplicable y de obligado cumplimiento por el legislador que contempló el principio de igualdad, fue la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos.

Para entender la evolución histórica que desemboca en la aprobación de la decimocuarta enmienda hay que retrotraerse treinta años antes del caso *Barrow*. En él, se dilucidó si los estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución Americana, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que esto no era así.

La Declaración de Derechos, apuntaba la Corte Suprema, únicamente limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación dio lugar a que los estados esclavistas del sur pudieran seguir negando la condición de ciudadanos a su población africana.

Después de la Guerra Civil (1861-1865), el norte triunfador, para asegurar el abolicionismo, impulsa en 1866 una ley antidiscriminatoria (*Civil Rights Act*), y en 1868 una reforma constitucional que obliga a los estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual: la decimocuarta enmienda.

En la parte más trascendente de la enmienda se proclamaba, por tanto, la igualdad formal en la ley y pese a que su verdadero sentido fue alterado, en lo que se refiere a la discriminación racial—debido a la conocida sentencia del Tribunal Supremo que resolvió el caso *Plessy vs Ferguson (1896)* la cual, mediante la creación de la doctrina del *separate but equal* (separados pero iguales), justificó la segregación racial—, debe considerarse a la cláusula de igual protección que contiene la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana, como la primera posibilidad norma-

propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos.

tiva creada en el derecho constitucional comparado para lograr la igualdad en la ley.

No obstante, la igualdad en la ley establecida en la decimocuarta enmienda únicamente vinculaba a la ley estatal, no a la ley federal. Al no existir ninguna cláusula de igual protección en la originaria *Bill of Rights*, la Constitución, que obligaba a los estados a no discriminar a través de la enmienda XIV, dejaba sin sanción la discriminación proveniente de una ley del gobierno federal.

Esta laguna fue cubierta por la Corte Suprema en 1954 en el caso *Bolling vs Sharpe*, 347 US 497 (1954), al interpretar que la quinta enmienda, al establecer que el gobierno federal debe proveer a todos los ciudadanos de un debido procedimiento legal que garantice su libertad, incluye implícitamente el concepto de igualdad en esta cláusula del debido proceso. Con ello fue posible extender definitivamente el mandato constitucional de igualdad a todas las normas jurídicas del país.⁶²

Por lo que se refiere a Europa, el “cambio de significado” del principio de igualdad se produce cuando se generaliza el sentimiento, o la creencia, de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad o, dicho de otro modo, que la sociedad no es un hecho natural y que, por tanto, las diferencias que de ella resultan, hacen que el principio de igualdad, lejos de preservarse con su simple aceptación, exige precisamente su corrección.

La doctrina del cambio de significado tiene su origen en el derecho suizo, pero adquiere su máxima expresión en la doctrina alemana, en específico con Leibholz, quien retoma las raíces aristotélicas del principio: la igualdad no sería una mera igualación de la capacidad jurídica de todos los ciudadanos, sino un imperativo superior, derivado de la idea de justicia, que obliga a tratar “igual a lo igual y desigual a lo desigual” y que, desde luego, se impone constitucionalmente al legislador.

⁶² Cfr. Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, cit., nota 34, pp. 26-33.

La igualdad en la ley se convierte finalmente en jurídicamente relevante en el constitucionalismo europeo al mismo tiempo que el control de constitucionalidad.

Los preceptos constitucionales dedicados a establecer la igualdad de los ciudadanos no pasaban de ser hasta el periodo de entreguerras, meras finalidades programáticas que no vinculaban jurídicamente al legislador. En este periodo que va entre las dos grandes guerras, algunas Constituciones europeas crearon órganos de control de constitucionalidad, como el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 o el Tribunal Constitucional de la Constitución austriaca de 1920, inspirado por Kelsen.

Sin embargo, son Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial —la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución italiana de 1947—, las que introducen en el constitucionalismo europeo de forma definitiva el control de constitucionalidad de las leyes, con lo que lo establecido sobre la igualdad adquiere una dimensión normativa de la que hasta entonces carecía.

En la actualidad, las leyes han de procurar, en su contenido y en su forma, un trato igualitario a todos los ciudadanos y si no lo hacen, son declaradas nulas por el Tribunal Constitucional.

Otro aspecto destacable de la recepción de la igualdad en las Constituciones europeas de posguerra estriba en la extensión de su ámbito de influencia: la igualdad no es en las Constituciones europeas una referencia accidental producto de las circunstancias políticas coyunturales posteriores a una guerra civil como en Estados Unidos, sino un pilar fundamental sobre el que se asienta el Estado.⁶³

Según se ha podido constatar, el principio de igualdad no sólo juega en relación con los derechos fundamentales, sino ante todo, respecto del ordenamiento jurídico en su entera estructura objetiva, expresando un canon general de coherencia.

⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 33.

Ello es así porque ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo “igual”, sino precisamente lo “diverso”. Es falso que la igualdad sea una ley de la naturaleza; la naturaleza no tiene nada de hecho igual. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al derecho que éste sólo tenga que percibir, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara.

El concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones; por este motivo, su función es la de configurar un campo de argumentación con ciertas exigencias.

El esquema “igual/desigual” no ofrece respuesta inmediata a los problemas sino que tan sólo abre un margen para el argumentar racional. La fórmula “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual” no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera ni tampoco, en el sentido de que toda “diferencia” constituya un rasgo relevante para un tratamiento desigual.⁶⁴

La igualdad en la ley se analiza así, como una conminación dirigida a aquellos que hacen el derecho a no cometer desigualdades, lo cual puede tener dos implicaciones diferentes.

Una primera es que la ley debe tratar todas las situaciones de igual manera. Una igualdad de este tipo se satisface a través de la generalidad de la ley que es una garantía de imparcialidad y por tanto, también de igualdad. Esta igualdad corresponde al Estado liberal y neutro del siglo XIX, en donde toda diferenciación o intervención específica supone una modificación a la igualdad abstracta establecida entre los ciudadanos.

La segunda interpretación se refiere a que la ley no debe establecer en sí misma discriminaciones injustificadas. Las dife-

⁶⁴ Cfr. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 41.

rencias de tratamiento no están autorizadas a menos que sean razonables.

Esta facultad dada al legislador de crear distinciones constituye un cierto progreso hacia una igualdad ya no sólo ante la ley o en su aplicación. Se trata de una forma más exigente del principio, con muchas aristas y varios riesgos, porque la igualdad puede devenir así un principio de voluntad política, un principio ambiguo que puede revertir múltiples facetas, dado que la selección de las propiedades a tomar en cuenta para determinar el alcance de la igualdad podría ser subjetivo y coyuntural.⁶⁵

La igualdad en el contenido de la norma no resuelve, por ejemplo, el decisivo problema de cuál ha de ser el criterio que el juez ha de utilizar para valorar la obra del legislador y, por tanto, la exigencia de razonabilidad que en todo caso se reclama, reafirma la necesidad de una política que trascienda a los intereses particulares y de una política que se construya sobre la virtud cívica y el espíritu público más que sobre los beneficios y límites del poder y de los propios particulares.

El problema de una posible politización de la justicia, sin embargo, se ha intentado mitigar de distintas formas; por ejemplo, a través de límites objetivos y del análisis teleológico de las normas.⁶⁶

⁶⁵ Belloubet-Frier, Nicole, "Le principe d'égalité", *op. cit.*, nota 32, p. 153.

⁶⁶ Los criterios que se han de escoger y la razonabilidad misma pueden convertirse en algo tan ambiguo que se les ha identificado con lo que podría llamarse "la conciencia jurídica de la comunidad", Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, nota 64, p. 46. Asimismo, cabe recordar una vez más a Kelsen cuando señala: "Sería absurdo tratar a los niños de la misma manera que a los adultos, a los locos igual que a los cuerdos. ¿Cuáles son, pues, las diferencias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles las que no? Esta es la pregunta decisiva, y el principio de igualdad no da respuesta alguna a la misma. En realidad, las respuestas de los órdenes jurídicos positivos son muy diferentes. Todos están de acuerdo en la necesidad de ignorar ciertas desigualdades de los hombres pero no hay dos órdenes jurídicos que coincidan en lo que se refiere a las diferencias que no deben ignorarse y que hay que tener en cuenta para el otorgamiento de derechos y la imposición de obligaciones. Algunos conceden derechos políticos a los hombres y no a las mujeres, otros tratan igualmente a ambos sexos pero obligan solamente a

I. PRINCIPIO DE IGUALDAD COMO LÍMITE A LA LEGISLACIÓN

Una vez más, cabe recordar la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esta vez, el artículo 16: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”. Conviene recordar esta Declaración porque la Constitución se convirtió en garante de una determinada cultura jurídica y política. Se dotó a la Constitución de un contenido mínimo: liberal-democrático y así, no se entiende como Constitución aquella que no sea democrática. Esto es así, porque sólo en un sistema democrático cabe entender una Constitución como normativa, puesto que los regímenes autoritarios no suelen caracterizarse por su estricta observancia de las formas jurídicas.

Para comprender el principio de igualdad como límite a la actividad del legislador, se presupone la existencia de una Constitución normativa, es decir, una Constitución en donde no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales y de la división de poderes, sino que hace además, que esos postulados se cumplan en la realidad y pone los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que, en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecuente sanción y reparación. Así,

los hombres a prestar servicio militar, otros no establecen diferencia alguna en este sentido. Pero, ¿cuál es el orden justo? Aquel para quien la religión es indiferente afirmará que las distinciones de religión son irrelevantes. El creyente, por el contrario, considerará que la diferencia fundamental es aquella que existe entre los que comparten su fe —que él, como creyente considera la única verdadera— y los demás, es decir, los no creyentes. Para él será completamente justo conceder a aquellos los derechos y a éstos negárselos. Se habrá aplicado así con toda rectitud el principio de igualdad que exige que los iguales sean tratados igualmente. Esto no indica que el principio de igualdad no puede dar respuesta a la pregunta fundamental: ¿qué es lo bueno? En el tratamiento dado a los súbditos por un orden jurídico positivo, cualquier diferencia puede ser considerada esencial y servir, por lo tanto, de fundamento para un tratamiento diferente sin que por esto el orden jurídico contradiga el principio de igualdad. Este principio es demasiado vacío para poder determinar la estructura esencial de un orden jurídico. Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, cit., nota 5, pp. 48-51.

a través de la vigencia efectiva de una Constitución normativa, se procura la supervivencia de la democracia porque ésta —la Constitución normativa— se erige como el mejor obstáculo a la arbitrariedad y el autoritarismo.⁶⁷ En suma, una Constitución es normativa:

- a) Cuando se le concibe como una parte del ordenamiento jurídico estatal, dejando a un lado las visiones historicistas o sociológicas.
- b) Cuando sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan.
- c) Cuando cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma (jurídica).
- d) Cuando se implementan una serie de mecanismos eficaces para reparar las posibles violaciones a la carta fundamental.⁶⁸

Así, el principio de igualdad en el contenido de la norma a través de la imposición de límites a la legislación, se inscribe en una Constitución normativa, dotada del control de constitucionalidad de las leyes.⁶⁹

⁶⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., nota 58, pp. 148 y 149. En este mismo sentido, el autor recuerda a Francisco Rubio Llorente, en una descripción de la Constitución en estos términos: "...por Constitución entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder".

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 149-153.

⁶⁹ Sobre este punto, *vid supra* el capítulo cuarto, sobre la igualdad en la aplicación de la ley. En específico, las reflexiones sobre la relatividad de las sentencias de amparo, sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

II. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

En muchos sistemas constitucionales contemporáneos, el límite sustancial quizá más importante para la legislación es el principio llamado de “razonabilidad”. Se trata de un principio elaborado por diversos tribunales constitucionales a través de la interpretación de las disposiciones constitucionales, que establecen el principio de igualdad, o sea, la prohibición para el legislador de distinguir (o discriminar) entre las personas.

En muchas Constituciones, el principio de igualdad es formulado como una regla específica, que prohíbe no ya cualquier distinción sin ulteriores especificaciones, sino algunas distinciones particulares determinadas; por ejemplo, según la raza, el sexo, la opinión política, las condiciones sociales, etc. En consecuencia, existen ciertas condiciones que están prohibidas (se trata, podríamos decir, no de meras distinciones, sino de “discriminaciones” en sentido valorativo); mientras que cualesquiera otras distinciones están permitidas.

Sin embargo, diversos tribunales constitucionales entienden el principio de igualdad como un principio genérico, del tipo: “los casos iguales deben ser tratados del mismo modo, y los casos diferentes deben ser tratados en modos diversos”. Este principio, así formulado, supone claramente el problema de decidir cuáles casos son (entre ellos) iguales y cuáles no lo son: dicho de otro modo, cuáles distinciones son justificables y cuáles son discriminatorias. El principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Desgraciadamente, es nuevamente una respuesta tautológica.

Según este principio, las distinciones (o clasificaciones) realizadas por el legislador, para no ser discriminatorias, deben ser razonables. Esto significa que, para distinguir, deben existir razones y en este tipo de contexto, es obvio que “razones” no significa simplemente argumentos: significa “buenos” argumentos, es decir, justificaciones. Por lo tanto, según el principio de razonabilidad, una distinción está justificada cuando está “justificada”.

Es evidente que, para decidir si un argumento es bueno (y si, por tanto, una cierta distinción legislativa está justificada), hay que hacer un juicio de valor. Ahora bien, el órgano competente para expresar en última instancia y con eficacia general semejante juicio de valor es un Tribunal Constitucional. En consecuencia, esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente, en las manos de los tribunales constitucionales, para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador.⁷⁰

Por otro lado, debe recordarse que el principio de igualdad no implica rigurosa uniformidad de tratamiento en la regulación legal, ya que, si así fuera, en ocasiones podría llegarse a resultados absurdos. Dentro del principio de igualdad tienen cabida diferenciaciones de tratamiento, aunque no la pura y simple diferenciación de tratamiento. Se hace precisa la constatación de la existencia de legítimos factores que justifiquen la desigualdad. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de igualdad resulta vulnerado si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. La existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse además, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En esta definición hay por lo menos tres elementos, todos ellos valorados en pie de igualdad por el Tribunal mencionado.

En primer lugar, los supuestos de hecho comparables, en los que existe una significativa proporción de elementos comunes, pese a que entre ellos pueda hallarse algún factor diferencial, cuya legitimidad debe enjuiciarse.

El segundo punto de atención sería la valoración de la razón de ser de la diferencia de tratamiento; en caso de ser positiva, quedaría justificado el tratamiento desigual.

⁷⁰ Guastini, Riccardo, "La Constitución como límite a la legislación", en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 440 y 441.

El tercer elemento es instrumental y sirve para realizar esa valoración, la razonabilidad de la causa alegada para justificar las diferencias de trato tiene que buscarse no sólo indagando sobre la no incompatibilidad con el ordenamiento jurídico de la diferencia, sino también buscando la razonable adecuación de la medida tomada en relación con los fines que se persiguen a través de ella.

Así, el principio de igualdad en la ley permite introducir diferenciaciones entre supuestos de hecho potencialmente equiparables, siempre que para la diferenciación exista una justificación objetiva y razonable. La igualdad que reclama el ordenamiento jurídico se resuelve, de este modo, en la exigencia de no diferenciar sin razón suficiente entre situaciones de hecho, debiendo fundamentarse en tal sentido los elementos o puntos de conexión a los que quien hace la norma imputa ciertas consecuencias jurídicas.

Por tanto, serían contrarias al principio de igualdad tanto las normas que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas normas que consiguen el mismo resultado (el tratamiento diferenciado ilegítimo) mediante la consideración como diferentes de supuestos de hecho iguales, sin proporcionar fundamentación adecuada para la diferenciación de supuestos, es decir, sin que la razón condicionante de la distinción tenga relevancia jurídica para el cumplimiento de los fines perseguidos por el legislador.

Examinar la proporcionalidad o la razonabilidad de la medida legislativa significa evaluar si los supuestos de hecho están legítimamente diferenciados, en atención al fin perseguido por la norma. Es decir, la adecuación del contenido de una ley al principio de igualdad es el análisis de las consecuencias jurídicas distintas que el legislador deriva de la desigualdad de los supuestos de hecho. La finalidad perseguida por la medida legislativa debe justificar la elección del factor diferencial y con arreglo a ella, debe medirse la proporcionalidad o la razonabilidad, entendida como una adecuación medios-fines de la consecuencia jurídica elegida.

La legitimidad del fin debe vincularse, desde luego, con la propia Constitución como sistema dentro del cual se deben buscar las

razones diferenciadoras. Esta vinculación a la Constitución puede estructurarse, básicamente de dos maneras:

1. Positivamente, asegurando que la legitimación para introducir diferenciaciones descansa en una habilitación expresa de la Constitución.
2. Negativamente, deduciendo la legitimidad del hecho de que ni la finalidad de la medida, ni el factor diferencial, ni la propia medida diferenciadora sean incompatibles con la Constitución, aunque no se apoyen en un precepto o en un principio expreso en la misma.⁷¹

En suma, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta.

III. RAZONABILIDAD DE LA CLASIFICACIÓN NORMATIVA

El verdadero problema para exigir un tratamiento jurídico igual consiste en determinar cuándo dos situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes deben predominar sobre sus diferencias. Este proceso implica un doble juicio de valor: el de la elección de los criterios concretos a tener en cuenta y el de la evaluación de los hechos en función de estos criterios (el primer juicio es el más afectado en la igualdad en el contenido de la ley).

El margen de apreciación del legislador varía según los casos y no puede excluirse por completo. Es posiblemente aquí donde se han hecho los esfuerzos más considerables para dotar de objetividad y seguridad una noción tan relativa y tan dotada de apreciación subjetiva como es la propia idea de igualdad. La evolución

⁷¹ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación, cit.*, nota 31, pp. 51-63.

dogmática que ha llevado a afirmar la sujeción del legislador al principio de igualdad y a superar la frontera entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley ha venido acompañada y es en buena parte consecuencia, de profundos cambios en la propia concepción de la igualdad. De lo que se trata ahora es de la indagación, incisiva y arriesgada, de la fundamentación en cada caso de las diferencias normativas.

Podría decirse así que la problemática de la igualdad en el contenido de la ley gira en torno al análisis de las diferencias normativas, de las desigualdades de trato y de su admisión o rechazo según los casos. Es decir, la igualdad no se concibe como una absoluta identidad de trato y esta concepción de la igualdad no puede prescindir de las exigencias concretas de la experiencia. La idea de diferenciación supone, por tanto, un complemento y un apoyo de las de generalidad y uniformidad, al tiempo que permite una operatividad más relacional del principio de igualdad.

Todas estas afirmaciones confirman que la mera forma de regulación general y abstracta y de la aplicación igual de la ley, no son garantía suficiente de la igualdad. Ésta requiere además unas exigencias en la selección por el legislador de los criterios de diferenciación, dada la imposibilidad de otorgar el mismo tratamiento a todas las personas y dada la necesidad correlativa de proceder mediante distinciones normativas en un orden jurídico tan altamente diferenciado como el que la compleja sociedad actual exige.

Se comprueba así que la igualdad se inserta en una especie de concepto de admisión o rechazo de las desigualdades de trato, al tiempo que se aleja de la idea de una paridad estricta ante la ley. Así, se trata de limitar el poder soberano del legislador, limitando su discrecionalidad al exigirle una justificación de la diferenciación del tratamiento jurídico entre sujetos.

Se trata de una concepción valorativa de la igualdad que obliga no tanto a una paridad absoluta de trato, como a la justificación de las desigualdades e incluso de las igualdades de trato que puedan establecerse. Es decir, una justificación que explique que exista un tratamiento diverso entre ciudadanos que se encuentran en una si-

tuación igual, o una equiparación de trato cuando existan diferencias muy significativas que razonablemente deberían haberse tenido en cuenta.

La justificación o razonabilidad de la que se ha venido hablando pesa, ante todo, sobre las desigualdades normativas. Éstas requieren una justificación especial, es decir, si la igualdad representa una doble faceta (tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual), ambos tratamientos necesitarían el mismo grado de justificación —tanto las normas que establecen diferenciaciones como las regulaciones uniformes u homogeneizadoras—. Esto es, tan exigible sería el derecho a ser tratado igual como el derecho a la diferenciación.

Por razones pragmáticas, esta simetría se rompe y la igualdad no tiene necesidad de justificarse. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad. Esto es así porque, en principio, los mandatos del legislador persiguen fines valiosos y su deber es vincular a todos los destinatarios del derecho y clasificar o diferenciar requiere de una razón especial. Robert Alexy concreta esta asimetría en las dos reglas siguientes:

1. Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
2. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.⁷²

⁷² Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y 35. Para abundar en la teoría de Robert Alexy sobre la “permisión” de un tratamiento desigual, y sobre la “obligatoriedad” de un tratamiento desigual, ver Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 2, pp. 395-415. Debe aclararse, sin embargo, que la asunción de que la “igualdad no necesita razones” ha sido discutida por una larga lista de autores. Peter Westen, en “The Empty Idea of Equality”, *op. cit.*, nota 4, p. 570, hace una cita de varios autores que sostienen la misma idea. Es el caso de Isaiah Berlin y Bedau, este último escribió, en *Egalitarianism and the Idea of Equality* (1967): “El principio [de que la idea de justicia implica la idea de igualdad] puede llamarse de *presunción de igualdad*. De nuevo, Aristóteles fue el primero en aseverar que las

En síntesis, las distintas formulaciones doctrinales tienen varios puntos en común: de exigencia de razonabilidad, de objetividad, justificación de las distinciones normativas y la fundamentación y motivación de la diferenciación de trato.⁷³

Asimismo, existe un cierto consenso relativo a que no todo criterio es válido, existen categorías o clasificaciones “prohibidas” y la libertad del legislador se ve restringida tomando en cuenta ciertos rasgos que merecen ser tutelados. Las clasificaciones deben ser “razonables”, esto es, deben estar dirigidas al cumplimiento del propósito de la ley.

Una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas situadas respecto del propósito de la ley. Este propósito puede ser la eliminación de un “daño” público o la consecución de algún “bien” público.⁷⁴

Así, entonces, el problema crucial de la igualdad en el contenido de la ley está en el contraste entre la legislación general, que se

desigualdades, y no las igualdades, necesitan alguna justificación, y que las desigualdades para las cuales no puede darse una razón adecuada son injustificadas. O bien, como Leslie Stephen lo señaló de una manera más explícita: “Siempre debe haber una razón suficiente para cualquier diferencia dirigida hacia cualquiera de nuestros semejantes”. Si esto es así, entonces no hay necesidad de dar “razón suficiente” cuando se da un tratamiento igual a las personas. Así, podemos decir: ...[la] igualdad no necesita de una justificación especial, mientras que la desigualdad sí la necesita siempre”. Asimismo, Westen reenvía en este mismo sentido a autores como: Benn y Rr. Peters, *The Principles of Political Thought* (1959); Gewirth, *Reason and Morality* (1978); Blackstone, *On the Meaning and Justification of the Equality Principle* (1967); Evans, *Equality, Ambiguity and Public Choice*; Flathman, *Equality and Generalization, A Formal Analysis*; Frankena, “The Concept of Social Justice”, en R. Brandt, ed., *Social Justice* (1962); Rawls, *Justice as Fairness*; Spaemann, “Remarks on the problem of Equality” (1977); y Wasserstrom, *Rights, Human Rights and Racial Discrimination* (1964).

⁷³ Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 51-63.

⁷⁴ Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., nota 64, p. 49. Fernando Rey Martínez hace un estudio detallado sobre la “doctrina de la clasificación razonable” y la “doctrina de la clasificación sospechosa” así como de los respectivos escrutinios de razonabilidad, ver pp. 44-54.

aplica sin cualificación a todas las personas y la legislación especial que se aplica a una clase determinada de personas. El punto es cómo resolver la contradicción aparente del principio de igualdad y la potestad legislativa de clasificar. Aquí aparece, entonces, la paradoja: la igual protección de las leyes es una promesa de la protección de leyes iguales, pero las leyes pueden clasificar y la verdadera idea de la clasificación es la desigualdad.

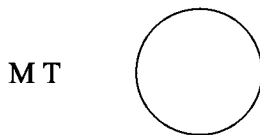
En los Estados Unidos, la Corte Suprema ha encontrado un camino medio entre la especialización legislativa y la generalidad constitucional: la doctrina de la *clasificación razonable* y la doctrina de la *clasificación sospechosa*.⁷⁵

1. *Doctrina de la clasificación razonable*

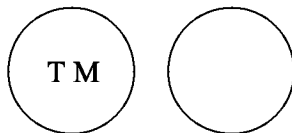
En esta doctrina, la Corte Suprema no requiere que cosas diferentes de hecho sean tratadas en derecho como si fueran las mismas, sino que aquellos que estén similarmente situados, sean similarmente tratados. Para ello, hay que mirar dentro de la clasificación al propósito de la ley. Una clasificación razonable es aquella que incluye a todas las personas que están similarmente situadas respecto del propósito de la ley y a ninguna otra que no lo esté. Este propósito puede ser la eliminación de un daño público o la consecución de algún bien público y debe existir también un rasgo para el carácter definidor o característico de la clasificación legislativa, es decir, aquel cuya posesión determina la inclusión o exclusión del individuo en la clase especial. De esta manera, la relación de la clasificación con el propósito de la ley es la relación del “rasgo” al “daño” o al “bien” que subyace en la norma.

⁷⁵ Fernando Rey Martínez se apoya para el análisis de las doctrinas norteamericanas sobre la: clasificación razonable (*reasonable classification*), clasificación prohibida (*forbidden classification*), clasificación sospechosa (*suspect classification*), y sobre la actuación judicial, en el ensayo de Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, “The Equal Protection of the Laws”, *op. cit.*, nota 30, pp. 341-381. Asimismo, en la obra de Tribe, L. H., *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, Mineola, 1988. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, *cit.*, nota 64, pp. 44-54.

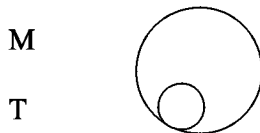
Hay cinco posibles relaciones entre la clase definida por los individuos que poseen el rasgo y la clase definida por los individuos afectados por el daño al que la norma da respuesta o al bien perseguido por la misma. Los diagramas siguientes se configurarían a manera de universos, en donde “T” representa a los individuos que poseen el rasgo (clasificación legislativa) y “M” a los individuos afectados.⁷⁶



1. Todos los T son M y todos los M son T: clasificación perfectamente razonable.



2. Ningún T es M: clasificación perfectamente irrazonable.

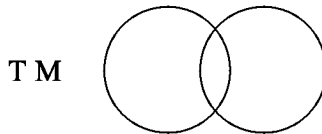


⁷⁶ Estos diagramas son una reproducción de los propuestos por Tussman y tenBroek, en un ensayo de 1949 que es un clásico en la materia por su agudo análisis de comparación de la cláusula del *due process* (del debido proceso) con la *equal protection clause* (cláusula de la igual protección). La letra T se refiere

3. Todos los T son M, pero algunos M no son T: clasificación insuficiente (*underinclusive*).



4. Todos los M son T, pero algunos T no son M: clasificación sobreincluyente (*overinclusive*).



5. Algunos T son M; algunos T no son M y algunos M no son T: clasificación mixta de 3 y 4.

Las dos primeras clasificaciones no ofrecen problemas. La clasificación número 3 (*underinclusive*) no incluye a todos los que están similarmente situados con respecto al propósito de la ley; se produce por tanto una violación del requerimiento de igualdad. Por otro lado, la clasificación (*overinclusive*) provoca una violación aún mayor, pues en la primera, todos los individuos afectados están incluidos (aunque falten algunos), pero la última afecta a inocentes. La última clasificación se da en algunas ocasiones y

a la clasificación legislativa: *trait* (rasgo), y la letra M se refiere a la clase integrada por todos los individuos similarmente situados respecto del propósito de la ley y significa *mischief* (daño o perjuicio). Ver Tussman, Joseph y tenBroek, Jacobus, "The Equal Protection of the Laws", *op. cit.*, nota 30, p. 347.

tampoco es muy afortunada porque contiene una mezcla de las deficiencias de la inclusión deficiente y de la sobreinclusión.⁷⁷

2. *Doctrina de la clasificación sospechosa*

La afirmación de la igualdad humana está estrechamente asociada con la enérgica oposición a que las diferencias de credo, raza, nacimiento, etc., sean significativas o relevantes a la hora de decidir cómo deben ser tratadas las personas. Sin embargo, suponer que toda clasificación sobre estas características debiera ser nula es, además de radical, parcial en el sentido de que no todas las clasificaciones son inconstitucionales, sino que requieren de un examen o análisis más estricto de los motivos que las impulsan. Así, existirá una presunción de inconstitucionalidad contra las leyes que empleen rasgos definitorios tales como: el color, la raza, el sexo, el credo religioso, etc., y en consecuencia, deben ser revisados (en Estados Unidos por los Tribunales) con un juicio más estricto.⁷⁸ Ya no se trata únicamente del requisito de identificar

⁷⁷ Así, la norma que prohíbe la entrada de perros en bares y restaurantes es doblemente inapropiada porque no incluye a otros animales que pueden ser tanto o más molestos que los perros, como los chimpancés o los leopardos (infrainclusividad), y porque no excepciona la entrada de perros adiestrados y necesarios como los lazarillos (suprainclusividad). Alfonso Ruiz Miguel hace también un análisis de los modelos de razonabilidad de Tussman y tenBroek, en Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, p. 52.

⁷⁸ En México, podrían introducirse nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad, por ejemplo la llamada “cuestión de inconstitucionalidad”. Por medio de este proceso los jueces ordinarios pueden plantear ante el tribunal constitucional alguna duda que tengan sobre la conformidad a la Constitución de algún ordenamiento que deban aplicar. Ver Carbonell, Miguel, “Democracia, gobernabilidad y cambio constitucional”, en González Parás, José y Labra Manjarrés, Armando, *La gobernabilidad democrática en México*, México, INAP-Secretaría de Gobernación, 2000, p. 121. Ver en general, Carpizo, Jorge, “La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente”, en Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 533-565.

el propósito de la ley sino que también deberá evaluarse el propósito en sí mismo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos utiliza tres estándares de revisión al enjuiciar la constitucionalidad de una clasificación normativa:

1. *Rational Relationship Test*, evaluación de la relación razonable.
2. *Strict Scrutiny Test*, escrutinio estricto.
3. *Intermediate Test*, evaluación intermedia.

El primero ha sido empleado por la Corte para el examen de las relaciones socioeconómicas. Este estándar tan sólo exige la razonabilidad de la relación entre los medios (la regulación) y los fines perseguidos por la norma, asumiendo que toda legislación debe tener un objetivo público legítimo; como es fácilmente deducible, los tribunales han mostrado una gran deferencia hacia las clasificaciones legislativas en ese ámbito. Esta deferencia tanto hacia el fin de la norma como hacia la selección legislativa de los medios, convierte la existencia de razonabilidad en un equivalente de una fuerte presunción de constitucionalidad.

En el escrutinio estricto, las clasificaciones legislativas que afectan a derechos fundamentales o sugieren prejuicios contra ciertas razas u otras minorías⁷⁹ son examinadas por la Corte Suprema de acuerdo con un análisis más cerrado. Bajo esta evaluación (*test*), la Corte Suprema no aceptará cualquier objetivo gubernamental permisible como suficiente para apoyar una clasificación, sino que requerirá que el autor de la norma demuestre que persigue un fin primordial, con un valor tan grande como para justificar una limitación de valores constitucionales fundamentales. Incluso si logra

⁷⁹ Sobre el concepto de minoría y grupos vulnerables, Pérez Portilla, Karla, "Aproximaciones al concepto de minoría", en Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Valadés Ríos, Diego (coords.), *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, t. III, pp. 245-264.

demonstrarlo, la Corte Suprema no admitirá la clasificación a menos que llegue a la conclusión de que tal clasificación es necesaria para promover aquel interés primordial. Es decir, tiene que existir una relación cerrada entre la diferencia normativa y la promoción del interés primordial. Actualmente las leyes que clasifican a las personas sobre la base de su pertenencia a una minoría racial o por su origen nacional, son juzgadas sospechosas y sujetas a este estricto escrutinio de revisión.

La evaluación intermedia se ha aplicado primordialmente, a clasificaciones por género, a diferencias de nacimiento y extranjería. Tribe identifica seis técnicas concretas de *intermediate test*:

1. Insistir en que los objetivos perseguidos por una clasificación son “importantes”, aunque no lleguen a ser primordiales, como demandaría un escrutinio estricto.
2. Requerir que las reglas empleadas por el autor de la clasificación estén sustancialmente dirigidas a la consecución de los objetivos invocados para defender aquellas reglas.
3. Enfocar la diferencia no desde un punto de vista deferente hacia la autoridad legislativa, o desde una perspectiva objetivamente neutral, sino desde el prisma del grupo en situación de desventaja por sí mismo; este enfoque requiere que el juez intente obtener la perspectiva de un grupo al que no pertenece.
4. Requerir una articulación actual, es decir, rehusar suplir la diferencia cuestionada con un criterio dibujado en la imaginación judicial.
5. Limitar el uso de ideas adicionales posteriores para justificar la regla discriminatoria. En especial, hay que comprobar si detrás de una regla para compensar, por ejemplo, pasadas discriminaciones contra las mujeres, no está el “tradicional” modo de pensar sobre ellas.
6. Requerir que el esquema legal sea alterado tanto como lo permita la refutación en casos individuales. El legislador no debe actuar al “por mayor” cuando ciertas materias sensibles están en cuestión.

Todo esto es muestra de que la igualdad en la aplicación de la ley y en el contenido de la ley son parte de una misma cosa. Dentro de la igualdad en el contenido de la ley, la igualdad es exigencia de razonabilidad de la diferencia, pero también implica la aplicación de un estándar de revisión más riguroso para las clasificaciones sospechosas (las adoptadas teniendo en cuenta la raza, ante todo, pero también el género y otros factores).

La revisión de la finalidad de las normas y de la adecuación de la distinción establecida por la misma norma a su propia finalidad, constituyen los presupuestos sobre los cuales se estará en posibilidad de hablar de una igualdad en el contenido de la norma. Asimismo, son exigencias de este “nuevo” alcance de la igualdad, la diferenciación y su fundamentación bajo el mandato —implícito o explícito— de no discriminación.

Capítulo sexto

MANDATO ESPECÍFICO DE NO DISCRIMINACIÓN 109

 I. Elementos para la definición de “discriminación” . 111

 II. Rasgos vedados 119

 III. Normativa internacional 124

 IV. Mandato de no discriminación: violación cualificada
 del principio de igualdad 128

CAPÍTULO SEXTO

MANDATO ESPECÍFICO DE NO DISCRIMINACIÓN

Discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, o formular una distinción que, definitivamente, es contraria a algo o a alguien. Quizá en una frase más breve, podría decirse que discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible; es decir, la discriminación no se equipara a cualquier trato desigual sino a una desigualdad que toma como base un criterio no razonable e incluso prejuicioso y estigmatizador. El contenido que podría entonces tener el mandato de no discriminación se formularía de la siguiente manera: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra.

Nuevamente, como con el principio genérico de igualdad, surgen al menos dos cuestiones centrales: qué se debe entender por “razones relevantes” y cuáles son los criterios aceptables y, en ambos casos, cómo los identificamos.⁸⁰

En los sistemas democráticos cuyas cartas fundamentales contienen un mandato de no discriminación, ha sido la jurisprudencia la que ha clarificado y la que ha dado nuevas dimensiones al principio de igualdad.

De cualquier forma, cuando un ordenamiento jurídico reúne al mandato de no discriminación señalado de manera expresa y al prin-

⁸⁰ Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 7, septiembre-diciembre de 1990, p. 179.

cipio genérico de igualdad (que incluye la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en el contenido de la propia ley) garantiza la doble función que corresponde a la igualdad, a saber: ser límite objetivo del poder y ser derecho fundamental de la persona, de acuerdo con el doble significado de la Constitución, como *Frame of Government* (estructuración del poder) y como *Declaration of Rights* (declaración de derechos).

En cuanto límite objetivo del poder, se ha constatado que el principio de igualdad supone exigencias valorativas o materiales en las diferencias de trato, como “igualdad en la ley” o en las decisiones de los poderes públicos.

Se ha requerido también una justificación objetiva y razonable de un trato normativo diferente y se han vedado las diferencias de trato irrazonables, desproporcionadas o arbitrarias. La igualdad deviene así un principio informador de toda regulación jurídica y de toda actuación de los poderes públicos al tiempo que permite el control constitucional de toda acción; en particular de la acción legislativa y de las diferencias normativas creadas o establecidas en las leyes.

Por tanto, el principio de igualdad ha supuesto un impacto profundo tanto en el control de las desigualdades normativas de trato, exigiendo la razonabilidad de las distinciones normativas, como en la acción de los poderes públicos. Ha operado también respecto al poder judicial en particular, a través del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que impide que criterios aplicativos consolidados previos, se quiebren en un caso concreto y obliga a los jueces y tribunales a un cierto continuismo y consistencia en sus decisiones o, en su caso, a motivar los cambios de criterio, en el entendido de que no pueden limitarse a decidir un caso en concreto. Así, el principio de igualdad ha operado en apoyo de otros derechos constitucionales, al entenderse que la igual protección de los derechos —base del principio de igualdad— no es sólo un derecho fundamental por sí mismo, sino además una condición de ejercicio de los demás derechos fundamentales, tales como: la libertad religiosa, de expresión, de opinión, etcétera.

En este mismo orden se considera, por tanto, que la diferenciación de trato en el ejercicio de un derecho fundamental puede ser al mismo tiempo desconocimiento de ese derecho fundamental y también lesión del principio de igualdad.

Por otro lado, la prohibición de 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 especialmente “odiosos”. Para ello resulta relevante la utilización del término discriminación que se toma de una serie de instrumentos internacionales que reconocen, como derecho universal de la persona humana, junto al derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a no ser discriminado. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, y de los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁸¹

I. ELEMENTOS PARA LA DEFINICIÓN DE “DISCRIMINACIÓN”

El exponente más claro del desajuste que produce la respuesta jurídica del “derecho liberal” a la situación de injusticia sufrida por determinados grupos sociales, lo tenemos en la teorización doctrinal o dogmática de la discriminación. Es usual distinguir en la doctrina jurídica un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción al principio general de igualdad y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurre alguno de los criterios de diferenciación prohibidos.⁸²

⁸¹ 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.

⁸² Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 60, mayo-agosto de 2001, pp. 146 y 147.

También es posible identificar un significado tradicional o “neutro” del término discriminación y un significado jurídico.

El significado tradicional de discriminar es: separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra, mientras que el sentido de discriminar en el lenguaje jurídico contiene una carga peyorativa; se traduce en dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. Es decir, por aquellos motivos que se ha dado en llamar odiosos, críticos, prohibidos o vedados. En este sentido, la discriminación deja de tener un sentido neutro y los motivos que impulsan la discriminación ya sean características individuales o sociales, se califican como odiosos porque no tienen relación con los méritos, capacidades y en síntesis, con la dignidad del individuo, o bien, con la conducta concreta de la persona individual.

La prohibición de la discriminación “contra” se constituye así, como una reacción contra una violación cualificada de la igualdad, pero que va más allá del juego de la prohibición de desigualdades irrazonables de trato y tiende a eliminar e impedir diferencias “contra” el individuo por sus caracteres innatos o por su pertenencia a categorías o grupos sociales específicos.⁸³

A la luz de estos primeros bosquejos, es posible distinguir una característica muy peculiar que no se había encontrado en las manifestaciones anteriores del principio de igualdad. Se trata de un aspecto determinante del derecho antidiscriminatorio⁸⁴ —por su

⁸³ Se utiliza la cualificación de “contra” para distinguir entre la interpretación neutra de discriminar como diferenciar o distinguir, y la función peyorativa del término discriminar en función de criterios especialmente odiosos. *Cfr.* Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación, cit.*, nota 31, p. 95.

⁸⁴ Lo que hoy se conoce como derecho antidiscriminatorio tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial. Se puede hablar del mismo como de la respuesta, en términos jurídicos, a las revueltas protagonizadas fundamentalmente por la minoría negra de este país; revueltas que fueron contextualizadas y, en cierta medida, canalizadas en la conocida lucha desarrollada por los derechos civiles. Ver Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: sub-

puesto reflejado en los mandatos de no discriminación— que ha de destacarse desde el principio: su carácter “grupal”. Es decir, que a través del mismo no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo sino que, precisamente, lo que el derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (generalmente designado por el color de la piel, su origen étnico, el sexo, etc.) frente a quienes pertenecen a otro. Pero esta característica —que como se acaba de señalar, constituye el rasgo fundamental y sin el cual carece de sentido hablar de un derecho antidiscriminatorio— hace tambalearse a las estructuras jurídicas edificadas sobre una concepción de la igualdad de corte liberal y basada en el individuo, a la que le son ajenas las demandas de grupos y, en particular, está poco preparada para dar efectividad a los derechos colectivos.⁸⁵

En síntesis, el mandato de no discriminación, además de evitar diferencias de trato rechazables por su afectación a la dignidad humana, trata de proteger a grupos desfavorecidos y discriminados, para procurarles una igualdad efectiva (por protegerles en concreto). La paridad deviene ahora, un medio al servicio de la igualdad efectiva o real como fin que se trata de conseguir. Esa prohibición representa una explícita interdicción del mantenimiento

ordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *op. cit.*, nota 82, pp. 145 y 146.

⁸⁵ Son derechos colectivos, tanto aquellos que tienen los individuos que pertenecen a una cierta comunidad, en razón justamente de esa pertenencia; como los derechos que tiene un grupo minoritario frente a la mayoría. Esto es así porque se asume que el derecho de nuestros ordenamientos jurídicos adopta un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etc., y esto significa que no siempre actúa de manera neutra, por lo que ciertos derechos deben ser asignados a ciertos grupos en particular; por ejemplo, la exención del cierre dominical de negocios para los judíos, por tratarse de un derecho u obligación de base católica. Otro ejemplo puede ser el derecho a una representación adecuada de las minorías en los cuerpos legislativos dada su escasa participación. Para abundar, ver Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, *cit.*, nota 48, pp. 102-106.

de diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población en posiciones no solamente desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona.

Potenciar las posibilidades del derecho antidiscriminatorio exige, pues, efectuar una crítica en profundidad de sus presupuestos, así como abrir unos cauces de revisión de los mismos, empezando por el concepto mismo de discriminación.

A diferencia de otros conceptos incluidos en declaraciones y convenciones internacionales, el concepto de discriminación ha merecido una especial atención por parte de los expertos. En consecuencia, existe una definición técnica satisfactoria del concepto de discriminación.

La historia de esa definición comienza con el convenio formulado por la Organización Internacional del Trabajo en el año 1958. Se trata del Convenio núm. 111⁸⁶ relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. La definición ahí formulada fue tomada posteriormente en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960.⁸⁷ Luego fue mejorada en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965⁸⁸ y, por

⁸⁶ Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, artículo 1.1. "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 objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación..." Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., nota 14, p. 329.

⁸⁷ Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, a. 1.1. "A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza..."

⁸⁸ Convención internacional sobre todas las formas de discriminación racial, artículo 1.1. "En la presente Convención la expresión 'discriminación

último, apareció en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.⁸⁹ Las interpretaciones y reformulaciones del concepto de discriminación, sin embargo, no se detienen aquí pero mantienen una cierta línea muy clara.

Así por ejemplo, documentos tales como la Observación General núm. 18 (1989), referida a la “No discriminación” adoptada por el Comité de Derechos Civiles y Políticos, interpreta también el concepto de discriminación. El Comité considera que el término “discriminación”, debe entenderse referido a:

“...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁹⁰

La Observación General núm. 18 decidió elaborar una definición particular dado que las anteriores correspondían a un tipo es-

racial’ denotará 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 cualquier otra esfera de la vida pública”.

⁸⁹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a. 1. “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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 cualquier otra esfera”. Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *op. cit.*, nota 14, p. 97.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 422.

pecífico de discriminación: hacia la mujer, a la discriminación racial, etcétera. Fue una decisión afortunada por su generalidad dado que entre tantas definiciones aun siguiendo una misma línea, existen diferencias que obedecen, sobre todo, a las materias particulares a las que se refieren.

La definición del ámbito, en el caso de la definición para el Pacto de Derechos Civiles y Políticos queda abierta, mientras que en el Convenio núm. 111 se refiere al empleo y la ocupación; en otras convenciones ya mencionadas se limita a su ámbito propio también, como lo es el de la enseñanza. La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, por su parte, menciona los ámbitos político, económico, social, cultural u “otros ámbitos de la vida pública”. En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer también aparece una lista de esferas: política, económica, social, cultural, civil “o en cualquier otra esfera”, lo cual pareciera dejar abierta, si es tan clara como la racial, otra esfera de la vida pública o aun esferas privadas, lo cual podría suponer problemas interpretativos.⁹¹

Como quiera que sea, de todas las definiciones que se han dado en diferentes instrumentos internacionales, es posible extraer algunas conclusiones:

1. Se ha consolidado un uso específico del término “discriminación” que ya no equivale a una mera diferenciación o distinción, sino que tiene una connotación negativa y peyorativa, basada en un doble orden de razones: el carácter “odioso” e inaceptable del criterio de diferenciación elegido, que es de una naturaleza particularmente injusta, al basarse en características personales o situaciones sociales del individuo discriminado que se encuentran al margen de su responsabilidad personal y la otra razón es que esa diferenciación de trato

⁹¹ *Cfr.* Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *op. cit.*, nota 80, p. 183.

supone para ese individuo un perjuicio y una desventaja no deseable por él.

2. Las definiciones internacionales de discriminación ponen el acento en el resultado. Más que el punto de partida (la diferencia de trato), les preocupa la consecuencia, es decir, la situación de desigualdad creada. Mientras que en el principio genérico de igualdad el acento se ha puesto en el momento previo, de diferencia o no de tratamiento, en la discriminación el acento se pone sobre todo, en el momento final.⁹²

Muy relacionado con esta última conclusión, está una clasificación doctrinal de la discriminación como directa o indirecta. Esta distinción analítica evalúa no sólo el punto de partida sino también la consecuencia; dando sin duda, un paso hacia adelante en la consecución de una igualdad efectiva o real.

La *Discriminación directa* rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Es decir, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. En términos generales, contempla el criterio formal de discriminación establecido en los mandatos de no discriminación. Suele identificarse con el *disparate treatment* del derecho anglosajón.⁹³

⁹² Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, p. 109.

⁹³ *Disparate treatment* y *disparate impact* son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconscientes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso y con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o inintencionalidad de la discriminación. Ver al respecto, Cfr. Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, España, Civitas, 1997, pp. 37 y ss.

La *discriminación indirecta* surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición —que lingüísticamente, se presenta como indiferenciadora o neutra— sino como resultado de los efectos o consecuencias de la misma. Puede darse cuando se usa un criterio no prohibido que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. De esta manera, sobre la base de la elección de criterios aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio. En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etc., sino que la aplicación de ese criterio incide perjudicialmente en los individuos de esas características y por ello, en el grupo al que pertenece ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el *disparate impact* o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.

En ambos casos el juicio de discriminación requiere de un *tertium comparationis*, es decir, necesita de un referente comparativo que, de este modo, se erige como modelo.

La introducción de la discriminación indirecta ha sido especialmente celebrada porque por un lado, supone abordar el tema de la desigualdad no sólo desde un punto de vista formal (cubierto por la figura de la discriminación directa), sino también real (basada en datos estadísticos) y, por otro lado, porque facilita un mecanismo procesal fundamental como es la inversión de la carga de la prueba que, como se ha visto, doctrinalmente compete a los tratamientos desiguales. Ahora, en concreto, cabe hacer mención del ámbito europeo, en donde esta aseveración ha cobrado vigencia. Es así, por ejemplo, la Directiva 97/80/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Concretamente, su artículo 4.1 establece lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no

aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.⁹⁴

II. RASGOS VEDADOS

Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que se pueden utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los portadores de ellos, aunque en ocasiones puedan ser injustos, por ejemplo, el favorecimiento de la contratación de jóvenes respecto de la de mayores de 45 o 50 años. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones, históricamente han tendido a afectar no tanto las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces incluso física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

Existe una graduación en la gravedad de los supuestos de discriminación. Algunos de los más graves históricamente han sido, sin duda, las persecuciones genocidas, en donde a la inmodificabilidad material del rasgo discriminatorio se ha solido unir un despliegue de odio de inmensas dimensiones. Cerca de ellas hay que situar a las persecuciones religiosas, ideológicas y similares, que no dejan más opción de sometimiento que un cambio de modo de vida puramente externo o ficticio y la ocultación del rasgo.

En los sistemas democráticos actuales el riesgo más grave reside en las diferenciaciones por prejuicios descalificatorios de carácter estigmatizador o despectivo, típicos en la conducta social

⁹⁴ Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, nota 82, p. 151.

hacia ciertas minorías raciales o simplemente, los de carácter minusvalorador, como tradicionalmente viene ocurriendo con las mujeres, confinadas en roles subordinados.

Aunque graves por su afectación a la dignidad humana y por ello merecedoras de atención y vigilancia, las distinciones por el nacimiento, la religión o la opinión, no son tan frecuentes hoy, en los sistemas democráticos al menos, como la honda y dilatada rai-gambre discriminatoria que todavía pervive socialmente en la raza y el sexo.

Por otro lado, aceptada esa gradualidad de la escala, también es de tomarse en cuenta que aparecen y reaparecen formas de discriminación como producto de otros prejuicios, tradicionalmente no considerados. En este punto cabe elogiar la previsión jurídica de las cláusulas discriminatorias abiertas, que facilitan la especial protección de nuevas formas de grave discriminación, incluyendo en tal apertura el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que en realidad siempre han sido intolerables, como hacia los discapacitados o hacia las personas con orientaciones homosexuales.⁹⁵

Una revisión de los textos básicos de la normativa internacional revela que hay una constante en todos ellos, en el sentido de que formulan nóminas de criterios críticos, es decir, enumeran rasgos o condiciones generales que pueden significar, típicamente, la realización de actos discriminatorios, así como formulaciones que avalan el principio de igualdad. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha sentado la base de la enumeración estándar de criterios críticos (artículo 2o.), que incluye rasgos o condiciones:

- a) Adquiridos naturalmente (raza, color, sexo).
- b) Condicionados culturalmente (idioma, religión, nacimiento, origen social, posición económica).

⁹⁵ *Cfr.* Ruiz Miguel, Alfonso, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

- c) Condicionados jurídicamente (origen nacional).
- d) Decididos personalmente (opinión política o de cualquier índole).

Es claro que las categorías clasificatorias no son totalmente nítidas y que hay criterios críticos que pueden asignarse al mismo tiempo a varias categorías. El listado de la Declaración Universal se reitera en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.⁹⁶

En los distintos instrumentos internacionales así como en varias Constituciones se hace un listado, por lo general únicamente enunciativo, de algunos criterios de discriminación expresamente prohibidos. Así también, en muchos casos se utiliza la técnica de la “cláusula general” que quita importancia a la cuestión de la lectura restrictiva de las circunstancias expresamente previstas.

En términos generales, unas causas de discriminación corresponden a características inmanentes, “heredadas”, del ser humano, con las que éste nace, que responden a su ser biológico; así como el nacimiento, la raza, el sexo, la condición o circunstancia personal. Básicamente lo que está en juego, es la idea de igualdad entre los seres humanos, que se negaría cuando tales circunstancias puedan suponer un perjuicio para el que ha nacido con ellas. Otras causas, aunque pueden estar influidas por el factor hereditario, son a su vez, productos de decisiones o elecciones del ser humano; es el caso de la religión, la opinión y algún tipo de condición o circunstancia social. En este tipo de causas, no sólo está en juego la igualdad, sino también el ejercicio de ciertas libertades y derechos.⁹⁷

Muchos de los criterios enunciados obedecen a discriminaciones de carácter histórico, así sucede por ejemplo, con la raza y el

⁹⁶ Rabossi, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *op. cit.*, nota 80, p. 179.

⁹⁷ *Cfr.* Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, *cit.*, nota 31, pp. 178 y 179.

nacimiento. Por lo que hace a las diferencias raciales, éstas han sido el producto de las conquistas, colonizaciones y procesos de descolonización. Se han acentuado en algunas regiones más que en otras y se extienden a características físicas, como el color o rasgos étnicos diferenciados, así como a características puramente culturales, como la pertenencia a una tribu, linaje o familia. En el mismo sentido, la discriminación por nacimiento tiene sus más profundas raíces en los privilegios de origen feudal, ligados precisamente al azar del nacimiento. Esta prohibición de discriminación en razón del nacimiento puede ser interpretada bajo esta luz, como una prohibición de ostentar títulos nobiliarios y, por otro lado, se puede extender también a los problemas derivados de la filiación fuera y dentro del matrimonio.

La aspiración a la igualdad entre los sexos, es también un motivo fundamentalmente histórico que justifica su inclusión expresa en el listado en virtud de que la discriminación contra la mujer se trata, como ha señalado Fernando Rey Martínez, de la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia, hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores) y la más primaria, porque siempre se añade a todas las demás.⁹⁸

La religión es también un factor de discriminación frecuentemente enunciado, baste recordar que la intolerancia religiosa ha sido a lo largo de la historia un punto clave utilizado tanto para conquistas y guerras como para las más atroces persecuciones. Del mismo modo, la opinión política es de frecuente inserción y no sólo la opinión política, sino la de cualquier otra índole. Se trata de un reforzamiento a la libertad de pensamiento y también de expresión, que se incluye porque es un elemento básico de la dignidad humana y de la libertad de elección del hombre.

En última instancia, en virtud del carácter puramente enunciativo de los listados de rasgos o criterios prohibidos en los mandatos de no discriminación, se recurre con frecuencia a las cláusulas de cie-

⁹⁸ Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, nota 64, p. 1.

re abiertas,⁹⁹ en donde siempre será posible interpretar tanto los criterios expresos como los de posible inclusión conforme a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas. Sin embargo, siempre que se recurre a la utilización de cláusulas generales o abiertas, se plantea el problema de su alcance. La respuesta a este posible conflicto será dada por el propio concepto de discriminación en su sentido peyorativo, de discriminación “contra”. Así, en los casos en que haya una redacción abierta de causas de discriminación, la cláusula general no puede emplearse de forma tal que quite importancia a los supuestos expresamente incluidos sino de forma que permita que si existen o se producen situaciones similares de victimización por factores no previstos expresamente, éstas encuentren amparo y tutela constitucional. Es por tanto, de tomar muy en cuenta, que si bien los factores de discriminación que se hacen explícitos en los diferentes instrumentos obedecen en general a circunstancias históricas pasadas, no se encuentran en la actualidad exentos de discriminación. Se trata de rasgos que han generado una costumbre de minusvaloración y que hay que proteger hoy en día no como reprobación de lo ocurrido en el pasado, sino por la situación presente y además, las cláusulas abiertas sirven también como evidencia de la comprensión de que siempre se puede ser más igual a través de la eliminación de todas y cada una de las causas que generan la disparidad entre las personas.

En síntesis, el fundamento de la prohibición de discriminación no se encuentra en el principio general que prohíbe desigualdades “arbitrarias” de trato, del que se deduzca luego la arbitrariedad de ciertas distinciones, tipificadas como irrazonables, sino de una

⁹⁹ Estas cláusulas abiertas, con las que se concluye, se articulan de distintas maneras; por ejemplo, en el caso de la Constitución mexicana: “Se prohíbe toda discriminación motivada por... o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”; o bien, en la Declaración universal de derechos humanos “cualquier otra condición”; en la Declaración americana “alguna otra” y así por el estilo.

valoración internacionalmente aceptada de la dignidad humana y, en consecuencia, de la igualdad entre todos los seres humanos. No es la arbitrariedad como tal, sino la común dignidad de todos los hombres la que se pone en juego y la que fuerza a esa puntual intervención nacional e internacional. Se trata de una lucha contra unas desigualdades especialmente reprobables que, si prevalecieran, se estaría negando la paridad de dignidad social entre los seres humanos y considerando a unos no sólo diferentes sino incluso inferiores.¹⁰⁰

III. NORMATIVA INTERNACIONAL

La concepción de la discriminación como una noción peyorativa, se confirma en una serie de instrumentos internacionales nacidos en el seno de las Naciones Unidas. En lo que respecta al tratamiento de la discriminación, estos instrumentos podrían clasificarse en dos grandes grupos:

- a) Instrumentos internacionales que contienen una cláusula antidiscriminatoria en donde se trata de conseguir, al prohibir la discriminación, la plena efectividad de algunos derechos, cuya protección es el objetivo fundamental de esos instrumentos. La tutela antidiscriminatoria en estos casos es principalmente un instrumento para la efectividad del conjunto de derechos que trata de proteger el instrumento internacional. Tal es el caso, de:

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, artículo 2.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, p. 110.

¹⁰¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2. "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 cual-

2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, artículos 2.1. y 26.¹⁰²
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, artículo 2.2.¹⁰³
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, artículo 1.¹⁰⁴
5. Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, artículo 2.¹⁰⁵

quier otra condición...”. Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *cit.*, nota 14, p. 39.

¹⁰² Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 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 cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 26. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Ibidem*, p. 47.

¹⁰³ Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 2.2. “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”. *Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁴ Convención americana sobre derechos humanos, artículo 1.1 *Obligación de respetar los derechos*. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. *Ibidem*, p. 251.

¹⁰⁵ Convención sobre los derechos del niño, artículo 2.1. “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición econó-

- b) Existen otros instrumentos cuyo objetivo prioritario es la lucha contra la discriminación y se centran en algunos de los motivos básicos de discriminación, mismos que se tratan de evitar y suprimir a través de la prohibición de discriminación. Es el caso de:¹⁰⁶
1. Convenio núm. 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 1951.
 2. Convenio núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958, artículo 1.
 3. Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960.
 4. Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1963.
 5. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965.
 6. Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1967.
 7. Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, de 1973.¹⁰⁷

mica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”, artículo 2.2. “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. *Ibidem*, p. 119.

¹⁰⁶ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, cit., nota 31, pp. 92 y 93.

¹⁰⁷ El crimen de *apartheid*, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid*, incluye las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional. El término denota actos inhumanos que tienen como fin instituir y mantener la dominación de un grupo racial sobre otro y oprimirlo sistemáticamente. Los actos pueden consistir en: la denegación del derecho a la vida y a la libertad, el asesinato, atentados graves contra la integridad física o mental, tortura, detención arbitraria, condiciones de existencia degradantes, impedimento de participación en la vida política, división de la

8. 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, de 1978.
9. Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, de 1978.
10. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.
11. Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, de 1981.
12. Convención internacional sobre el *apartheid* en los deportes, de 1985.
13. Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, de 1990.

La normativa internacional se dirige además, a favorecer o ayudar a las víctimas de la discriminación, que no son individuos o casos aislados, sino pertenecientes a ciertos grupos o categorías que se encuentran sistemáticamente en situación desventajosa. La tutela internacional frente a la discriminación responde así tanto a la injusticia del criterio de la diferenciación adoptado, como al resultado social que se derivaría de la admisión de discriminaciones.

La diferenciación de trato que se califica como discriminatoria presupone, en el plano social, una "victimización", una marginación, una cierta exclusión social, que no sólo contradice la igual dignidad entre los hombres, sino que también produce una inestabilidad social al construir una sociedad sobre bases injustas y ello

población formando guetos separados, prohibición de matrimonios mixtos, expropiación de bienes, trabajo forzado y persecuciones, todo esto en atención a la pertenencia a un grupo racial determinado.

se recuerda en los Preámbulos de los pactos, al vincular la tutela discriminatoria con la paz a través de un orden social justo.

La tutela antidiscriminatoria en el plano internacional no se puede reducir a una mera imposición de igualdad de trato entre la víctima y el trato estándar, cuando de tal mandato no se derive el remediar o evitar la existencia de discriminaciones, o incluso si tal mandato puede servir para mantener situaciones discriminatorias preexistentes. Es claro que la normativa internacional ha tratado de eliminar las discriminaciones imponiendo una equiparación hacia la norma estándar, pero también impone medidas complementarias de protección y apoyo a las “víctimas” tendentes a reducir las discriminaciones. La razonabilidad, la no arbitrariedad, aparece de nuevo aquí al juzgar una diferencia de trato, pero ahora a la luz de la excepción a la regla general de parificación que aparece como instrumento de la tutela antidiscriminatoria.

La normativa internacional trata así de eliminar no sólo las discriminaciones “legales”, como la creación de normas o los actos de los poderes públicos, sino que considera como discriminadores a esos poderes públicos si toleran y admiten, de parte de los privados, conductas discriminatorias. Los sujetos activos de la discriminación prohibida, aparte de los poderes públicos, pueden serlo los sujetos privados y suprimir y evitar estas discriminaciones, aunque aquí los mecanismos para ello pueden ser distintos, forma parte también de la tutela antidiscriminatoria a la que se comprometen los Estados que aceptan estos Pactos y Convenios.¹⁰⁸

IV. MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN: VIOLACIÓN CUALIFICADA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La distinción de la operatividad propia del mandato antidiscriminatorio, con respecto al genérico principio de igualdad, supone adoptar un concepto restringido de “discriminación” según el cual

¹⁰⁸ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación, cit.*, nota 31, pp. 111-113.

ésta no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cultural hasta afectar de manera gravemente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo.¹⁰⁹

Hasta ahora, la relación entre el principio de igualdad y la no discriminación se ha entendido bajo el supuesto de que el principio de igualdad se trata de un deber impuesto al legislador para que no discrimine ni en el contenido ni en el propósito de la norma, así como para el juzgador para que no lo haga al momento de su aplicación. Sin embargo, uno de los efectos más relevantes de la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato de no discriminación, lo estableció el Tribunal Constitucional español en la sentencia 108/1989, del 8 de junio (Rubio Llorente), al mantener que el principio genérico de igualdad es sólo alegable frente a normas jurídicas mientras que las cláusulas específicas antidiscriminatorias serían también directamente aplicables a las relaciones entre particulares:

“...el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el a. 14 CE”.¹¹⁰

La distinción del mandato de no discriminación puede observarse también en la doctrina de la clasificación sospechosa, en donde la desigualdad jurídica de trato no vulnera, como se distin-

¹⁰⁹ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota 77, pp. 53 y 54.

¹¹⁰ Se refiere al Título I, Capítulo Segundo: Derechos y libertades, a. 14 de la Constitución española: “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”.

gue en la doctrina de la clasificación razonable, el sentido tradicional de la igualdad en el contenido de la norma, sino que, en la discriminación, la desigualdad jurídica se basa en uno de los criterios típicamente prohibidos,¹¹¹ tales como: el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, o la orientación sexual, entre otros. De este modo, se entiende que la igualdad en el contenido de la norma y la prohibición de discriminación no son realidades fungibles y que debe ponerse especial énfasis en la precisión de los términos:

1. Las desigualdades no razonables, según el principio de igualdad en el contenido de la norma, podrían denominarse: discriminaciones en sentido amplio.
2. Las desigualdades que afecten a la prohibición de discriminación (como mandato constitucional) y se estimen no legítimas, podrían calificarse como discriminaciones en sentido estricto.

En otras palabras, el término “discriminación” tiene un significado amplio, como equivalente a toda infracción de la igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concorra alguno de los criterios expresamente prohibidos.¹¹²

Como se puede constatar, aun siendo manifestaciones del mismo valor constitucional de igualdad, la prohibición específica de discriminaciones “en razón de” tiene rasgos distintivos respecto al

¹¹¹ Cabe adelantar, aunque se verá con más detalle, que la Constitución mexicana se inscribe en esta ideología al establecer en el párrafo tercero del artículo 1o. vigente:

“...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 las libertades de las personas”.

¹¹² Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., nota 64, p. 56.

principio general de igualdad de trato y de razonabilidad de las diferencias, tanto en lo que se refiere al contenido como al sentido, alcance y vinculabilidad de una y otro. Existe, por tanto, la posibilidad de diferenciar el sentido del mandato discriminatorio en distintos aspectos, a saber:

1. El principio de igualdad de trato es un límite referido sólo a la actuación de los poderes públicos, pero abarca a todos los campos y sujetos en los que puedan establecerse diferencias de trato cuya posible arbitrariedad se ponga en duda. Por otro lado, la prohibición de discriminación forma parte de la tutela de los derechos fundamentales y tiende a proteger a la persona humana como tal. La exigencia de no prevalecer discriminación alguna está estableciendo un programa más ambicioso, no limitado solamente al ámbito de lo público, sino incluyendo asimismo el campo de las relaciones privadas donde además, los fenómenos discriminatorios son más intensos y difíciles de detectar y corregir.
2. Mientras que en la mera igualdad son posibles todas las alternativas, salvo la irrazonable o arbitraria; en la no discriminación se impone un mandato de no discriminación, normalmente a través de una exigencia de paridad de trato que no deja en principio otra opción a los poderes públicos. Es decir, el principio de igualdad de trato respeta en sustancia la discrecionalidad, dentro de un amplio poder de decisión de los poderes públicos en la fijación de metas y de medios. La no discriminación, por su parte, trata precisamente de eliminar la discrecionalidad de los poderes públicos a través de prohibiciones concretas.
3. Las discriminaciones prohibidas presuponen cierta sistematicidad y son el resultado de una implícita o explícita regla jurídica o social: los actos discriminatorios siguen o anuncian a otros y el discriminado lo es en cuanto pertenece a un grupo o categoría social. La igualdad de trato hace referencia a situaciones genéricas, las razones de arbitrariedad pueden

ser muy variadas y heterogéneas y las situaciones de desigualdad arbitraria se dan en consecuencia, caso por caso y a la luz de una relación concreta de comparabilidad con otro sujeto respecto al cual se pretende una similitud de situaciones. Se considera, en consecuencia, sólo el elemento formal tomado en cuenta para hacer la diferenciación y únicamente en el momento de hacerla.

4. El principio de igualdad de trato supone jurídicamente la invalidez de los actos o reglas que supongan un tratamiento desigual arbitrario; la no discriminación, además de prohibir e invalidar los actos discriminatorios, tratará, porque ese es su alcance finalista, de remediar el problema, mediante medidas específicas que favorezcan y promuevan la integración e igualación de los individuos y grupos con los demás, eliminando situaciones fácticas de discriminación. Se trata, por un lado, de un límite muy concreto y supone, el no prevalecer, no sólo de los actos discriminatorios, sino también de las situaciones fácticas discriminatorias.¹¹³

Se trata, en suma, de un mismo principio: el de igualdad, que opera de diferente modo, en función de cuál sea el factor de diferenciación. Mientras existe violación al principio de igualdad en el contenido de la ley por la ausencia de razonabilidad, existe violación al derecho fundamental a no ser discriminado (en virtud del genérico principio de igualdad), cuando se incurre en la diferenciación partiendo de los criterios expresamente prohibidos. Es decir, mientras que el principio de igualdad en el contenido de la ley exige tan sólo razonabilidad de la diferencia de trato, el mandato de no discriminación se constituye como el derecho fundamental a no ser discriminado.

No discriminación significa no sólo la supresión de actos o medidas discriminatorias, sino también, la ausencia de situaciones

¹¹³ Cfr. Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación, cit.*, nota 31, pp. 156-166.

discriminatorias objetivas consistentes en desigualdades de hecho entre individuos o grupos sobre la base de uno de los criterios prohibidos.

Puede deducirse que la prohibición de discriminación se inscribe como una manifestación más del principio genérico de igualdad. Esta vez, no se limita a los actos de los poderes públicos sino que también va dirigido a los particulares.

Por otro lado, debe hacerse notar que así como el principio de igualdad, en sus diversas perspectivas, el de no discriminación también evoluciona y adquiere matices cada vez más sofisticados. En principio, puede destacarse que la noción de discriminación, aparte de evolucionar con el tiempo y las circunstancias, es tributaria tanto de la materia a la que se aplica, como de la propia razón vedada en que se funde: no es exactamente igual la discriminación por sexo que la discriminación por raza y éstas son muy diferentes a su vez, de las discriminaciones por motivos religiosos.

La discriminación atiende a las consecuencias del acto discriminatorio y no sólo al punto de partida. El primer enfoque inscribe al mandato de no discriminación en un entramado de posibilidades abiertas que han logrado definirse a través de los distintos medios que se han elaborado para terminar con las discriminaciones de hecho y con el consecuente efecto de desigualdad real. Esto es así, porque la diferencia de trato en la discriminación tiene un resultado específico, del que la diferenciación ha sido el medio y que consiste en la creación de una situación discriminadora objetiva, que anula o menoscaba para el discriminado el goce de determinados derechos, ventajas o beneficios y que perjudica sus intereses y necesidades.

Es precisamente en función de ese resultado como debe juzgarse todo el fenómeno discriminatorio y es, a la vez, el que deja abierta la posibilidad de adopción de medidas positivas antidiscriminatorias, más allá de la mera parificación formal absoluta.

La importancia de ese resultado, por su parte, relativiza y flexibiliza el propio concepto de discriminación y a las formas de lucha contra ella, que habrán de adaptarse a las peculiaridades de-

rivadas, tanto del tipo de discriminación que se pretende eliminar (racial, religiosa, sexual, etcétera) como a la materia misma en que la discriminación se realice (en el ámbito del trabajo, de la educación, etcétera).¹¹⁴

Una vez que se identifican los grupos potencial y actualmente en desventaja, resulta congruente tomar cartas en el asunto. Cada manifestación del principio de igualdad es un logro alcanzado que abre nuevos cauces al evidenciar las tareas pendientes. La inserción del mandato específico de no discriminación, no es la excepción si se toma en cuenta que la identificación de los grupos más necesitados, es un primer paso para la puesta en marcha de acciones que disminuyan y eliminen tales situaciones de vulnerabilidad.

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 172 y 173.

Capítulo séptimo	
IGUALDAD SUSTANCIAL	135
I. Igualdad formal e igualdad sustancial: características e implicaciones	137
II. Manifestaciones teóricas de la igualdad sustancial	142
1. Igualdad de oportunidades	142
2. Igualdad en los resultados	156
III. Manifestaciones prácticas de la igualdad sustancial	157
1. Igual satisfacción de las necesidades básicas ...	158
2. Igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales	166

CAPÍTULO SÉPTIMO
IGUALDAD SUSTANCIAL

Equality makes noncircular commands and imposes non-empty constraints only to the degree that we are willing to posit substantive ideals to guide collective choice*

Laurence TRIBE

La tutela antidiscriminatoria de los grupos o personas minusvaloradas por los rasgos constitutivos de cláusulas específicas de no discriminación, no puede reducirse a facilitar el juicio sobre la constitucionalidad de la diferenciación (eso ya está previsto por la igualdad en el contenido de la ley). El legislador no sólo puede, sino que debe establecer acciones para eliminar la discriminación que él mismo ha señalado como especialmente “odiosa”. Estas acciones se traducirán, en algunos casos, en un mandato de parificación; pero en otros, por el contrario, habrán de consistir en diferenciaciones normativas favorables a los que están en una posición de desventaja y tendrán como objetivo eliminar la desigualdad material. La utilización del término discriminación; el sentido tajante en que se redacta la prohibición y la propia existencia del listado; junto a argumentos de derecho comparado y de la evolución histórica del principio de igualdad, son argumentos que ha-

* La igualdad no se traduce en mandatos tautológicos, ni impone obligaciones vacías cuando existe la determinación de guiar la voluntad general a través de ideales sustanciales. Tribe es citado por Chemerinsky, Erwin, “Equality”, *op. cit.*, nota 17, p. 263.

cen razonable llegar a esta conclusión.¹¹⁵ En efecto, el estadio más reciente en el recorrido de la igualdad a través del texto de las Constituciones más modernas se encuentra en el principio de igualdad sustancial, es decir, en el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden 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.¹¹⁶

La igualdad material es el último escalón en la evolución del principio de igualdad en el constitucionalismo del siglo XX. Para las Constituciones contemporáneas ya no es suficiente con garantizar la igualdad formal en las leyes. El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar en la sociedad para conseguir la igualdad real de los ciudadanos.

En los Estados Unidos, el principio de igualdad material no aparece en la letra de la Constitución. Su existencia se debe a lo señalado por el Tribunal Supremo respecto al principio de igualdad formal. Para el alto Tribunal estadounidense la búsqueda de la igualdad material es, en algunos casos, una finalidad constitucionalmente admisible justificadora de la diferencia en el trato. El Tribunal Supremo decidió que la Constitución americana permitía una diferencia en el trato basada en la igualdad material y es a partir de este momento cuando el principio de igualdad material, que no aparece en el texto constitucional, adquiere relevancia jurídica.

En las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial el principio de igualdad material aparece en la letra de las mismas como una excepción a la igualdad formal y como un mandato a los poderes del Estado de intervención en la sociedad. La introducción de este principio no es un dato aislado; se ubica dentro de la serie de decisiones jurídicas y políticas que alumbran una

¹¹⁵ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, cit., nota 34, pp. 50 y 51.

¹¹⁶ Pérez Portilla, Karla, "Acciones positivas", en Carbonell, Miguel (coord.), *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, op. cit., nota 11, pp. 2-5.

nueva concepción de Estado: el Estado social y democrático de derecho. El Estado europeo de los últimos cincuenta años, el Estado intervencionista, protector, el *Welfare State*, tiene como fundamento principal el principio de igualdad material, que condiciona de forma decisiva el funcionamiento de la Administración.¹¹⁷

La igualdad sustancial, también llamada real, material o efectiva se entiende, en suma, como un peldaño más de la lucha por la igualdad. En esta ocasión, la igualdad sustancial proporciona al principio genérico de igualdad una perspectiva teleológica; en esto, encuentra la igualdad una mayor similitud con la equidad como un principio que atribuye a cada uno lo que le corresponde (justicia), ahora para corregir, completar o humanizar las normas jurídicas. La igualdad sustancial busca la eliminación de la oscuridad de las normas y toma en consideración a las personas a las cuales se aplica la norma. Es como poner un acento a la vieja sentencia de tratar las cosas desiguales de manera desigual. Se intenta atenuar las normas de derecho estrictas tomando en cuenta circunstancias particulares. Es atender a la intención más que a la forma.¹¹⁸ Conviene, por tanto, esclarecer algunas de las implicaciones “nuevas” de la igualdad ahora entendida como “igualdad sustancial” en relación con la ya conocida “igualdad formal”.

I. IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL: CARACTERÍSTICAS E IMPLICACIONES

Por igualdad formal entendemos las manifestaciones del principio que hasta ahora se han estudiado, a saber: igualdad ante la ley, igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación. Como se ha visto, una manifestación presupone a la otra formando un complejo entramado. Ocurre lo mismo con la igualdad sustancial, esta última

¹¹⁷ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, *cit.*, nota 34, p. 46.

¹¹⁸ Belloubet-Frier, Nicole, “Le principe d'égalité”, *op. cit.*, nota 32, p.160.

manifestación encuentra su punto de partida en la especial focalización jurídica frente y contra las discriminaciones en sentido estricto. Se pone de manifiesto en forma muy viva ciertas deficiencias de la clásica distinción entre la igualdad real y la igualdad formal o jurídica, que no es sólo marxista,¹¹⁹ ni tiene necesaria-

¹¹⁹ Para la igualdad “marxista”, hay que pensar en un Estado en que las relaciones en la sociedad se caracterizan por la ausencia de grupos privilegiados, en donde hay igualdad de oportunidades y todos disfrutan de las mismas condiciones materiales y culturales para satisfacer sus necesidades. El tipo y contenido de la igualdad social depende del sistema social en vigor. Históricamente hubo un retroceso, del comunismo primitivo, a la esclavitud, pero después, un progreso, del feudalismo al capitalismo y de éste al socialismo. En la sociedad capitalista, aunque en general existe igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, no hay igualdad económica dada la desigual distribución de la propiedad (privada), la falta de reparto de utilidades y la insuficiencia de los programas de bienestar social. La aproximación marxista a la igualdad social es más radical y sistemática porque hace hincapié tanto en la igualdad política como económica, así como entre la igualdad de derechos y de obligaciones. Los argumentos marxistas a favor de la igualdad social son como sigue:

1. La igualdad no es solamente un ideal sino también un elemento esencial del comunismo.
2. Una condición previa a la igualdad social es la abolición de la explotación del hombre por el hombre y la eliminación de las clases sociales a favor de una sociedad sin clases.
3. La redistribución de la riqueza y de las utilidades no asegura una igualdad social permanente por lo que la socialización (no la mera nacionalización) de los medios de producción es esencial.
4. En la transición del capitalismo al comunismo, la explotación del hombre por el hombre se elimina y el principio leninista del trabajo y la remuneración, “de cada uno de acuerdo con su capacidad a cada uno de acuerdo con su trabajo” se aplica.
5. En el comunismo el trabajo y el ingreso se basan en el principio marxista, “para cada uno de acuerdo con su capacidad, a cada uno de acuerdo con sus necesidades”. Las diferencias entre el trabajo manual y mental, entre el trabajo rural y urbano desaparecerán.

En consecuencia, habrá una sociedad igualitaria sin clases. Sin embargo, el marxismo rechaza el postulado del igualitarismo absoluto, aun en el comunismo pleno. El grado de igualdad social en los países socialistas hasta ahora es sorprendentemente bajo. La diferencia en el ingreso es muy grande y en cada Estado socialista ha surgido alguna elite privilegiada en uno u otro sentido. J. Wilczynski (ed.), *Encyclopedic Dictionary of Marxism, Socialism and Communism*, Inglaterra, de Gruyter, 1981, pp. 529-530.

mente funciones críticas, sino que también puede ser usada en sentido conservador. Si el derecho es un instrumento que puede operar efectivamente en contra de las más indeseables y odiosas desigualdades, no existe contraposición tajante entre la igualdad real (sustancial) y la jurídica (formal).¹²⁰

Algunos señalan tensiones entre la concepción formal o clásica del principio y su manifestación actual como igualdad efectiva. Las posibles tensiones radican en el entendido de que quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar desigualdades de *iure*, dado que el logro de la igualdad real consiste precisamente en operar diferenciaciones de tratamiento normativo a fin de compensar por vía jurídica una previa desigualdad fáctica. Se consideran modalidades tendencialmente contradictorias porque esta clase de igualdad suele tomar como criterio de distinción alguno de los prohibidos.

Sin embargo, lejos de ser un mecanismo ideológico en el doble sentido peyorativo de la expresión, como encubrimiento y como engaño, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contradicción con la igualdad real, ni es por fuerza un obstáculo para realizarla. Esto es así, porque el mandato de no discriminación que en principio sería la barrera formal a la igualdad sustancial, debe entenderse por lo menos en dos sentidos:

1. No significa que se excluya por completo o con carácter general toda posible distinción normativa, sino aquella que se considere discriminatoria (en su sentido peyorativo). Es más, razones de igualdad sustancial pueden militar a favor de la desigualdad jurídica y entonces cabe que alguno de los “criterios prohibidos” opere expresamente como base de la diferenciación.
2. No significa tampoco que pueda exigirse un tratamiento distinto, como si se tratase de una obligación emanada de la

¹²⁰ Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, nota 77, pp. 75 y 76.

situación de vulnerabilidad prevista normativamente a través del mandato de no discriminación; aunque un tratamiento diferente puede venir impuesto, pero tendrá que ser también normativamente, es decir, con base jurídica, dado que no existe un criterio que siempre y en todo caso obligue a la diferenciación.¹²¹

Por otro lado, es también de destacarse que la igualdad jurídica (formal), al fijarse sólo en el tratamiento jurídico y no en sus consecuencias fácticas, puede aplicarse con mucha mayor facilidad que la igualdad de hecho. Cuando se persigue la igualdad sustancial, ha de justificarse que efectivamente las medidas normativas de diferenciación serán capaces de apuntar hacia una igualación de hecho en el ámbito vital que se considere relevante.

Prieto Sanchís proporciona un buen ejemplo en este sentido: “si el Estado decide que un cierto grupo de niños obtenga educación gratuita atendiendo a su renta familiar, el juicio de igualdad formal (ante la ley, en la aplicación de la ley y en el contenido de la ley) no necesita plantearse si con tal medida se limita la desigualdad entre niños pobres y ricos, sino sólo si han quedado indebidamente excluidos algunos niños; en cambio, el juicio de igualdad sustancial no puede dejar de considerar la razonabilidad, adecuación y proporcionalidad de la norma en relación con las situaciones de hecho y a la luz del fin perseguido, esto es, de limitar la desigualdad entre ricos y pobres en materia educativa”.

El criterio clasificatorio del legislador es la renta familiar y la igualdad sustancial exige justificar que precisamente ese criterio que introduce desigualdades normativas es en sí mismo razonable para obtener igualdades de hecho.¹²²

¹²¹ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, pp. 37 y 38.

¹²² Cfr. *Ibidem*, p. 31.

En síntesis, la concepción liberal de la igualdad formal se basa en la firmeza (en ser consistentes, en actuar en un mismo sentido y ser congruentes), los iguales deben ser tratados igual.

El concepto de congruencia o firmeza utilizado en los ordenamientos jurídicos entabla una noción de justicia procedimental que no garantiza ningún resultado en particular. Por tanto, no hay violación al principio de igualdad cuando un patrón trata, por ejemplo a hombres y mujeres igual de mal, o si acosa sexualmente tanto a hombres como a mujeres y en la misma medida. El derecho al igual tratamiento puede satisfacerse privando a las personas que se comparan del beneficio que piden en particular (nivelando en sentido negativo) así como también asignando a ambas el beneficio (nivelando en sentido positivo).

Por otro lado, también es importante considerar, que el requisito de la igualdad formal en cuanto a la elección del parámetro de comparación como determinante a la hora de decidir el derecho, es insuficiente en los hechos dado que es imposible; por ejemplo, que una mujer alcance una igual remuneración por un trabajo de igual valor si no hay en el establecimiento laboral un hombre con quien comparar o no hay algún otro establecimiento del mismo patrón con condiciones de empleo semejantes.

Otro ejemplo de la insuficiencia de la comparación para los juicios de igualdad es que la necesidad de un sujeto para comparar resulta desfasada de la realidad cuando se trata de equidad de género y prestaciones por maternidad, por ejemplo.

Estos son algunos problemas que el principio de igualdad formal (procedimental) no resuelve (por lo menos teóricamente) y es, entre otras cosas, lo que ha llevado a la elaboración y desarrollo del concepto de igualdad sustancial.¹²³

En el derecho comparado, puede observarse el tratamiento que las distintas Constituciones dan al principio de igualdad. En algunos casos se establece a través de enunciados de igualdad formal:

¹²³ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, "Substantive Equality", *Cambridge Law Journal*, Inglaterra, vol. 59, parte 3, noviembre de 2000, pp. 562-567.

ante la ley, en la aplicación de la ley y se pueden encontrar también mandatos de no discriminación. Por otro lado, suele encontrarse en algunos ordenamientos, cláusulas de igualdad sustancial o material a través de disposiciones que sugieren la obligación del Estado, a través de los poderes públicos, para que las condiciones de igualdad se demuestren en los hechos. El siguiente cuadro es una buena muestra de ello.

II. MANIFESTACIONES TEÓRICAS DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Pueden sugerirse por lo menos dos aproximaciones teóricas, a saber:

- a) Igualdad de oportunidades.
- b) Igualdad en los resultados.

1. *Igualdad de oportunidades*

El ejemplo de los competidores en una carrera sirve para evidenciar que no puede conseguirse la igualdad si se comienza la carrera desde diversos puntos de salida. De este modo, la aproximación a la igualdad sustancial desde la igualdad de oportunidades se dirigirá a igualar el punto de partida.

Hay que aclarar que la promoción de la igualdad de oportunidades puede reducirse a una mera obligación procedimental o bien, puede tener un carácter más sustancial. Desde el punto de vista procedimental involucra la remoción de los obstáculos o barreras; sin embargo, la sola permisión de la entrada a las mujeres u otras minorías a la fuerza de trabajo no garantiza en sí misma que más mujeres o miembros de otras minorías tendrán acceso al empleo efectivamente y sacarán así provecho de las oportunidades brindadas, dado que sus capacidades han sido limitadas por los efectos de la desventaja social.

Una aproximación más sustancial a la igualdad de oportunidades requeriría ciertas medidas especiales, tales como las acciones

IGUALDAD FORMAL E IGUALDAD SUSTANCIAL. CUADRO COMPARATIVO
DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES ¹²⁴

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Alemania	3	<p>1. Todas las personas son iguales ante la ley.</p> <p>2. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. El Estado fomenta la realización práctica de la igualdad de derechos de mujeres y hombres y actúa en orden a la remoción de las situaciones de desventaja existentes.</p> <p>3. A nadie se podrá perjudicar o beneficiar por razón de su sexo, su origen familiar, su raza, su lengua, su procedencia nacional, su credo o de sus ideas religiosas o políticas. Las minusvalías no podrán constituir causa de discriminación para nadie.</p>	Formal y sustancial
Austria	7	<p>1. Todos los ciudadanos federales son iguales ante la ley. No se permitirán privilegios por nacimiento, sexo, estado, clase, ni confesión.</p>	Formal
Bélgica	10 y 11	<p>10. No existirá en el Estado ninguna distinción estamental. Los belgas son iguales ante la ley...</p> <p>11. El disfrute de los derechos y libertades reconocidos a los belgas,</p>	Formal y sustancial

¹²⁴ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, cit., nota 48, pp. 141-152. Cuadro realizado por José Carbonell para la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, México, mayo de 2001. José Carbonell se refiere a las disposiciones constitucionales como cláusulas, ya sea de tipo formal y/o material.

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		deberá ser asegurado sin discriminación. Con este fin las leyes y decretos garantizarán especialmente los derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas.	
Bolivia	6	Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera.	Formal
Colombia	13	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 pública o filosófica.	Formal
Dinamarca	70	Nadie podrá, por razón de su fe o de sus orígenes, ser privado del disfrute íntegro de sus derechos civiles y políticos...	Formal
Ecuador	23	Sin perjuicio de los derechos que reconocen otras disposiciones de esta Constitución y los instrumentos internacionales, el Estado reconocerá y garantizará los siguientes:	Formal

		(...) 3. La igualdad ante la ley. En consecuencia todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación por razón de edad, etnia, color, sexo, idioma, religión, filiación política, origen social, posición económica, nacimiento, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole.	
El Salvador	3	Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.	Formal
España	9, 14, 40 y 41	9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y 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. 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. 40.1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables	Formal y sustancial

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		<p>para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.</p> <p>41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.</p>	
Finlandia	5	<p>Todos son iguales ante la ley. No se podrá tratar a una persona de forma diferente por causa de su sexo, edad, origen, lengua, religión, convicción, opinión, estado de salud o minusvalía o por otra razón que se refiera a su persona, sin que haya causa admisible. Se tratará a los niños como individuos iguales, y tendrán el derecho de influir en materias que les afecten, conforme a su grado de desarrollo. Se fomentará la igualdad entre los sexos en la actividad social y en la vida laboral conforme a lo establecido por la ley, especialmente en lo que se refiere a la determinación de sueldos y otras condiciones laborales.</p>	Formal y sustancial

Francia	1	Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Respeta todas las creencias.	Formal
Grecia	4 y 25	<p>4.1. Los griegos son iguales ante la ley.</p> <p>4.2. Los hombres y las mujeres griegos tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones.</p> <p>(...)</p> <p>4.7. Ningún título de nobleza o de distinción se concederá ni reconocerá a los ciudadanos griegos.</p> <p>25.1. Los derechos del hombre en tanto que individuo y miembro de la sociedad, estarán colocados bajo la garantía del Estado, cuyos órganos estarán obligados a garantizar su libre ejercicio.</p> <p>25.2. El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre por el Estado, tendrá por objeto la realización del progreso social en libertad y con justicia.</p>	Formal y sustancial
Holanda	1, 20 y 22	1. Todos aquellos que se hallen en los Países Bajos serán tratados de manera igual en las mismas circunstancias. No se permitirá ninguna discriminación fundada sobre la religión, las convicciones personales, las opiniones políticas, la raza, el sexo o cualquier otro motivo.	Formal y sustancial

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
		<p>20.1. Los poderes públicos asegurarán los medios de subsistencia de la población y el reparto de la riqueza.</p> <p>20.2. La ley regulará los derechos a la seguridad social.</p> <p>20.3. Los holandeses residentes en Holanda que no puedan cubrir sus necesidades, tendrán derecho a la asistencia de los poderes públicos en la forma establecida por la ley.</p> <p>22.1. Los poderes públicos tomarán medidas para promover la salud pública.</p> <p>22.2. Asimismo promoverán el acceso a la vivienda.</p> <p>22.3. Los poderes públicos crearán las condiciones propicias para el desarrollo social y cultural, así como la ocupación del tiempo libre.</p>	
Irlanda	40 y 45	<p>40.1. En tanto que personas humanas, todos los ciudadanos serán iguales ante la ley. Esto no significa que el Estado no preste en sus normas la debida atención a las diferencias de capacidad física y moral y de función social.</p> <p>45.1. El Estado se esforzará en promover el bienestar del pueblo entero asegurando y protegiendo con la mayor efectividad posible un orden social en el que la justicia y la caridad informen todas las instituciones de la vida nacional.</p>	Formal y sustancial

		<p>45.2. En particular el Estado tenderá, mediante su política, a asegurar:</p> <p>1. Que los ciudadanos (todos ellos, hombres y mujeres, que igualmente tienen derecho a medios adecuados de vida) puedan, a través de sus ocupaciones, encontrar medios de cubrir razonablemente sus necesidades nacionales.</p> <p>45.4.1. El Estado se compromete a salvaguardar con especial atención los intereses económicos de los sectores más débiles de la comunidad y cuando sea necesario a contribuir al apoyo a los enfermos, las viudas, huérfanos y ancianos.</p>	
Italia	3	<p>Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Corresponde la República remover 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 efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.</p>	Formal y sustancial
Luxemburgo	11	<p>1. No habrá en el Estado distinción alguna basada en estamentos. 2. Los luxemburgueses son iguales ante la ley...</p>	Formal

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
México	1, 4, 12 y 13	<p>1. 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.</p> <p>(...)</p> <p>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.</p> <p>4. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...</p> <p>12. 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.</p> <p>13. 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 están fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero</p>	Formal

		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 la autoridad civil que corresponda.	
Nicaragua	27	Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivo de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.	Formal
Panamá	19	No habrá fueros o privilegios personales ni discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.	Formal
Paraguay	88	De la no discriminación. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición económica y preferencias políticas o sindicales.	Formal
Perú	2	2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.	Formal

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Portugal	1, 9, 13, 69, 70, 71, 72 y 81	<p>1. Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria.</p> <p>9. Son tareas fundamentales del Estado:</p> <p>d) Promover el bienestar y la calidad de vida del pueblo y la igualdad real entre los portugueses, así como la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales...</p> <p>13.1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.</p> <p>13.2. Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social.</p> <p>69.2. Los niños, particularmente los huérfanos y abandonados, tienen derecho a una especial protección de la sociedad y del Estado contra todas las formas de discriminación y de opresión y contra el ejercicio abusivo de la autoridad en la familia y en las demás instituciones.</p>	Formal y sustancial

	<p>70.1. Los jóvenes, sobre todo los jóvenes trabajadores, gozarán de protección especial para la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales...</p> <p>71.2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes... y a asumir el encargo de realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores.</p> <p>72.2. La política de la tercera edad engloba medidas de carácter económico, social y cultural tendentes a proporcionar a las personas mayores oportunidades de realización personal, a través de una participación activa en la vida de la comunidad.</p> <p>81. Corresponde prioritariamente al Estado en el ámbito económico y social:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Promover el aumento del bienestar social y económico y de la calidad de vida del pueblo, en especial de las clases más desfavorecidas.b) Proceder a las necesarias correcciones de las desigualdades en la distribución de la riqueza y la renta...	
--	--	--

<i>País</i>	<i>Art.</i>	<i>Texto</i>	<i>Tipo</i>
Suecia	15 y 16	<p>15. Ninguna disposición legal o reglamentaria podrá implicar que un ciudadano sea discriminado en razón de su raza, del color de la piel o de origen étnico si pertenece a una minoría.</p> <p>16. A menos que constituya una contribución a los esfuerzos que tiendan a realizar la igualdad entre hombres y mujeres o que se refiera a obligaciones militares o a un servicio público obligatorio, ninguna disposición legal o reglamentaria podrá implicar que un ciudadano cualquiera sea discriminado por razón de sexo.</p>	Formal y sustancial
Venezuela	61	No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social.	Formal

positivas para compensar las desventajas de hecho.¹²⁵ Esto es así porque el principio de la igualdad de oportunidades se ocupa de la redistribución del acceso a las distintas posiciones de la sociedad, pero no de la distribución de las posiciones mismas. El problema consiste, pues, en acoplar personas con dotes desiguales a posiciones que rinden una remuneración o un poder o un prestigio desiguales. La solución consiste en hacerlos accesibles a todos de acuerdo con una base competitiva. La hipótesis consiste en que, si todos tienen un punto de partida igual, la posición que ocupen al final dependerá exclusivamente de la velocidad con que hayan corrido y de la distancia alcanzada.

El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades se podía llevar a cabo a través de una asignación igual de los derechos fundamentales “a la vida, a la libertad y a la propiedad”. Sólo si se eliminan los privilegios y se establece una igualdad de derechos no habrá ningún obstáculo en el camino de ninguno para que busque la felicidad con la habilidad que tiene para alcanzar la posición adecuada a su máxima capacidad.

Más tarde se dieron cuenta de que la igualdad de derecho no es suficiente para hacer accesibles, a los que socialmente están en desventaja, las oportunidades de que disponen los individuos socialmente privilegiados. Se necesitan distribuciones desiguales para llevar a los primeros a un nivel común de partida, o sea que se necesitan privilegios jurídicos y beneficios materiales para los no privilegiados económicamente.¹²⁶ Así, cuando se habla de igualdad de oportunidades se hace referencia a la igualdad en el punto de partida, no en el reparto definitivo de los bienes sociales, el cual dependerá de los méritos de cada persona concreta. Por lo tanto, las acciones del Estado que tratan de concretar el principio de igualdad de oportunidades se encaminan principalmente al cam-

¹²⁵ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, “Substantive Equality”, *op. cit.*, nota 123, pp. 562-567.

¹²⁶ *Cfr.* Bobbio, Norberto, Matteuci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, 8a. ed., México, Siglo XXI editores, 1994, pp. 777-778.

po de la educación, la superación de cargas familiares en el caso de las mujeres, la concientización de la sociedad, etc. Es decir, a todo aquello que, suponiendo un esfuerzo en la consecución de la igualdad material, no se traduce en una igualación automática de los resultados.

2. *Igualdad en los resultados*

Aparentemente el tratamiento igual infringiría la meta de la igualdad sustancial si los resultados son desiguales. Este es un problema más que la igualdad formal no resuelve porque una aproximación que se dirige hacia los resultados debe dotar de un contenido sustancial a la igualdad, no como un mero procedimiento (de certeza o tautológico, como se ha visto). Una aproximación que se dirige hacia los resultados es aquella que define a la igualdad en términos de *fairness* (en un sentido de completitud, de lo justo, lo bueno, lo equitativo, lo favorable), es decir, de participación de todos los grupos en la fuerza de trabajo, en el acceso a la educación, en la capacitación y en facilidades para la adquisición de bienes y servicios. Todo esto a fin de superar la infrarrepresentación de los grupos desaventajados en la fuerza de trabajo y para asegurar una participación equitativa en la distribución de los bienes; para esto, pueden convertirse en esenciales algunas medidas para superar la desventaja.¹²⁷

Esta aproximación es una evidencia más de que hay problemas que la igualdad formal no resuelve. Por ejemplo, hay desigualdades que en términos de igualdad formal no pueden probarse, como cuando no existe un parámetro de comparación o cuando no hay una práctica excluyente, no puede probarse siquiera una discriminación indirecta y por tanto, no hay violación al mandato de no discriminación ni al principio de igualdad, en general. Es más, aun

¹²⁷ Barnard, Catherine y Hepple, Bob, "Substantive Equality", *op. cit.*, nota 123, p. 567.

si pudiera probarse una discriminación indirecta, la respuesta sería una compensación y no un deber de remover las prácticas perjudiciales o de proporcionar los bienes de los que se carece y que se manifiestan en una notoria desigualdad de hecho.

Por ejemplo, un derecho consignado en la Constitución mexicana que tiene que ver más con la igualdad sustancial y con situaciones de hecho que con un juicio de mera igualdad dependiente de un parámetro de comparación determinado, se encuentra en el artículo 123 de la Constitución, fracción V. “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su 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. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos”.

Un primer resultado es que la igualdad (sustancial) significa más que tratar de la misma manera a las personas. La igualdad sustancial requiere además, de medidas especiales y del acomodo de las diferencias.

III. MANIFESTACIONES PRÁCTICAS DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Pueden sugerirse dos aproximaciones prácticas:

- a) Igual satisfacción de las necesidades básicas, dirigida principalmente al combate a la pobreza.
- b) Igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales, en donde se busca romper con un pasado (y un presente también) desigualitario y minusvalorador de ciertos rasgos.

1. *Igual satisfacción de las necesidades básicas*

El principio de la nivelación de las oportunidades está relacionado con otro principio de nivelación: la igual satisfacción de las necesidades básicas. Mientras las necesidades personales varían en género y medida, hay un mínimo de necesidades fundamentales que son sustancialmente idénticas para todos, en una determinada sociedad y en un determinado tiempo. De algún modo las personas son desiguales respecto de sus necesidades fundamentales *no satisfechas* y por tanto, sería necesaria una distribución desigual de los recursos para nivelar los beneficios en los casos de necesidad desigual. Cuanto mayor es la necesidad fundamental no satisfecha de algunos, tanto mayores son los beneficios que recibe. Aquellos cuyas necesidades fundamentales ya están casi satisfechas pueden no recibir nada y tal vez deban renunciar a alguna cosa superflua para proveer a las necesidades de los demás. El resultado final de esta distribución desigual es una mayor nivelación de la riqueza y de las oportunidades. Por lo menos teóricamente le impone a la sociedad y especialmente al gobierno, el deber de satisfacer todas las necesidades de cada uno por desiguales que puedan ser en género y en grado.¹²⁸

Esta primera aproximación práctica a la igualdad sustancial está evidentemente relacionada con la desigualdad social como producto de la pobreza. Basten algunos datos para evidenciar las desigualdades en este sentido: uno de cada tres niños menores de cinco años sufre malnutrición; dos mil millones de personas, es decir, un tercio de la humanidad, sufre de anemia; de los 4,500 millones de personas que viven en los países en vías de desarrollo, un tercio no tiene acceso a agua potable, mientras que las 15 personas más ricas del mundo tienen una renta superior al producto interno bruto de toda el África subsahariana.¹²⁹ Los datos son además de inso-

¹²⁸ Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política, cit.*, nota 126, p. 778.

¹²⁹ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales, op. cit.*, nota 48, p. 59 y ss. El autor se vale de datos estadísticos que van de 1999 a 2001.

portables, infinitos y cada vez más aterradores. Se trata, en suma, de desigualdades materiales que el derecho no ha podido superar.

La igualdad sustancial no está contemplada explícitamente a manera de mandato constitucional en todos los ordenamientos. Se trataría, en caso de su interpretación y aplicación por parte de los jueces, de una intromisión en la actividad del legislativo. Sin embargo, sí existen en muchos ordenamientos mandatos específicos y/o decisiones constitucionales a favor de la urgencia o exigibilidad de determinados requerimientos de igualdad de hecho; por ejemplo, el derecho a la salud, a través de los sistemas establecidos en las leyes respectivas; el derecho a la educación; la asistencia de un abogado de oficio, etc. En efecto, pueden encontrarse manifestaciones de la igualdad material en algunos derechos. Se tiene derecho a la educación gratuita en ciertos niveles, sin necesidad de invocar una exigencia de igualdad sustancial, dado que el derecho de todos a la educación presenta una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad. Así también, en los casos en que se proporciona un defensor de oficio, se está aportando asistencia para evitar una situación de indefensión. De este modo, la tutela del debido proceso, aunque no genera un derecho fundamental al asesoramiento gratuito de un abogado, es un reflejo de la atención a una desigualdad de hecho siempre que por su situación económica no puede el inculgado nombrar alguno. Estos datos son evidencia de que la Constitución ofrece la posibilidad de proporcionar algunas prestaciones a ciertos destinatarios; si esto es así, queda abierta la posibilidad de extender el beneficio a otros bienes para algunos otros sujetos.

Como se ha visto, opera de un modo muy distinto a como lo hace la igualdad formal. Esta última se traduce en una exigencia negativa, al limitarse a declarar que una ley, una sentencia o una decisión es violatoria del principio de igualdad. Desempeña normalmente, una tarea de anulación, supresión o eliminación, en suma, de depuración del ordenamiento. En cambio, reconocer que

alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, implica una labor positiva, propiamente normativa, dado que debe haber una norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho.¹³⁰

Igualdad sustancial y derechos prestacionales

La igualdad sustancial o de hecho puede constituir el vehículo para incorporar al acervo constitucional un principio genérico a favor de las prestaciones. Esta forma de entender la igualdad está presente o se conecta a cada uno de los rasgos característicos de los derechos sociales; por ejemplo, el establecimiento de desigualdades jurídicas para crear igualdad de hecho se manifiesta en la garantía de derechos tales como la salud, vivienda, educación, trabajo, derechos todos estos que suelen entenderse como prestaciones en el sentido de que implican más que una mera abstención, un quehacer por parte del Estado pero también de parte de los particulares. A manera de síntesis, son características de los derechos sociales las siguientes:

1. Los derechos sociales lo son del hombre concreto, es decir, del trabajador, del joven, del anciano, etc.
2. Los derechos sociales no pueden definirse sin justificarse, sin tener en cuenta los fines particulares, es decir, sin tener en cuenta entre otras cosas las necesidades y, por ello, tampoco son concebibles universales en el sentido de que interesan por igual a todo miembro de la familia humana ya que se formulan para atender carencias y requerimientos instalados en la esfera desigual de las relaciones sociales, es decir, las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico privadas es desigual.

¹³⁰ Cfr. Prieto Sanchis, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *op. cit.*, nota 2, pp. 42-44.

3. Los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.¹³¹
4. Los derechos sociales requieren un entramado de normas de organización, que a su vez generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho.
5. Su punto de partida es la desigual distribución de la riqueza y de la propiedad, que impide que muchas personas puedan satisfacer por sí mismas las necesidades básicas. Esta situación les puede dificultar seriamente alcanzar el nivel de humanidad mínimo y, en consecuencia, el utilizar y disfrutar plenamente los derechos individuales civiles y políticos.
6. Desde el punto de vista de la legitimidad política y ética de todo ordenamiento jurídico, representan una suerte de punta de lanza y entrañan retos mayores para los operadores constitucionales en la medida en que inciden sobre el modelo socioeconómico.
7. Pese a la relevancia institucional y social de la constitucionalidad de estos derechos se opone una llamativa pobreza en el desarrollo de los mecanismos de protección de los mismos, lo que a su vez suele traducirse en una actitud confusa o resignada de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de explicar o de ocultar dicha carencia.
8. La satisfacción de los derechos sociales depende de la disponibilidad de recursos por parte del Estado.¹³²

¹³¹ *Ibidem*, pp. 30-31.

¹³² En efecto, dependen de los recursos con que cuente el Estado; sin embargo, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, establece metas y obligaciones muy concretas de las que los Estados parte no se pueden deslindar. Así por ejemplo, la progresividad de la efectividad de estos derechos no significa la posibilidad de cruzarse de brazos sino de tomar medi-

De las notas esbozadas anteriormente como características de los derechos sociales se concluye que éstos son derechos prestacionales por su contenido obligacional que consiste en dar bienes o proporcionar servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener del mercado si tuviera medios suficientes para ello. Se trata de derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si entrase en el mercado una oferta suficiente— podría obtenerlo también de particulares.¹³³

La progresividad de su cumplimiento y el contenido económico que comporta cualquier prestación es en buena medida lo que los ha condicionado a la reserva de lo económicamente posible. Esta percepción ha llevado a considerar a los derechos sociales como meras exhortaciones o declaraciones de buenas intenciones; sin embargo, se trata de un argumento débil y carente de toda legitimidad, en la medida en que se trata de derechos fundamentales esenciales, sin los cuales no se está en condiciones de desarrollar los demás derechos de los que se pueda ser titular.

Por otro lado, las obligaciones positivas no necesariamente implican la obligación de disponer de fondos. El Estado puede asegurar la satisfacción de un derecho a través de otros medios, en los que pueden tomar parte activa otros sujetos obligados. Algunos derechos se caracterizan por la obligación del Estado de establecer algún tipo de regulación, sin la cual el ejercicio de un derecho no tiene sentido. En estos casos, la obligación del Estado no siempre está vinculada con la transferencia de fondos hacia el beneficiario de la prestación, sino con el establecimiento de normas que conce-

das —de inmediato— que permitan su cumplimiento así sea de manera paulatina. Ver Observación General núm. 3, “La índole de las obligaciones de los Estados partes”, en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, vol. I, *op. cit.*, nota 14, pp. 497 y ss.

¹³³ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell Miguel, Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, *cit.*, nota 2, p. 69.

dan relevancia a una situación determinada, o bien, con la organización de una estructura que se encargue de poner en práctica una actividad determinada.¹³⁴ En otros casos, la obligación exige que la regulación establecida por el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones de

¹³⁴ En este sentido, por ejemplo, si se le quiere dar algún contenido operativo, el derecho a asociarse libremente supone la obligación estatal de dar relevancia o reconocimiento jurídico a la asociación que resulte del ejercicio de ese derecho. Del mismo modo, el derecho a formar un sindicato o a afiliarse a un sindicato implica el derecho a otorgar consecuencias jurídicas relevantes a su actuación. El derecho político a elegir presupone la posibilidad de elegir entre distintos candidatos lo que a su vez supone una regulación que asegure la posibilidad de que varios candidatos representen a partidos políticos y se presenten a elecciones. El derecho a la información implica al menos el establecimiento de una regulación estatal, tendente a asegurar el acceso a información de origen diverso y a la pluralidad de voces y opiniones. El derecho a casarse implica la existencia de una regulación jurídica que otorgue alguna virtualidad al hecho de contraer matrimonio. El derecho a la protección de la familia supone la existencia de normas jurídicas que asignen a la existencia de un grupo familiar algún tipo de consideración diferencial con respecto a su inexistencia. Desde el punto de vista de la lógica deóntica, se trata en la mayoría de los casos de obligaciones que al menos suponen la creación de normas permisivas o facultativas, y no la simple ausencia de prohibición. Aun más, la sola creación de una norma permisiva que faculte a celebrar un acto de creación o de incorporación a una institución, verbigracia, de una norma que establezca los requisitos para casarse, para crear un sindicato, una asociación o un partido político, para presentarse como candidato a un cargo, para requerir información pública a los poderes del Estado, etc., resultaría insuficiente para satisfacer plenamente a los derechos a los que alude. La satisfacción de estos derechos supone un complejo de normas que establezcan consecuencias jurídicas relevantes que se desprendan de ese permiso original. Nuevamente, puede tratarse de nuevas normas permisivas —por ejemplo, la posibilidad de que la asociación celebre contratos, o la posibilidad de que el matrimonio inscriba su vivienda como bien de familia, protegiéndola de posibles ejecuciones, etc.—, de prohibiciones para el Estado —por ejemplo, la imposibilidad de imponer restricciones arbitrarias o discriminatorias en el ejercicio de los derechos mencionados, o bien, la prohibición de discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio— o incluso de mandatos para el Estado —obligación del reconocimiento de los candidatos propuestos por los partidos políticos, o de los delegados sindicales—. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, *Ibidem*, pp. 150-151.

algún tipo. Gran parte de las regulaciones vinculadas con los derechos laborales y sindicales comparten esta característica.¹³⁵ Por último, el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones en las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones u obligaciones.¹³⁶

¹³⁵ Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneración ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etcétera, tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador. Frente a economías de mercado, el contenido de estas obligaciones estatales es el de establecer una regulación que se extienda a los empleadores privados. En otros casos, la regulación estatal puede establecer limitaciones o restricciones a la libre asignación de factores económicos por parte del mercado, de modo de promover o favorecer el acceso de sectores de menores recursos a derechos tales como la vivienda. La regulación estatal de las tasas de interés en materia hipotecaria y la regulación de los arrendamientos con destino de vivienda familiar son ejemplos de este tipo de medidas. Sin embargo, estas limitaciones no se circunscriben sólo al campo económico. El derecho de rectificación o respuesta es un buen ejemplo de esto: en estos casos, el Estado establece restricciones al libre uso de un medio periodístico privado, a favor del particular que se siente afectado por la información inexacta o agravante. Del mismo modo, la obligación estatal de asegurar a toda persona “el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, supone el establecimiento de una regulación que sea imponible a terceros, y no sólo al propio Estado. *Ibidem*, pp. 151 y 152.

¹³⁶ Las formas que pueden adoptar las medidas estatales de cumplimiento de las obligaciones positivas son múltiples: la organización de un servicio público —por ejemplo, el funcionamiento de los tribunales, que asegura el derecho a la jurisdicción, la previsión de cargos de defensor de oficio, que asegura el derecho de defensa en juicio a quienes no pueden pagar un abogado particular—, la organización del sistema educativo público, la oferta de programas de desarrollo y capacitación, el establecimiento de formas escalonadas público/privadas de cobertura —por ejemplo, a través de la organización de formas privadas de aporte para el mantenimiento de obras sociales que cubran el derecho a la salud de las personas empleadas y sus familias, y el establecimiento de un sistema público de salud que cubra el derecho de las personas no amparadas por la

Cuando se involucra a los particulares, el derecho de propiedad resulta en principio vulnerado. Sin embargo, en un ordenamiento que procura minimizar los poderes, incluso privados, para maximizar la igualdad de los individuos tampoco la propiedad privada puede concebirse como un derecho absoluto. Un derecho de propiedad blindado sólo sirve para reforzar los privilegios de los ya propietarios y para reproducir las desigualdades sociales ilegítimas. Por el contrario, un constitucionalismo democrático debe garantizar la fundamentalidad, no tanto de un derecho de propiedad, como de un igualitario derecho a la propiedad, que permita remover los obstáculos que impiden el acceso de todos a ciertos recursos básicos indispensables para ejercer la autonomía personal.¹³⁷

Numerosos derechos prestacionales son, como se aprecia, expresiones concretas de la igualdad sustancial, pues consisten en un dar o en un hacer a favor de algunos individuos según ciertos criterios que introducen inevitablemente desigualdades normativas. Más claramente aún, la construcción de la igualdad de hecho sólo tiene presente al hombre concreto, que es el único que puede sufrir una desigualdad fáctica; pues, si no fuera así, si tuviese presente al “hombre abstracto”, ninguna desigualdad jurídica podría justificarse; a su vez, la igualdad jurídica genera frente al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, mientras que la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación.¹³⁸

estructura de empleo—, la gestión pública de créditos diferenciales —por ejemplo, los créditos hipotecarios destinados a vivienda—, la entrega de subsidios, la realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas, etcétera. *Idem*.

¹³⁷ Pisarello, Gerardo, “Derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en *ibidem*, p. 124. Pisarello reenvía a Ferrajoli quien excluye el derecho de propiedad del catálogo de derechos fundamentales y critica: “la imperdonable contaminación que bajo la ambigua categoría del ‘derecho subjetivo’ ha sido realizada por la doctrina tradicional”, *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, pp. 263 y ss.

¹³⁸ Prieto Sanchis, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *op. cit.*, nota 2, p. 30.

En síntesis, a partir del principio constitucional de igualdad cabe postular un trato desigual de las diferencias; esto es, un tratamiento jurídico diferente en lo normativo que persiga una igualdad sustancial en las consecuencias. Es verdad que la construcción de igualdades de hecho mediante diferenciaciones o desigualdades jurídicas no se consigue sólo mediante prestaciones, pero también es cierto que las prestaciones en sentido estricto, tal y como aquí han sido perfiladas, sirven siempre a una finalidad de igualdad fáctica.¹³⁹

2. Igualdad en la consecución de los logros personales y en los fines sociales

Esta segunda modalidad práctica de la igualdad sustancial tiene que ver con la ruptura de ciertos cánones y pautas de conducta que han orientado históricamente la asignación, sobre todo, de puestos de liderazgo, excluyendo a determinadas personas por portar determinadas características. Estos rasgos con frecuencia suelen ser la raza y el sexo. En efecto, se observa una subrepresentación de estos “grupos” en los altos mandos. En buena medida, se debe a un “estigma” que pesa sobre ellos. Se les ha considerado inferiores y por tanto no aptos. Esta exclusión disminuye la igual dignidad social de las personas, impidiéndoles a veces no sólo de hecho, sino de derecho, el acceso a ciertos puestos y lugares (escasos) en la sociedad.

La participación en estos lugares (puestos políticos, acceso a universidades, puestos laborales de dirección y mejor remunerados) no es la meta particular. El alcance de la igualdad sustancial es mucho más sutil y sofisticado: la pretensión es la pluralidad y la representación de todos los grupos en todos los niveles. No quiere decirse que sean puestos especialmente valiosos sino que se trata de alcanzar una participación igual en un sistema que pretende eliminar todo dejo de exclusión por motivos discriminatorios. Es evidente que no hay una separación tajante entre lo que se ha

¹³⁹ *Ibidem*, p. 29.

comentado sobre la pobreza y los rasgos discriminatorios como criterios prohibidos; por el contrario, existe una estrecha relación entre la minusvaloración de ciertas personas —en específico de las mujeres y de las minorías raciales— con la pobreza, precisamente como producto de criterios discriminatorios.

Para combatir este tipo de rezago social, se ha implementado lo que en español es mejor conocido como “acciones positivas”. Este tipo de medidas, son un arma bastante polémica a favor de la igualdad sustancial en la dignidad y en la participación activa de todos los miembros de la sociedad.

Acciones positivas: origen, método y resultados

El origen de las acciones positivas se sitúa en el sistema jurídico norteamericano a raíz de la discriminación racial y sexual en los Estados Unidos.¹⁴⁰ Su historia es la de la lucha por los derechos

¹⁴⁰ La expresión “affirmative action” apareció por primera vez en *el New Deal Wagner Act* de 1935; se le definió como la obligación positiva del Departamento Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*) de remediar las prácticas desleales de los empleadores, ordenando a los ofensores cesar y desistir de esa práctica. Las acciones positivas se emprendieron originalmente durante la administración del presidente Lyndon Johnson a fin de incrementar las oportunidades de los negros al tiempo que la legislación sobre derechos civiles se encargaba de dismantelar las disposiciones discriminatorias. El gobierno federal institucionalizó las políticas en el marco de la Ley de Derechos Civiles de 1964 (*Civil Rights Act*). Se prohibió que las empresas que recibieran fondos públicos utilizaran criterios de selección que resultaran en discriminaciones racistas. Para el monitoreo de los programas de acciones positivas se recurrió a las instituciones laborales *Office of Federal Contract Compliance* y la *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*. Subsecuentemente, las acciones positivas se hicieron extensivas a las mujeres, a los nativos americanos, a los hispanos y a otras minorías. Asimismo, se extendieron de las empresas hacia las escuelas y universidades. Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *op. cit.*, nota 116, pp. 2 y 3. Ver también, González Martín, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 89-110.

civiles y su punto de partida fue el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres. Surgieron como un esfuerzo por mejorar las oportunidades educativas y de empleo básicamente enfocadas a las minorías y a las mujeres. Consisten en políticas, programas y procedimientos que dan preferencia en la contratación, admisión a instituciones de estudios superiores, licitaciones públicas y otras asignaciones y prestaciones públicas.

A la fecha no existe consenso, ni teórico ni práctico en cuanto a la conceptualización y a la aplicación de las acciones positivas. Suelen usarse como sinónimos las nociones de acciones positivas, medidas de igualdad de oportunidades, discriminación positiva y discriminación inversa.¹⁴¹ En el ámbito norteamericano continúa una ardua polémica entre términos que aparentemente pueden parecer sinónimos, como discriminación positiva y discriminación inversa. Un sector doctrinal diferencia:

- a) Acciones afirmativas (*affirmative action*) o acciones positivas (*positive action*).

¹⁴¹ La noción de discriminación inversa suele utilizarse para referirse al tipo de acciones que favorecen a un grupo desaventajado sobre otro. Se utiliza en algunos casos sin ningún contenido descalificatorio para referirse a las medidas de acción positiva. Sin embargo, los detractores de este tipo de estrategias para conseguir la igualdad sustancial, hacen uso de la expresión, para enjuiciar negativamente determinadas prácticas que, en principio, lo que pretenden es, precisamente, eliminar la desigualdad de determinados grupos. No se acierta a ver otra que las connotaciones negativas que la palabra “discriminación” tiene en el contexto jurídico. Como se ha visto, “discriminar” tiene también un significado neutro según el cual dicha palabra significaría simplemente “diferenciar”, pero no es ése el significado que tiene en la cultura jurídica y menos en el ámbito de un derecho antidiscriminatorio. De ahí que la utilización de la palabra “discriminación” para hacer referencia a una política de resultados resulte, además de un uso impropio en el contexto jurídico, un uso tendencioso del lenguaje. Cuando se habla de este modo se hace hincapié en el pretendido carácter injusto de esas medidas, primero porque, efectivamente diferencian (y las diferencias se ven con recelo en un derecho pretendidamente igualitario) pero, sobre todo, porque se considera que rompen con el principio de igualdad de oportunidades. Barrère Unzueta, Ma. de los Ángeles, “Problemas del derecho antidiscriminatorio...”, *op. cit.*, nota 82, pp. 158 y 159.

- b) Discriminación favorable; discriminación adversa, discriminación inversa o benigna (*reverse o benign discrimination*) o cuotas benignas.

Otro, en cambio, parece distinguir:

- a) *Benign Discrimination* (lícita).
- b) *Reverse Discrimination* (impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables).

En el ámbito del derecho comunitario europeo, el problema se encuentra fundamentalmente en la no idoneidad o adecuación de tales términos, tal y como se concibieron en los Estados Unidos de América, a la realidad europea.

En Europa, hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas en el sentido de que no tiene la misma legitimación social:

- a) Establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que las aplicadas a los blancos (discriminación inversa).
- b) El supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso, se dé prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva).¹⁴²

Pese a todas estas distinciones, es una característica común a todos los enfoques de las acciones positivas la búsqueda de la igualdad material o sustancial en el sentido de que se pretende reconocer y acomodar las diferencias en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los

¹⁴² Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las acciones positivas", *Jueces para la democracia*, España, núm. 41, julio de 2001, p. 54.

logros personales. Las acciones positivas pueden definirse en términos generales como: el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.

Las acciones positivas van dirigidas a colectivos y tratan de invertir la situación de desigualdad material en la que se encuentran. Estos grupos deben contar con rasgos que, por su propia naturaleza, no reflejen ninguna inferioridad desde una perspectiva individual, sino que vinculen al beneficiado con un colectivo socialmente discriminado. Por ejemplo, ser mujer, aisladamente considerado, no supone inferioridad alguna respecto del resto de los ciudadanos. Sin embargo, la discriminación que la sociedad ejerce sobre el colectivo mujeres, hace que las medidas a favor de las mismas sean necesarias, no porque traten de compensar un rasgo que supone por sí solo una desventaja individual, sino porque ayudan a reequilibrar la situación de desventaja social del colectivo mujeres.¹⁴³

Son rasgos que, de no mediar la minusvaloración de la sociedad, no determinarían posición alguna de inferioridad de las personas que los comparten. Las acciones positivas reúnen en términos generales las siguientes características:

1. Temporalidad: en el momento en el que el colectivo en cuestión supera la situación de inferioridad social a la que se le somete, deben suspenderse porque el objetivo es superar la desigualdad material basada en determinados rasgos.
2. Los rasgos que dan lugar a las acciones positivas deben ser transparentes e inmodificables: se trata de superar la marginación social de la persona por la relación que, de manera involuntaria y permanente, mantiene con el resto de la socie-

¹⁴³ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...*, op. cit., nota 34, pp. 55 y ss.

dad, por el rasgo minusvalorado que comparte con todos los miembros de su grupo. Son rasgos que facilitan identificar a la persona cuando se le discrimina; por tanto, la acción se dirige a la eliminación de un estigma.

3. La finalidad debe ser proporcional: la finalidad ha de guardar proporcionalidad con los medios a utilizar y con las consecuencias jurídicas de la diferenciación. El trato desigual debe ser estrictamente ajustado, esto es, los beneficios de la medida han de ser alcanzados sin perjudicar gravemente a terceros excluidos del trato preferente. Esta meta es particularmente difícil. Por un lado, pueden tomarse medidas “moderadas” como la educación no sexista, la creación de comisiones de igualdad en las empresas, etc. Son medidas que remueven obstáculos fundamentalmente históricos, pero sin implicar un impedimento de acceso a los individuos que no forman parte del colectivo beneficiado aunque sí representan un obstáculo que antes de la aplicación de la medida no existía. Las medidas moderadas no son tan efectivas como el establecimiento de cuotas fijas reservadas,¹⁴⁴ para estas últimas, la proporcionalidad estará dada por la temporalidad de la medida.

Con la implantación de las acciones positivas se busca la igualdad de oportunidades y de resultados a través de la superación del estado de minusvaloración. Un primer presupuesto que legitime a nivel constitucional la implantación de acciones positivas debe verse reflejado por lo menos a través de dos condiciones:

¹⁴⁴ Existe una tendencia tanto en Estados Unidos como en Europa a distinguir entre objetivos flexibles (*goals*) y cuotas rígidas (*quotas*); sin embargo, los objetivos finales de una acción positiva no son significativamente distintos de los de las cuotas, en cuanto que ambos se refieren al porcentaje de miembros de diversos grupos incluidos en virtud de la puesta en marcha de una determinada acción. Se trata de lugares reservados o preferentes. Debe recordarse que un objetivo principal es que los grupos discriminados dejen de estar subrepresentados y para ello habrá de realizarse un estudio que determine si la meta se cumplió. Es por ello que son necesarios los números. Ballestero, Ma. Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, p. 92.

1. Presunción de que la discriminación se verifica en la realidad (a través de mandatos específicos de no discriminación).
2. Inclusión constitucional de una cláusula específica de igualdad material o sustancial.

Es necesario un mandato que establezca que 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. Debe ser así, en principio, porque las medidas de acción positiva operan en un doble sentido. Por un lado, consisten en remover obstáculos y por otro, deben promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva en atención a la función social y prestacional del derecho y del Estado. Es decir, el ordenamiento jurídico debe instalarse en una posición política que permita la igualdad sustancial a través de decisiones concretas.

Las acciones positivas son una herramienta particularmente polémica. El caso de los Estados Unidos es de referencia obligada por su experiencia, particularmente en el plano racial, dado que en este país tienen su origen y se pueden apreciar de mejor manera los resultados. Algunos piensan que las cuotas no son efectivas y que además son traicioneras porque el trato preferencial refuerza el complejo de inferioridad que los grupos en desventaja ya tienen. Algunos otros hacen una objeción más general y argumentan que cualquier discriminación racial, aun con el propósito de beneficiar a las minorías, las dañaría porque el prejuicio permanece siempre que se toleren las distinciones sea cual sea su propósito. En el mismo sentido, se argumenta que aun si la discriminación inversa beneficiara a las minorías y redujera el prejuicio a largo plazo, estaría mal de cualquier forma porque las distinciones raciales son inherentemente injustas. Son injustas porque violan los derechos de miembros individuales de los grupos no favorecidos.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 224.

Ronald Dworkin combate estos argumentos valiéndose del estudio estadístico realizado por William G. Bowen y Derek Bok “*The Shape of the River*”.¹⁴⁶ Bowen fue presidente de la Universidad de Princeton y Derek Bok el anterior presidente de Harvard. Ellos analizan una enorme base de datos con registros, llamada *C&B data base (College and Beyond)*, misma que fue compilada por la Fundación *Mellon*, de la cual Bowen es el presidente. Este estudio proporciona evidencia sobre los resultados de la implementación de las acciones positivas en la admisión a distintas universidades de los Estados Unidos desde hace treinta años. Debe recordarse que en este país, la discriminación racial ha sido el motor de la igualdad y es por ello que el criterio racial es el que ha sido estudiado en mayor medida.

Dworkin hace una serie de cuestionamientos que podrían poner en jaque a las acciones positivas como un instrumento básicamente injusto, al tiempo que les da respuesta con evidencias que difícilmente pueden ser superadas. Las opiniones de quienes han vivido de cerca la implementación de este tipo de medidas arrojan resultados sorprendentes. Por ejemplo, la interacción racial produjo, no sólo beneficios para los negros en tanto que elevaron su nivel de vida, expectativas, ingresos y representatividad en los puestos de liderazgo, sino que contribuyeron a elevar los propios de los blancos. Otro dato por demás revelador es que los estudiantes blancos que no fueron admitidos y de quienes se esperaba que culparan a las cuotas reservadas y a la preferencia racial, no son quienes se oponen en mayor medida a las acciones positivas y a la diversidad racial en las universidades, sino que están a la par con los estudiantes más destacados. Es decir, no hay una diferencia significativa entre los que desapruaban las medidas por verse desfavorecidos

¹⁴⁶ Bowen, William G. y Bok, Derek, *The Shape of the River: Long Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton University Press, 1998. Citado por Dworkin en *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000, p. 495.

y los que logran el acceso. De hecho, a pesar de que los casos llevados a la Corte¹⁴⁷ se utilizan habitualmente como ejemplos para desacreditar este tipo de medidas, debe destacarse que son relativamente pocos. Además, en la opinión de los negros egresados, la mayoría no se siente agredida o insultada por las medidas sino que se muestra agradecida por el énfasis en la diversidad en las universidades.

Una cuestión más, a favor de las acciones positivas, tiene que ver con la legitimidad de los fines perseguidos. No se trata únicamente de beneficiar a individuos por el grupo en el que se integran, sino de cumplir con las metas que la propia institución se ha propuesto, así como los fines que persigue la sociedad en su conjunto, y por eso pueden y deben escoger a sus estudiantes sobre las bases más convenientes. Dworkin puntualiza al respecto: “We

¹⁴⁷ A manera de ejemplo, puede tomarse el siguiente: el caso paradigmático es *University of California vs. Bakke* (1978). En la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis, se reservaban 16 de cada 100 asientos para personas pertenecientes a minorías desfavorecidas desde el punto de vista económico y cultural. Ese plan se instrumentó porque cuando la facultad se creó en 1968, no ingresó ningún estudiante negro ni hispano; al año siguiente, sólo entraron dos negros y un hispano; consecuentemente, en 1970, el Consejo de la Universidad decidió implementar un plan para estudiantes “*Economically or Educationally Disadvantages*”. Allan Bakke, de raza blanca, ingeniero de la Nasa, no pudo ingresar a la Facultad porque su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario pero estaba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el grupo reservado. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió del siguiente modo: confirmó la sentencia (5 a 4) ordenando a la Universidad a incorporar a Bakke y anuló la sentencia también por (5 a 4) en cuanto prohibía en general, utilizar criterios raciales para el ingreso a la universidad. El resultado fue una notable ausencia de unanimidad en donde no se admite la existencia de cuotas fijas para las minorías que desean aplicar para la escuela de medicina si esto implica que se niegue el derecho a los aplicantes blancos de competir por esos lugares. Se escoge este caso porque es citado con mucha frecuencia y porque sigue vigente el principio que justifica la sensibilidad racial en las políticas de admisión a las universidades para asegurar la diversidad en el estudiantado. La Corte Suprema señaló que las admisiones basadas en criterios raciales no violaban la enmienda catorce, siempre que los planes no manejan cuotas fijas para alguna raza o grupo en particular, pero que sí podían tomar en cuenta a la raza entre otros factores. Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *op. cit.*, nota 116, pp. 2 y 3. Ver también, Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *cit.*, nota 146, pp. 386 y 387.

expect educational institutions to contribute to our physical and economic health, and we should expect them to do what they can for our social and moral health as well”¹⁴⁸

Finalmente, debe entenderse que optar por la prohibición de políticas tales, que han probado su eficiencia a la luz de las estadísticas, no tendría justificación suficiente porque las acciones positivas se han constituido como la mejor arma contra la deplorable estratificación racial —por lo menos en los Estados Unidos—, a menos que se prefiera optar por la indiferencia ante el problema.

Por otro lado, algunos ven en las acciones positivas la oportunidad de diversificar los puntos de vista en la escena pública, por ejemplo, como se ha visto, a través de las instituciones de educación superior. Algunos otros contemplan a las acciones positivas como un ejercicio de justicia compensatoria para rectificar los errores del pasado al dar, por ejemplo, a los negros, una ventaja adicional. Sin embargo, ambos puntos de vista son de muy corto alcance. Las acciones positivas pueden y deben atender los problemas del presente, eliminando cualquier dejo de diferenciación social existente hoy por hoy. No debe ser una manera de corregir los errores del pasado, sino de las situaciones intolerables del presente.

Owen Fiss hace un señalamiento muy agudo al referirse a la acción positiva como una estrategia que no sólo debe extenderse hacia los negros, sino a cualquier grupo que se encuentre actualmente subordinado en su país (Estados Unidos). Por ejemplo, a los inmigrantes que no tienen mucho tiempo de radicar en el país y que tampoco sufrieron los prejuicios del pasado, pero que sí podrían ser sujetos beneficiados por las acciones positivas en virtud de su actual situación de subordinación.

¹⁴⁸ Esperamos que nuestras instituciones educativas contribuyan a mejorar nuestra salud física y económica, así como también debemos esperar que hagan lo que puedan por nuestra salud social y moral. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, op. cit., nota 146, p. 404. Para una revisión completa del estudio, *The Shape of the River*, puede verse el capítulo “Affirmative Action: Does It Work?”, pp. 386-408.

El mismo autor señala que las acciones positivas deben ser vistas como una estrategia de justicia, más que correctiva, distributiva. Asimismo, reconoce que esta estrategia innegablemente crea sus propias trabas: algunos de los negros que obtienen las posiciones privilegiadas, generan una especie de duda en relación con el lugar que tendrían de no haber sido por la medida que operó en su favor. En los aplicantes blancos rechazados se genera un sentimiento de frustración, por no poder ingresar a escuelas privadas u obtener algún trabajo en específico. Además, estos últimos sufren un sentimiento que los negros conocen muy bien: el haber sido juzgado desfavorablemente por un criterio que no tiene que ver con el mérito y sobre el cual no tienen control alguno.

Estos agravios son genuinos; son circunstancias que no deben olvidarse y tampoco trivializarse. Sin embargo, no debe concluirse que al identificar las trabas se debe, por tanto, abandonar los programas trascendentes tales como los de acciones positivas. Este, es un mundo imperfecto, en donde las grandes transformaciones no pueden alcanzarse sin dolor y sacrificio, la historia lo ha constatado.

Solicitar el sacrificio es una petición fuera de lo ordinario, pero apropiada, dado que dos condiciones se verían satisfechas. Una es que la causa es tan necesaria, noble y valiosa que justifica el sufrimiento individual que inflige. La otra es que no se ha encontrado otra manera.

Para apoyar la estrategia de las acciones positivas a pesar de los efectos desfavorables que para algunos puedan tener, debemos creer que no se pueden mitigar o erradicar las desventajas sin un sistema de preferencias (diferenciaciones) y que, finalmente, *“we cannot get beyond racism without taking race into account”*. Esto es, no se pueden abandonar las prácticas minusvaloradoras, si para ello no se toma en cuenta el rasgo que les da origen.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Fiss, Owen M., “Affirmative Action as a Strategy of Justice”, Report from the Institute for Philosophy & Public Policy, 17 *Philosophy & Public Policy*, 37, 1997, p. 38.

Capítulo octavo

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN

MEXICANA	177
I. Sujetos vinculados al principio de igualdad	178
II. Manifestaciones explícitas de la igualdad en el orden constitucional	183
1. Prohibición de discriminar	184
2. Igualdad entre el hombre y la mujer	199
3. Igualdad de nacimiento: prohibición de títulos de nobleza y honores hereditarios	202
4. Abolición de fueros y privilegios	205
III. Igualdad sustancial en el orden jurídico mexicano	211
IV. Igualdad. Límites a este principio	219

CAPÍTULO OCTAVO

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La sujeción al principio de igualdad resulta bastante clara en numerosas referencias específicas, explícitas o implícitas a la igualdad a lo largo de la Constitución, a través de términos como: “todos”, “ningún”, “toda persona”, “todas las personas”, “los mexicanos”, etcétera. Estos términos indican que los poderes públicos, el legislador y en algunos casos los particulares,¹⁵⁰ han de respetar ese mandato de generalización en la concesión de las libertades y derechos fundamentales.

Así por ejemplo, el artículo 1o. señala: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”, el artículo 3o. garantiza a “todo individuo el derecho a recibir educación”. El artículo 4o. contiene varias disposiciones refiriéndose a “toda persona” para asignar el derecho a la protección de la salud y a un medio ambiente sano, entre otros. Así también pueden citarse los artículos 5o., 11, 13, 16, 24 y 123, entre otros que como éstos, disciplinan al ordenamiento jurídico secundario.

¹⁵⁰ Por lo que hace a los particulares, la igualdad puede tener consecuencias en las relaciones entre ellos regidas por el derecho laboral o por el derecho civil. En el derecho laboral, por ejemplo, suele prohibirse la distinción entre hombres y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. En el derecho civil el mandato de igualdad no permite que las mujeres casadas puedan ver limitados sus derechos por su cónyuge, por ejemplo en el sentido de que deban requerir autorización para interponer una acción judicial o para abrir una cuenta bancaria. Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, op. cit., nota 48, p. 128.

Por otro lado, la Constitución mexicana se suma a la lista de los ordenamientos que incluyen mandatos de no discriminación, a través del párrafo tercero del primer artículo de la carta fundamental. Con ello, el ordenamiento mexicano refuerza el principio de igualdad al tiempo que le abre nuevos cauces.

I. SUJETOS VINCULADOS AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

La igualdad desde el punto de vista jurídico, no es simplemente un valor o un ideal que se pretende alcanzar sino que, por el contrario, supone la vinculación de los poderes públicos con la imposición de obligaciones muy específicas. El poder legislativo se encuentra vinculado a través de la garantía de igualdad ante la ley expuesta en el artículo 13 constitucional, en virtud del cual tiene que ceñirse al principio de generalidad de la ley. También está vinculado al principio de igualdad a través del mandato de no discriminación del artículo 1o. de la Constitución y, en el mismo sentido (de no discriminación), al artículo 4o. también constitucional, que establece la igualdad entre el hombre y la mujer.

La vinculación del Poder Judicial al principio de igualdad se verifica a través de la creación de un sistema de precedentes obligatorios (en México la llamada jurisprudencia), por medio de los cuales se obliga a los jueces inferiores a decidir casos que sean sustancialmente iguales o parecidos a otros resueltos con anterioridad, tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en tiempo. En el caso de México, la obligación que vincula al Poder Judicial con el principio de igualdad, se prevé en la Ley de Amparo, artículos 192 y 193 que cumplimentan la disposición constitucional establecida en el artículo 94.

Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad a nivel constitucional puede suponer, o supone de hecho, una limitación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, pues tendrá que justificar la imposición de un trato desigual otorgado a dos o más particulares que se encuentren sustancialmente en una

posición parecida o similar frente a la administración.¹⁵¹ De darse el supuesto de un tratamiento desigual por discriminación, se estaría a lo dispuesto por la ley de la materia, o bien, al Código Penal.

Por lo que hace a los particulares, la igualdad puede tener consecuencias en las relaciones entre ellos regidas por el derecho laboral o por el derecho civil. En el derecho laboral, por ejemplo, suele prohibirse la distinción entre hombres y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. Este derecho de igualdad está previsto en el artículo 123 constitucional, fracción VII: “Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

En el derecho civil el mandato de igualdad no permite que las mujeres casadas puedan ver limitados sus derechos por su cónyuge, por ejemplo, en el sentido de que deban requerir autorización para interponer una acción judicial o para abrir una cuenta bancaria.¹⁵² Actualmente, se han modificado algunas disposiciones que ahora se inscriben en la línea del respeto a la igualdad. Disposiciones que parecían inocentes, tales como la que hacía referencia a la edad para contraer matrimonio, estableciendo diferencias entre hombres y mujeres, cambió a partir de mayo de 2000 dado que el Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 148 vigente, establece que ambos contrayentes deben ser mayores de edad.¹⁵³

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ El Código Civil Federal hace todavía distinción en las edades: el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. En este sentido, es de destacar que una fuente de desigualdades graves tiene lugar, siempre que no existe uno sino varios códigos, tanto sustantivos como adjetivos, a lo largo y ancho de nuestro país. Existen pronunciamientos al respecto, mismos que señalan que los bienes jurídicos tutelados por el derecho no son menos o más valiosos, dependiendo de la entidad federativa de que se trate. Además, la unificación legislativa en nada afecta al sistema federal, porque no toca su esencia: la descentralización política, ni tampoco se disminuye la descentralización administrativa. Puede verse al respecto, el capítulo IV del libro de Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales*, punto 14, “Posible unificación de los códigos en materia civil, penal y de procedimientos”, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 141-148.

El derecho penal tampoco queda exento de las exigencias de la igualdad. En este sentido, recientemente se ha incluido un tipo penal relacionado con la no discriminación. De esta manera, quedan vinculados a respetar la igualdad tanto los particulares en la esfera de las relaciones privadas, como los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

La primera redacción del tipo se adicionó de acuerdo con el Decreto que derogó, reformó y adicionó diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal y que entró en vigor el 1o. de octubre de 1999. Entre otras modificaciones, incluyó un Título Decimoséptimo *bis*, denominado “Delitos contra la dignidad de las personas”, en un solo capítulo. La redacción del artículo 281 bis fue la siguiente:

Se impondrá pena de uno a tres años de prisión, de cincuenta a doscientos días de multa y de veinticinco a cien días de trabajo a favor de la comunidad al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud:

- I. Provoque o incite al odio o a la violencia;
- II. En ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho;
Para los efectos de esta fracción, se considerará que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general.
- III. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas cuando dichas conductas tengan por resultado un daño material o moral.
- IV. Niegue o restrinja derechos laborales.

Al que, siendo servidor público, incurra en alguna de las conductas previstas en este artículo o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo, y se le impondrá la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán considerados como delitos contra la dignidad de la persona todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Este delito solamente se perseguirá por querrela de parte ofendida o de su legítimo representante.

En noviembre de 2002 esta disposición desapareció. El Nuevo Código para el Distrito Federal entró en vigor a los ciento veinte días de su publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* (16 de julio de 2002). El código vigente conserva el título denominado “Delitos contra la dignidad de las personas”, pero en el ordenamiento vigente, se trata del título décimo, también con un único capítulo denominado “Discriminación”, cuyo artículo 206 tiene como texto el siguiente:

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, procedencia 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.
- 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 el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación 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.

Después de una lectura completa a las distintas “perspectivas” desde las cuales puede mirarse el principio de igualdad, los cambios

más que significativos, alarman por su imprecisión. Cabría, por tanto, hacer un pequeño análisis de las modificaciones.

En cuanto a la pena, la multa y la prisión permanecen iguales. No sucede lo mismo con el trabajo a favor de la comunidad (de veinticinco a cien días previstos en el anterior código a ninguno en el vigente).

Como una razón más, se agregó la “procedencia étnica”. Los motivos que impulsan la conducta delictiva se reúnen en un listado que, por tratarse de materia penal, habrán de entenderse en sentido limitativo siempre que de otra forma, no habría adecuación de la conducta al tipo y por tanto, tampoco habría delito. En materia penal, no aplican las cláusulas abiertas anteriormente expuestas.

Se suprimió la fracción segunda, que tiene que ver con la discriminación en la prestación de servicios a los que se tiene derecho, porque se ofrecen al público en general. Esta omisión sí representa un retroceso, en la medida en que se trataba de una forma de vinculación mucho más precisa de los particulares al principio de igualdad a través de la no discriminación. Podría entenderse que la situación prevista en la fracción II del código anterior queda incluida en la fracción segunda vigente, en el entendido de que se trataría de una vejación o exclusión. No obstante, ésta es una disposición vaga que los legisladores habrán de precisar, más aun porque no se expresa en qué consistiría o cuáles serían los efectos de dicha vejación o exclusión. Vejar, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, significa maltratar, molestar, perseguir a uno, perjudicarlo o hacerle padecer. En el tipo anterior se decía que la vejación o la exclusión tendrían que tener por resultado un daño patrimonial o moral; en la redacción actual, la disposición no hace precisión alguna.

También hubo cambios con respecto a los servidores públicos, a quienes en el código anterior aumentaba en una mitad la pena y se les destituía e inhabilitaba para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos ya fuera, por incurrir en las conductas señaladas en las fracciones señaladas al principio del artículo o por negar o retardar a una persona un trámite o servicio

al que tuviera derecho. Actualmente se incrementan las penas únicamente por negar o retardar los trámites; sin embargo, la destitución e inhabilitación en el código vigente no plantea el tiempo de la pena de prisión como un máximo sujeto a la discrecionalidad del juez para determinar el periodo de la inhabilitación, sino como un periodo fijo, es decir, la destitución será por el mismo lapso por el que se le haya impuesto la privación de la libertad.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal tampoco incluyó el último párrafo de la disposición anterior, en el que se daba respaldo a las medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos, al no considerarlas discriminatorias. En un país en donde los jueces y legisladores comprendieran los alcances y obligaciones que se derivan del principio de igualdad, el párrafo que se suprimió podría sobrar, porque lejos de constituir un delito, las medidas que tienen por objeto la protección de los grupos socialmente desfavorecidos, son una demanda legítima, si no respaldada de manera expresa por el párrafo tercero del artículo primero constitucional, sí exentas de inconstitucionalidad dado que no atentan contra la dignidad humana, ni tienen por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

II. MANIFESTACIONES EXPLÍCITAS DE LA IGUALDAD EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

Para que la igualdad no sea una mera abstracción o un lema político cargado de implicaciones meramente conmovedoras y se traslade, por el contrario, al ámbito de lo posible y reclamable, es menester afinar los detalles que permitan su puesta en marcha, de modo que cuando se hable de igualdad, se esté en posibilidad de precisar su justo alcance. Una forma de hacerlo, es ubicar su perspectiva y campo de aplicación dentro del derecho vigente; para tal fin, se analizan los artículos constitucionales de los cuales pueden desprenderse de manera más explícita los derechos de igualdad, a saber: 1o., 4o., 12 y 13.

1. *Prohibición de discriminar*

Artículo 1o.

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.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.¹⁵⁴

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 que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

A. *Génesis del mandato de no discriminación*

Después de un tortuoso proceso de discusión y aprobación, finalmente el 14 de agosto de 2001 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las modificaciones constitucionales que, en referencia principalmente a los derechos y cultura indígenas, afectan a los artículos 1o., 2o., 4o., 18 y 115 de la carta magna.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Si bien la esclavitud es básicamente la carencia de libertad, es también la manifestación más primaria de la desigualdad, en tanto que se considera a los esclavos como cosas. El artículo primero de la Convención sobre la esclavitud señala: “la esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. Sobre el tema, pueden consultarse: Convención sobre la esclavitud, de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956.

¹⁵⁵ Carbonell, Miguel, “Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 11.

La reforma de 2001 en materia indígena se había venido gestando desde hace varios años y ha estado precedida de un largo proceso de discusión, no únicamente en el ámbito parlamentario, sino también en el de los medios de comunicación y en muchos sectores de la sociedad civil organizada.¹⁵⁶ Obviamente, la posibilidad de ampliar los contenidos constitucionales referidos a los derechos y cultura indígenas había sido estudiada y analizada también por las propias comunidades indígenas y por sus representantes.¹⁵⁷ Durante un largo periodo se formularon varios proyectos de reforma. Si bien es cierto que el conjunto de reformas tiene un contenido que en buena medida busca la garantía de la igualdad tanto formal como sustancial, este apartado hace énfasis únicamente en el proceso de concreción del mandato de no discriminación que corresponde al artículo primero vigente.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el motor de la igualdad, por llamarlo de alguna forma, tiene distintos actores en los distintos países y épocas. Así por ejemplo, en la Revolución Francesa fueron los burgueses, en Estados Unidos, fueron las diferencias raciales; en el caso de México, son los pueblos indígenas. De cualquier forma, esto no debe tomarse como un ámbito personal de validez estricta en ningún caso. Como se ha visto, el principio de igualdad permea los ordenamientos jurídicos en conjunto y se extiende de manera integral a todos los ámbitos y sujetos en distintas épocas y circunstancias.

¹⁵⁶ Al respecto, es suficiente con mencionar que existen varios documentos de propuestas, iniciativas y contrapropuestas de parte de diferentes actores, baste para ejemplificar: los Acuerdos de San Andrés de 1996; la Iniciativa de Derechos y Cultura Indígena del Partido Acción Nacional; la Iniciativa de la Cocopa, de 2000, y las Propuestas del CERE (Centro de Estudios para la Reforma del Estado) sobre Indígenas. Todos estos documentos pueden encontrarse en: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana (comp.), *Foros para la revisión integral de la Constitución*, México, Secretaría de Gobernación, 2001.

¹⁵⁷ Carbonell, Miguel, "Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001", *op. cit.*, nota 155, p. 12.

El mandato de no discriminación, como se señaló algunas líneas arriba, es el producto de una serie de discusiones que, a raíz del conflicto que se inició el 1o. de enero de 1994 en Chiapas, produjo en la sociedad mexicana el sentimiento de que era necesaria una nueva relación del Estado y la sociedad con los pueblos indígenas del país. A manera de síntesis y con el objetivo de contextualizar el párrafo tercero del artículo primero constitucional, pueden señalarse algunos datos que explican tanto la redacción como los alcances que este mandato implicaría en un futuro, hoy concretado. Por tanto, una referencia a los Acuerdos de San Andrés, entre el EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el gobierno federal, del 16 de febrero de 1996 y a la Propuesta de Ley de la Cocopa (Comisión de Concordia y Pacificación), del 5 de diciembre de 2000 puede ayudar a explicar el devenir de las “nuevas” implicaciones de la igualdad en el ordenamiento jurídico mexicano.

El pronunciamiento conjunto que el gobierno federal y el EZLN acordaran en 1996, es un panorama que permite conocer el contexto y los principios de esa nueva relación que se esperaba entre los pueblos indígenas, la sociedad y el Estado.

El contexto puede encontrarse en el Documento 1 del mencionado pronunciamiento y del cual se han escogido los puntos 2 y 6, cuyo texto es el siguiente:

2. Las condiciones de pobreza y marginación que afectan a los pueblos indígenas, muestran el carácter desigual del desarrollo de la sociedad mexicana, y definen el alcance de las exigencias de justicia social que debe atender el Estado para concurrir al progreso de ese importante núcleo de mexicanos.

Las perspectivas de desarrollo de México están estrechamente condicionadas a la tarea histórica de eliminar la pobreza, la marginación y la insuficiente participación política de millones de indígenas mexicanos. El objetivo de construir una sociedad más justa y menos desigual es la piedra angular para alcanzar un desarrollo más moderno y construir una sociedad más democrática. Estas metas son parte esencial del proyecto de nación que el pueblo de México desea, no sólo

como compromiso moral de la sociedad y de los pueblos indígenas y como responsabilidad indeclinable del gobierno de la República, sino como condición indispensable para asegurar el tránsito a mejores niveles de desarrollo del país.

6. Garantizar la satisfacción de necesidades básicas. El Estado debe garantizar a los pueblos indígenas condiciones que les permitan ocuparse de su alimentación, salud y servicios de vivienda en forma satisfactoria y por lo menos un nivel de bienestar aceptable. La política social impulsará programas prioritarios para que la población infantil de los pueblos indígenas mejore sus niveles de salud y alimentación, y de apoyo a la actividad y capacitación de las mujeres indígenas.

También en el texto de los Acuerdos de San Andrés, pueden encontrarse los principios de esa esperada “nueva relación”, entre los cuales destaca el pluralismo en el siguiente sentido:

El trato entre los pueblos y culturas que forman la sociedad mexicana ha de basarse en el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental. Como consecuencia, ha de ser política del Estado normar su propia acción y fomentar en la sociedad una orientación pluralista, que combata activamente toda forma de discriminación y corrija las desigualdades económicas y sociales. Igualmente, será necesario avanzar hacia la conformación de un orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad, que refleje el diálogo intercultural, con normas comunes para todos los mexicanos y respeto a los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas. El reconocimiento y promoción de la naturaleza pluricultural de la nación significa que, con el propósito de fortalecer la cultura de la diversidad y la tolerancia en un marco de unidad nacional, la acción del Estado y sus instituciones debe realizarse sin hacer distinciones entre indígenas y no indígenas o ante cualquier opción sociocultural colectiva. El desarrollo de la nación debe sustentarse en la pluralidad, entendida como convivencia pacífica, productiva, respetuosa y equitativa de lo diverso.

Es en síntesis, bajo este contexto, que el gobierno federal y el EZLN sugirieron reformas legales que, partiendo del principio ju-

rídico fundamental de la igualdad de todos los mexicanos ante la ley y los órganos jurisdiccionales, aseguraran en la carta magna la obligación de no discriminar por origen racial o étnico, lengua, sexo, creencia o condición social, así como también la posibilidad de la tipificación de la discriminación como delito perseguible de oficio.¹⁵⁸

Algunos años después, el 5 de diciembre de 2000 aparecería la Iniciativa de Reforma Constitucional en materia indígena, llamada “Iniciativa de la Cocopa”. El mandato de no discriminación en esta iniciativa quedaba incluido en el artículo 4o., en un párrafo que sin duda tenía un peso mucho menor al sugerido en los Acuerdos de San Andrés. El artículo cuarto habría quedado de la siguiente manera:

Propuesta de Ley Cocopa

Iniciativa de Reforma Constitucional en materia indígena

5 de diciembre de 2000

C. Presidente de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión

Presente

[...]

DECRETO

ARTÍCULO ÚNICO. SE REFORMA el artículo 4o., primer párrafo, y SE ADICIONAN los párrafos segundo a octavo del artículo 4o., recorriéndose en su orden los actuales segundo a noveno párrafos para pasar a ser noveno a decimosexto; un último párrafo al artículo 18; un cuarto párrafo al artículo 26, recorriéndose en su orden el actual cuarto párrafo para pasar a ser el quinto; un segundo párrafo al artículo 53, recorriéndose el actual segundo párrafo para pasar a ser tercero; la fracción XXVIII al artículo 73; un segundo párrafo a la fracción V del artículo 115, recorriéndose en su orden el actual segundo párrafo para pasar a ser tercero; las fracciones IX y X al artículo 115; y un

¹⁵⁸ Documento 2, fracción V, inciso g) de los Acuerdos de San Andrés. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana (comp.), *op. cit.*, nota 156.

cuarto párrafo a la fracción II del artículo 116; de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

ARTÍCULO 4. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el país al iniciarse la colonización y antes de que se establecieran las fronteras de los Estados Unidos Mexicanos, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta, a la autonomía como parte del Estado mexicano, para:

- I. Decidir sus formas internas de convivencia y de organización social, económica, política y cultural.
- II. Aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres; sus procedimientos, juicios y decisiones serán convalidados por las autoridades jurisdiccionales del Estado.
- III. Elegir a sus autoridades y ejercer sus formas de gobierno interno de acuerdo con sus normas en los ámbitos de su autonomía, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad.
- IV. Fortalecer su participación y representación política de acuerdo con sus especificidades culturales.
- V. Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la nación.
- VI. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que configuren su cultura e identidad.
- VII. Adquirir, operar y administrar sus propios medios de la comunicación.

La Federación, los estados y los municipios deberán, en el ámbito de sus respectivas competencias, y con el concurso de los pueblos indí-

genas, promover su desarrollo equitativo y sustentable y la educación bilingüe e intercultural. *Asimismo, deberán impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación y combatir toda forma de discriminación.*

Las autoridades educativas federales, estatales y municipales, en consulta con los pueblos indígenas, definirán y desarrollarán programas educativos de contenido regional, en los que reconocerán su herencia cultural.

El Estado impulsará también programas específicos de protección de los derechos de los indígenas migrantes, tanto en el territorio nacional como en el extranjero.

Para garantizar el acceso pleno de los pueblos indígenas a la jurisdicción del Estado, en todos los juicios y procedimientos que involucren individual y colectivamente a indígenas, se tomarán en cuenta sus prácticas jurídicas y especificidades culturales, respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tendrán en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores, particulares o de oficio, que tengan conocimiento de sus lenguas y culturas.

El Estado establecerá las instituciones y políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con dichos pueblos.

Las Constituciones y las leyes de los estados de la República, conforme a sus particulares características, establecerán las modalidades pertinentes para la aplicación de los principios señalados, garantizando los derechos que esta Constitución reconoce a los pueblos indígenas.

El varón y la mujer son iguales ante la ley...

De haberse aceptado sin recelo esta propuesta, México no tendría un mandato específico de no discriminación y habría un rezaño muy importante del principio de igualdad, porque en los términos del citado artículo, el no ser discriminado no sería un derecho constitucional y la discriminación sería únicamente un defecto más que intentaría combatirse.

La prohibición de discriminar y el señalamiento de criterios específicos que constituyen discriminación directa tiene alcances

mucho mayores dirigidos a todos los poderes públicos. En general, puede desprenderse que los Acuerdos de San Andrés y otras propuestas como las del CERE (Centro de Estudios para la Reforma del Estado) iban mucho más lejos. En el ámbito de la no discriminación este último establecía, por lo menos, tres obligaciones principales:

1. Establecer el principio de no-discriminación en la Constitución y en su relativa ley penal.
2. La revisión de todo el marco legislativo, eliminando cualquier forma de discriminación.
3. Crear los mecanismos e instrumentos necesarios para garantizar y vigilar el cumplimiento del principio de no-discriminación en el ámbito de lo público y lo privado.

Finalmente, la reforma publicada el 14 de agosto de 2001, incorporó al texto del artículo 1o. dos párrafos nuevos y dejó intocado el único que tenía antes de ella, que quedó como párrafo primero (referido a la igualdad en el goce de los derechos fundamentales).

El nuevo párrafo segundo incorporó, sin modificaciones, el que era el único párrafo del artículo 2o. hasta antes de la reforma, referido a la prohibición de la existencia de la esclavitud en el territorio nacional.

El párrafo tercero es de nueva creación y contiene lo que podría denominarse una “cláusula formal de igualdad”. Dicha cláusula se expresa, *a contrario sensu*, a través de un mandato que contiene una prohibición de discriminación.¹⁵⁹

En efecto, después de las propuestas, contrapropuestas e iniciativas, la Constitución mexicana incluye un mandato de no discriminación, poniéndose a tono con los varios instrumentos internacionales de los que es parte y asume así una de sus obligaciones internacionales.

¹⁵⁹ Carbonell, Miguel, “Constitución y derechos indígenas...”, *op. cit.*, nota 155, p. 15.

Por otro lado, los actores que participaron en este largo y arduo debate que iniciara por la problemática indígena, ven cómo una de sus inquietudes culmina con alcances mayores y queda también satisfecha, por otro lado, la inquietud de ver tipificada la discriminación.

La redacción del mandato de discriminación, aun siendo un gran avance, no es del todo afortunada. Algunos de los criterios que menciona como prohibidos son claros y se encuentran recogidos en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos. Otros fueron redactados con una mezcla de ambigüedad y cierto prejuicio o quizá sólo con un lenguaje “políticamente correcto” aunque jurídicamente reprobado. Por ejemplo, el término “capacidades diferentes” es un absurdo, en realidad se trata de una característica en particular: “discapacidad” y así señalada expresamente en la mayoría de los ordenamientos que contemplan una cláusula de no discriminación como la que se comenta. Una lectura literal diría que todos tenemos capacidades diferentes, haciendo de esa forma tan amplio y vago el término que carecería de posibilidad alguna de ser aplicado con un mínimo de objetividad.

Otro término muy discutible es el genérico de “preferencias”. Normalmente, las cláusulas de este tipo se refieren a “preferencias sexuales”. El texto mexicano nuevamente, instalado entre el prejuicio y la oscuridad, omite la referencia a la sexualidad, con lo cual se presta a cualquier tipo de interpretación (política, religiosa, musical, culinaria, ética, etc.) o peor aun, a ninguna; haciendo de este criterio papel mojado. Con las “opiniones” ocurre algo semejante porque quedan incluidas todas, aunque su sentido en el ámbito del derecho comparado y del derecho internacional se dirige en realidad hacia las opiniones políticas o gremiales que pudieran representar una desventaja o la represión de la persona.

De cualquier forma, la inserción de esta cláusula aun con sus ambigüedades, obliga al legislador a emprender una revisión profunda de toda la legislación, de forma que vaya aplicando los criterios genéricos descritos en el artículo primero para detectar las leyes que los vulneren, con la finalidad de llevar a cabo la adecua-

ción de las mismas al marco constitucional. De no ser así, los criterios contra la discriminación empezarían a ser utilizados por el Poder Judicial para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes, con todos los problemas que de ello derivan.¹⁶⁰

B. *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*

Pese a las fallas en la redacción del mandato de no discriminación y a las tareas que la revisión de la totalidad del ordenamiento jurídico mexicano supone, es un avance muy importante el de la inclusión de la prohibición de discriminar, establecida en la Constitución.

Se puede observar un ejercicio muy valioso de consistencia si se piensa por ejemplo en que el Código Penal para el Distrito Federal ya había tipificado la discriminación como delito y que recientemente, por decreto publicado el 11 de junio de 2003, México se prepara y asume compromisos contra la discriminación a través de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (en lo sucesivo: la Ley), misma que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

La Ley es un esfuerzo comenzado por la Comisión Ciudadana de Estudios Contra la Discriminación, que estuvo trabajando durante el año 2001. La Comisión estuvo integrada por más de 160 personas y organizó sus esfuerzos a través de una división en subcomisiones técnicas, una de las cuales (la 4a.) tuvo a su cargo redactar una propuesta legislativa para combatir la discriminación.¹⁶¹ La estructura de la ley se configura de la siguiente manera:

¹⁶⁰ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio...*, cit., nota 48, pp. 133 y 134.

¹⁶¹ Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 181 y 182.

Consta de seis capítulos con los siguientes títulos:

- I. Disposiciones generales.
- II. Medidas para prevenir la discriminación.
- III. Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades.
- IV. Del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
 - Sección primera: Denominación, objeto, domicilio y patrimonio.
 - Sección Segunda: De las atribuciones.
 - Sección tercera: De los órganos de administración.
 - Sección cuarta: De la asamblea consultiva.
 - Sección quinta: De los órganos de vigilancia.
 - Sección sexta: Prevenciones generales.
 - Sección séptima: Régimen de trabajo.
- V. De los procedimientos.
 - Sección Primera: Disposiciones generales.
 - Sección segunda: De la reclamación.
 - Sección tercera: De la conciliación.
 - Sección cuarta: De la investigación.
 - Sección quinta: De la resolución.
 - Sección sexta: Del procedimiento conciliatorio entre particulares.
- VI. De las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación.

Dentro de esta Ley pueden encontrarse muchas novedades y es, como los autores del proyecto señalan, “una nueva forma de legislar”. Es una Ley que merece un estudio pormenorizado; por lo menos, porque crea un nuevo organismo descentralizado sectorizado de la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Se trata del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual, para el desarrollo de sus atribuciones goza de autonomía técnica y de gestión. Sus facultades son en términos generales de orientación e información; sin embargo, también puede dictar resoluciones que en términos de la propia ley se formulen en los procedimientos de reclamación (contra servidores públicos) o de queja (contra particulares), ambos sustanciados mediante la conciliación.

Las medidas que por “resolución por discriminación” se dicten, no tendrán una sanción como las que normalmente conocemos (privativas de la libertad o pecuniarias) sino medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación, cuyo resultado en los hechos es de mucho mayor alcance (Capítulo VI. Medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación).

Un aspecto contenido en la ley que parece contribuir al mantelamiento de una igualdad sustancial en el ámbito legislativo, es la inclusión de una cláusula material de igualdad, inspirada en los ordenamientos español e italiano. Esta cláusula quedó incluida en el artículo 2o. de la Ley en los siguientes términos:

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.

La inclusión de una cláusula como ésta en la Constitución, sería una forma vinculante de actuar; sin embargo, no debería ser estrictamente necesaria para justificar la constitucionalidad de ciertas medidas, si se atiende a los principios que rigen al mandato de no discriminación. ¿Cómo podría pensarse que una medida que pretende tratar desigualmente a los desiguales, en atención a los hechos, podría ser contraria a la Constitución? Además, en los términos en que está redactado el párrafo tercero, se debe entender que la discriminación prohibida, es aquella que atenta contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Es sólo en los casos señalados anteriormente que puede entenderse una práctica como discriminatoria. Además, la elección de los criterios sigue siendo una facultad del legislador que le permite inductivamente identi-

car, en los hechos, a los sujetos merecedores de distinciones jurídicas. Esta facultad, por otro lado, está sujeta a los juicios de razonabilidad, en los cuales debe analizarse la adecuación del criterio elegido al fin perseguido por la norma. De esta manera, la búsqueda de la igualdad sustancial por la vía legislativa, no representaría una actuación inconstitucional.

El legislador, por otro lado, escogió para esta Ley algunos sujetos particularmente vulnerables: mujeres, niños, personas con discapacidad y población indígena. Para estos grupos, estableció una serie de medidas que en algunos casos podrían considerarse prestaciones y en algunos otros casos, políticas públicas que ahora, como derechos, pueden ser exigidos por los sujetos afectados.

Esta ley es una suerte de punta de lanza que adolece, sin embargo, de por lo menos uno de los defectos de los ya conocidos derechos a prestaciones. Es el caso, por ejemplo, del artículo 12, donde se pretende garantizar a las personas mayores de 60 años, en la fracción I, el acceso a los servicios de atención médica y de seguridad social pero de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad de la materia. Debe tenerse en cuenta que la mayoría de las personas y no solamente los adultos en plenitud que no tienen acceso a los servicios de salud, no tienen garantizado este derecho precisamente porque no se encuentran asegurados y es en este tipo de personas en las que se debería poner especial atención, lo cual no se logra remitiendo a la normatividad de la materia, misma que no se caracteriza por ser muy incluyente. En un país en donde el desempleo es característica de una gran parte de la población y en donde el trabajo “informal” es una constante, el desamparo de muchas personas es un resultado ineludible cuando los derechos a prestaciones se subordinan a la garantía de los derechos laborales.¹⁶²

¹⁶² En este sentido, puede verse Pisarello, Gerardo, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pp. 115-135. Pisarello hace notar desde distintas perspectivas que la protección de los derechos sociales se subordina en gran medida a la garantía de los

Podría argumentarse que existen procedimientos por medio de los cuales se estaría en posibilidad de tener acceso a los servicios públicos de salud; sin embargo, las enfermedades no son siempre previsibles ni dejan tiempo para llenar requisitos.

En otro sentido, cuando el legislador habla de medidas positivas parece estar refiriendo a lo que en el derecho de Estados Unidos y en otros ordenamientos como el comunitario llaman “acciones positivas” ya analizadas en el capítulo anterior. Buena parte de las medidas sugeridas son derechos ya existentes en otros ordenamientos como la propia Constitución, la Ley Federal del Trabajo, entre otras y su inclusión en el ordenamiento en comento es un acento y un deber asignado, sobre todo, a los órganos públicos y a las autoridades federales. Una tarea que le queda muy bien al Consejo de reciente creación es la instrumentación de tales medidas. Podría significar un buen paso hacia adelante el estudio y seguimiento de formas de implementar muchas medidas como las que se sugieren en la Ley; por ejemplo, la fijación de metas específicas y plazos para alcanzarlas, el seguimiento estadístico de los resultados; en síntesis, la valoración e implementación de las medidas de acuerdo con los hechos (Capítulo IV, primera y segunda secciones).

Esta ley, hoy vigente, es un resultado de decidida consistencia: con los compromisos asumidos en el ámbito internacional y con las demandas legítimas de una sociedad que desea eliminar cualquier forma de discriminación. En el primer sentido, son muchos los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos que incitan a la eliminación de discriminación, tal como se vio en el capítulo respectivo y por otro lado, atiende también a las

derechos laborales excluyendo así a un núcleo de población mayoritario, en número y situación de vulnerabilidad. Son derechos que en última instancia se dirigen a la protección de la esfera pública de trabajo remunerado dejando prácticamente intacta la esfera privada, o bien, los derechos de todos aquellos sectores que directamente no consiguen ingresar en el mercado formal de trabajo como los niños, personas mental o físicamente discapacitadas, desempleados urbanos y rurales, etcétera.

demandas establecidas en los documentos que preceden tanto a la prohibición de discriminar, como a la ley que lo regula. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad que tiene el Consejo de iniciar sus actuaciones tanto a petición de parte como de oficio en aquellos casos en que la Presidencia así lo estime. Esta posibilidad de actuar de oficio subsana en alguna medida lo que el Código Penal no incluyó. En materia penal, el delito se persigue sólo a petición de parte. En este sentido es preciso hacer algunas aclaraciones en el sentido de que la discriminación puede ser a la vez un delito, un acto inconstitucional, una violación a los derechos humanos y también una conducta que cuenta con los recursos administrativos previstos en la Ley que se comenta.

Como prohibición constitucional, la discriminación permea el ordenamiento jurídico completo y es un límite a la actuación de los poderes públicos. Como violación a los derechos humanos, es susceptible de ser objeto de una queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y, por otro lado, se trata de un delito que puede ser perseguido a petición de parte, de acuerdo con lo establecido en el Código Penal para el Distrito Federal. Ahora además, puede presentarse, ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, una reclamación si la discriminación procede de servidores públicos, o una queja si proviene de particulares.

Como puede observarse, podría darse el caso de que se recurriera por distintas vías. Al respecto, la Ley hace algunas aclaraciones. Por ejemplo, si los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas acuden en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta se admite, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que dieron fundamento a la queja (artículo 63 d de la Ley).

Por otro lado, la misma Ley señala en el artículo 53 que en ningún momento la presentación de una queja o reclamación ante el Consejo interrumpirá la prescripción de las acciones judiciales o recursos administrativos previstos por la legislación correspon-

diente. De esta forma, debe entenderse que existen muchas vías y que la más apropiada dependerá del caso en particular de que se trate. En atención también a la conveniencia de una u otra vía, el Consejo, de acuerdo con el artículo 45, proporcionará a las personas que presuntamente hayan sido discriminadas, asesoría respecto a los derechos que les asisten y a los medios para hacerlos valer y, en su caso, orientará en la defensa de los citados derechos ante las instancias correspondientes, en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico.

En suma, esta Ley es un esfuerzo por llevar a la práctica las medidas necesarias para eliminar y prevenir toda forma de discriminación. Intenta influir en la conciencia de las personas para crear una especie de solidaridad entre todas ellas y pretende difundir el respeto a lo diverso, actuando en favor de los grupos desfavorecidos en una sociedad que no les ha dado cabida.

2. *Igualdad entre el hombre y la mujer*

Artículo 4o., primer párrafo

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

El párrafo primero del artículo 4o. prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia. Este último párrafo se introduce en la Constitución mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974 y es la continuación de un largo proceso para lograr una equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Dicha equiparación es muy reciente en la historia constitucional mexicana, pues aparte del párrafo primero del artículo 4o., que data, como se acaba de mencionar, apenas de 1974, fue hasta 1953 cuando las mujeres adquirieron el derecho al voto (por reforma al artículo 34 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de octubre de ese año). Desde luego, la infravaloración jurídica y

social de la mujer no es exclusiva de México; un país tan democrático como Suiza concedió el derecho a votar a las mujeres hasta 1971.¹⁶³

Este artículo pone un acento a la prohibición general de discriminación establecida en el artículo primero. Es, en suma, un límite a la legislación. Como se señaló anteriormente, data de 1974 y es anterior a la introducción del mandato de no discriminación. En este sentido, cabe hacer una precisión: un mandato expreso de igualdad y hecho de manera tan precisa: “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, se hace así porque en el género humano hay dos grandes grupos: hombres y mujeres, estas últimas a lo largo de la historia consideradas sin razón y sin derechos. Es cierto que existen otros grupos minusvalorados pero ninguno que pueda incluir a su vez a tantos otros como estos dos. Ser mujer presupone una desventaja en la estructura social por sí sola, a la que además, se le pueden unir otras condiciones económica, política y socialmente desfavorables. Así pues, la elección de la mujeres sobre la de cualquier otro grupo parece más un ejercicio de abstracción.

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 objetivo general del Instituto es 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).¹⁶⁴

Por otro lado, el artículo cuarto y la sentencia explícita de la igualdad del hombre y la mujer, no se reducen a la defensa de las

¹⁶³ Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio...*, cit., nota 48, p. 124.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 137.

primeras. La igualdad de género pretende una sociedad plural en donde las diferencias por razón de sexo injustificadas deben ser eliminadas. De este modo, el artículo 4o. es también un derecho de los varones a no sufrir discriminación. Un ejemplo de lo anterior puede ser la siguiente tesis:

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 ISSSTE, 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 trasgresión a la garantía de igualdad establecida en el artículo 4o. de nuestra carta magna.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Tesis P. LIX/99 del Pleno de la Suprema Corte, *SJF*, t. X, agosto de 1999, p. 58.

El legislador estableció diferencias que no tienen que ver con el fin perseguido por la norma (irrazonables). Se trata de un derecho que tienen los trabajadores y que se dirige a la protección de la familia; por tanto, no debió señalar requisitos distintos por razón de género.

Puede concluirse de esta manera que la igualdad entre los sexos no es una forma de proteger a uno sobre el otro, sino de ubicar las diferencias relevantes que ameriten tratamientos distintos y descartar todas aquellas que tengan fines paternalistas o bien, discriminadores.

Son medidas paternalistas aquellas que parten de una concepción de inferioridad de la mujer y que por tanto, tratan de favorecerla a la vez que sitúan al hombre en una posición de superioridad. Las medidas paternalistas son además inconsistentes con la igualdad de género en tanto que si se pretende que la mujer se integre a la fuerza de trabajo en todos sus niveles con iguales oportunidades, esto no puede realizarse considerándola inferior. La tesis anterior es buen ejemplo de ello en tanto que percibe al hombre en una situación de superioridad y como poco susceptible de necesitar del seguro médico de la mujer y por ello, los requisitos son más extensos.

Por otro lado, derechos tales como los derivados de la gravidez no podrían considerarse en ningún caso paternalistas. Se trata de una diferencia que no puede ser superada y por tanto, requiere de un tratamiento desigual. De nuevo, puede concluirse que la adecuación de los criterios de distinción al fin perseguido por la norma y a los medios para lograrlo, son requisitos indispensables y deben estar plenamente justificados.

3. Igualdad de nacimiento: prohibición de títulos de nobleza y honores hereditarios

Artículo 12

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.

El artículo 12 constitucional es una de las pocas disposiciones de nuestra Constitución que no ha sufrido reformas desde su aprobación, por unanimidad, en la sesión del Congreso Constituyente de 1916.

En primer lugar, el artículo 12 constitucional señala la prohibición absoluta para que dentro del territorio nacional se otorguen, mediante cualquier medio, o bajo cualquier justificación, títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios. Este es un postulado de igualdad de todas las personas, una igualdad de nacimiento. Desde el punto de vista internacional, la interpretación de la expresión “nacimiento” hace referencia a privilegios personales heredados y por tanto, a la existencia de títulos nobiliarios que representan alguna ventaja.

En un segundo supuesto, se establece como prohibición constitucional el reconocimiento o convalidación de los mismos títulos, prerrogativas u honores hereditarios otorgados en cualquier otro país. Es decir, que tampoco es posible dentro del territorio nacional, convalidar las diferencias o privilegios otorgados a ciertos individuos por otros gobiernos. En este sentido, el principio de igualdad (de nacimiento) contenido en el artículo 12 cuenta con un mecanismo de protección para los casos en los que los mexicanos no cumplan con la disposición. El artículo 37 de la Constitución mexicana hace precisiones al respecto.

Por un lado, la nacionalidad mexicana por naturalización se pierde, fracción I: “por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero, o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero”.

Los mexicanos por nacimiento, de acuerdo con esta misma disposición no podrán ser privados de la nacionalidad mexicana en ningún supuesto pero se equiparan a los extranjeros en la pérdida de la ciudadanía por aceptar o usar títulos nobiliarios de gobiernos extranjeros (en congruencia con la disposición anterior deberá entenderse que implicando o no sumisión a un Estado extranjero).

La sumisión a un Estado extranjero aparece un tanto fuera de contexto, dado que la sumisión o no a cualquier otro Estado debe depender de resultados objetivos que, para ser castigados como en este caso, deberían estar sujetos a condiciones precisas quizá de tipo penal o que impliquen algún tipo de responsabilidad que amerite un castigo y no a una mera sumisión cuyo sentido no es explícito.

En realidad, el artículo 12 obedece a razones de tipo histórico hoy superadas. México es una República; sin embargo, las medidas previstas en la propia Constitución con relación a este artículo, sí dejan ver uno de los retos más sinuosos de la igualdad en la actualidad.

La distinción por nacionalidad o ciudadanía (por extranjería en general) en este y otros supuestos jurídicos, continúa siendo una de las barreras más importantes que la igualdad tiene que cruzar (o desaparecer). Existen varias disposiciones en este sentido, el paradigma es el artículo 33 constitucional, en donde el Ejecutivo tiene la facultad de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente *y sin necesidad de juicio previo*, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

La universalidad de los derechos fundamentales pareciera encontrarse todavía muy incipiente; sin embargo, hay hechos históricos que autorizan imaginar que las barreras y diferencias impuestas por los sistemas jurídicos eventualmente encuentran su fin. Un caso, el más patente, es el de la esclavitud. No solía ser una cosa extraña ni causaba indignación pero en nuestros días podemos observarla como una práctica excluida y que además, se encuentra repudiada en instrumentos internacionales y en el caso mexicano, de acuerdo con el artículo primero: "...los esclavos que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes".

Seguramente para los Estados esclavistas y para los propios esclavos, la libertad era algo utópico, como utópicas parecen algunas de las demandas sobre derechos tan elementales como los que garantizan la vida misma. Si fue así, si la esclavitud encontró su

fin, puede confiarse en que la lucha intelectual y social por la defensa de la dignidad humana, hace que, como lo señala Luigi Ferrajoli, “lo que hoy parece utópico sea la única alternativa realista si queremos un futuro que no esté marcado por las guerras, el hambre y la marginación generalizadas”.¹⁶⁶ En este sentido, la supresión de la ciudadanía como criterio diferenciador y excluyente de derechos, es una meta que el principio de igualdad deberá sortear en un presente de interacción multicultural en la mayoría de los Estados.

4. *Abolición de fueros y privilegios*

Artículo 13

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.

El conjunto de prohibiciones y limitaciones que se contienen de manera explícita en el artículo 13 de la Constitución, tienen como fundamento el principio de igualdad ante la ley. Este principio se expresó en sentido negativo, a través de la abolición de fueros y privilegios.

Se considera que es este artículo en específico, el que contiene el principio de igualdad ante la ley. Si bien es cierto que en la

¹⁶⁶ Citado por Carbonell, Miguel, en la voz “Renta Básica”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Anuario 2003, op. cit.*, nota 11, p. 101. Para abundar sobre el debate multiculturalista, puede verse, Kymlicka, Will y Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

redacción del artículo no se incluye el enunciado explícito, su contenido lo expone. No aparece en el texto constitucional por los distintos debates que suscitó en el Congreso Constituyente de 1856-1857 en torno al artículo 2o. del proyecto de Constitución Política, que sería posteriormente el artículo 13 de la Constitución. El artículo 2o. se expresaba en estos términos: “Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases, ni de origen, tienen iguales derechos...” En el debate del artículo 2o. Francisco Zarco propuso mejorar la redacción porque consideraba que no era exacto que los habitantes de la República tuvieran iguales derechos, por lo que sugirió el siguiente texto: “Todos los habitantes de la República, sin distinción de clases ni de origen, son iguales ante la ley”. No obstante, los debates no culminaron aquí, Ponciano Arriaga argumentó que la igualdad debe darse no sólo ante la ley, sino ante la sociedad y ante las autoridades. Otros diputados objetaron la fórmula por considerarla demasiado extensa además de que colocaba a los extranjeros y a los mexicanos en la misma situación. Ponciano Arriaga no aceptó ninguna de las sugerencias y decidió retirar el proyecto de artículo para que la comisión volviera a presentarlo. El nuevo proyecto de artículo 2o. fue presentado sin contener la cláusula general, por lo que ya no fue analizada ni apareció en el texto aprobado.¹⁶⁷

Sin embargo, la interpretación de este artículo se caracteriza por incluir la idea de igualdad ante la ley. De este modo lo expresa la siguiente tesis:

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 Constitu-

¹⁶⁷ Cfr. Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 13 constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana comentada y concordada*, cit., nota 33, p. 154.

ción 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 proscribe 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.¹⁶⁸

En síntesis, el artículo 13 constitucional es la expresión de algunos de los alcances del principio de igualdad ya mencionados. Tal es el caso de la prohibición de leyes privativas y de los tribunales especiales. Por lo que hace a las primeras baste recordar que la circunstancia de que un decreto o una ley comprenda a un determinado número de individuos, no implica que se le considere privativo(a). Una ley es privativa cuando se dicta para una o varias personas mencionadas individualmente. En cuanto a los tribunales especiales debe entenderse que son aquellos que son creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y personas, por lo que, una vez que realizan el juzgamiento que les fue encomendado, se extinguen.

Un punto que queda pendiente de analizar y que es también una expresión de la igualdad ante la ley es la abolición de los fueros. El artículo 13 estatuye que ninguna persona o corporación puede tener fuero. La palabra “fuero” es una de las que tienen más acepciones en el lenguaje jurídico, entre otras pueden destacarse las siguientes:

- a) Con ella se hace referencia a las compilaciones o conjuntos de leyes dictadas en una época determinada, como es el caso

¹⁶⁸ Tesis CXXXV/97 del Pleno de la Suprema Corte, novena época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VI, septiembre de 1997, p. 204.

del Fuero Juzgo, del Fuero Real, del Fuero de Castilla, etcétera;

- b) Puede referirse también a determinadas situaciones de privilegio, derivadas del estatus y la condición social de las personas, que pueden ser exenciones de impuestos, otorgamiento de gracias, mercedes u otros beneficios;
- c) Se aplica también al conjunto de órganos jurisdiccionales creados en beneficio de ciertas personas o corporaciones, de tal manera que sólo puedan ser juzgadas por los órganos creados en su beneficio y no por los tribunales ordinarios.¹⁶⁹

Es frecuente encontrar todavía en la Constitución mexicana, diversas disposiciones que obedecen a situaciones históricas pero que aun no han sido superadas en su totalidad. Es el caso del artículo 13 en relación con los fueros. Debe acotarse, sin embargo, que los fueros prohibidos de acuerdo con el artículo 13 son los que proporcionan un privilegio o inmunidad y que se identifican con los incisos b) y c). Al respecto, es importante señalar que el fuero puede tener diversa naturaleza:

1. Fuero personal: es aquella situación de privilegio o inmunidad de que goza una persona con exclusión de todas las demás.
2. Fuero material u objetivo: se presenta cuando se trata de una situación de competencia jurisdiccional, determinada por una serie de características ligadas con la naturaleza del hecho o el acto.

¹⁶⁹ Entre los numerosos fueros que existieron durante la época virreinal puede mencionarse el fuero monástico, que conocía de los asuntos civiles y penales de los eclesiásticos; el fuero mercantil, para las controversias en las que fueran parte los comerciantes; el fuero de minería, para los litigios en que fueran parte los mineros; el fuero de guerra, para los militares, etcétera. Ovalle Favela, José, "Comentario al artículo 13 constitucional", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana comentada y concordada*, cit., nota 33, p. 158.

En México, de acuerdo con el precepto constitucional en comento, está prohibido el fuero personal, en tanto que el material u objetivo sí está permitido, al establecerse, dentro del mismo artículo 13, que subsiste el fuero de guerra para las faltas o delitos en contra de la disciplina militar; o dentro del artículo 61 de la misma Constitución, cuyo texto establece que los diputados y senadores son inviolables por los juicios que expresen en el desempeño de sus cargos y no podrán ser reconvenidos por ellos. Estos fueros, que son de carácter objetivo, los posee determinada persona o corporación por su ubicación dentro de una situación material (tener el cargo de diputado o senador). Es decir, el fuero no es de la persona, es del cargo y dura para la persona, el tiempo que esté en su encargo. Esta misma argumentación es válida para la protección procesal de que disfrutaban, en los términos de los artículos 108, 109 y 110 de la Constitución, el presidente de la República y todos los altos servidores públicos que, por razón de su encargo y mientras permanezcan en él, gozan del llamado fuero constitucional.

De acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, el presidente de la República durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común. Por otro lado, el artículo 109 se refiere al juicio político, que procede cuando en el ejercicio de sus funciones, los servidores públicos incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. El procedimiento del juicio político se explica en el artículo 110 constitucional. La Cámara de Diputados procede a la acusación y la Cámara de Senadores aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión. La sanción consiste en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. Cuando la falta cometida esté prevista en el ordenamiento penal, es la Cámara de Diputados la que declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado, sin perjuicio de que —de declararse que no ha

lugar— una vez concluido el encargo del funcionario inculcado, se continúe el curso de la imputación por la vía penal.

En consecuencia, el fuero constitucional es un atributo temporal, del que disponen de manera general, las personas que se sitúan en los supuestos transcritos de acuerdo con los artículos constitucionales señalados.

En cuanto a la subsistencia del fuero de guerra, se argumenta que más que de un fuero, se trata, en específico, de la subsistencia de los tribunales especializados (en este caso, de los tribunales militares),¹⁷⁰ es decir, de tribunales cuya competencia se reduce a una determinada materia, al igual que ocurre con los tribunales administrativos y del trabajo. Las condiciones que delimitan la competencia de los tribunales militares son explícitas:

1. Que el delito sea cometido por un miembro del ejército.
2. Que se infrinja la disciplina militar.
3. Que quedan excluidos de su jurisdicción los civiles.
4. Cuando en un delito militar intervienen tanto civiles como militares, el asunto debe ser conocido en su integridad, por los tribunales civiles (ordinarios), juzgando tanto a los civiles como a los militares, pues no se puede dividir la contienda de la causa.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte se ha manifestado en los siguientes términos:

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

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 160.

proscripción que realiza de los fueros se refiere a la prohibición del establecimiento de jurisdicciones o esferas competenciales en función de 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.¹⁷¹

En suma, el artículo trece se configura como una expresión del principio de igualdad ante la ley a través de la reiteración de la necesidad de generalidad de la ley, del acceso a los mismos tribunales (permanentes) y de la exclusión de fueros que signifiquen privilegios personales que puedan conducir a una sociedad estamental.

III. IGUALDAD SUSTANCIAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

En un sentido sustancial, el principio de igualdad puede suponer la posibilidad de articular tratamientos jurídicos desiguales, para alcanzar una igualdad en los hechos. Como se ha visto, esto puede hacerse por lo menos de dos formas. Una se centra en las necesidades básicas y otra, tiene que ver con la búsqueda de pluralidad y nivelación de la representación de los grupos menos favorecidos en los cargos de liderazgo y demás posiciones que proporcionan un cierto prestigio social.

En el primer sentido, basten como ejemplos los ya mencionados derechos prestacionales. Entre algunas de las leyes más importantes que pretenden proteger derechos sociales (a prestaciones) están las siguientes: Ley Federal de Vivienda (1984), reglamentaria del artículo 4o. constitucional; Ley General de Salud (1984),

¹⁷¹ Tesis: P. CXXXVI/97, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, septiembre de 1997, p. 204.

reglamentaria del artículo 4o. constitucional; Ley Federal del Trabajo (1970), reglamentaria del apartado A, del artículo 123 constitucional; Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (1963), reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional; Ley General de Educación (1993), reglamentaria del artículo 3o. de la Constitución; Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social (1986); Ley de Desarrollo Rural (1988), entre otras. En todas estas leyes se establecen y protegen prestaciones por parte del gobierno y de particulares (patrones). El reparto de los recursos financieros, siempre escasos, que se destinan a cumplir con estos deberes y objetivos del gobierno, forma parte de las facultades tanto del Ejecutivo (que propone y somete a consideración) como del Legislativo (que aprueba en definitiva el presupuesto). Al respecto, son importantes tanto la Ley de Planeación (1983) como la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (1976).¹⁷²

Por otro lado, hay algunos otros preceptos jurídicos que, sin tener el carácter de expresas prestaciones, sí significan una búsqueda de igualdad en los hechos. Así por ejemplo, la tesis siguiente:

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

¹⁷² Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, cit., nota 2, p. 103.

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 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 precepto no resulta violatorio del artículo 13 constitucional.¹⁷³

La igualdad sustancial en este supuesto, busca un actuar consistente con los hechos y para ello, hace distinciones de manera que, por la desventaja material que supone una cierta condición, el derecho asiste al sujeto en desventaja.

La igualdad en sentido sustancial, en síntesis, debe entenderse como una igualdad en los hechos y como la posibilidad de remover los obstáculos que la impiden al tiempo que debe actuar de manera positiva y no limitarse a meras prohibiciones. En este sentido, México se ha alineado también a los postulados de la igualdad sustancial a través de la implementación de las acciones positivas, bajo la denominación de “cuotas electorales”, las cuales son una manifestación de la igualdad sustancial como promotora de la pluralidad en los órganos de representación y puestos de liderazgo.

¹⁷³ Tesis P. I/95, del Pleno de la Suprema Corte, novena época, *Semanario Judicial de la Federación*, mayo de 1995, p. 89.

Paridad electoral y cuotas femeninas

Las cuotas electorales por razón de género son una especie dentro del concepto más amplio de las 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.

Así por ejemplo, se puede establecer una representación asegurada mínima para cada género de un 30% de escaños, al prohibir que un solo 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 en las sociedades contemporáneas, sino que, de manera más simple, se limita a asegurar para cada género un umbral mínimo de representación. Distinto es el caso de las cuotas que establecen un 50% de escaños para cada género; en este caso se trata de las llamadas “cuotas duras”, que más que pretender una “representación umbral”, buscan la identidad de los géneros en la repartición de escaños.

El tema de las acciones positivas es siempre polémico y más aun cuando se trata de cuotas. Baste al respecto recordar 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. Además, 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 alcanzar cargos representativos es notablemente menor que la que tienen los hombres.¹⁷⁴ En el caso de México, la desigualdad en materia política es evidente: por ejemplo, para

¹⁷⁴ Carbonell, Miguel, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de género”, *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, enero-junio de 2003, p. 194.

la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000), del total de 500 integrantes de la Cámara de Diputados había 419 hombres y 81 mujeres (que representan el 16.2% del total), y lo mismo sucedía en la Cámara de Senadores (107 hombres por 21 mujeres; 16.4%).¹⁷⁵

Las mujeres son igualmente capaces que los hombres para desempeñar cualquier cargo público y deben eliminarse los obstáculos que las relaciones de poder existentes les impiden tener acceso a las instituciones representativas y aplicar sus méritos.¹⁷⁶ Una manera más de justificarlas, sugiere Alfonso Ruiz Miguel, procede 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”.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Periódico *Reforma*, 18 de octubre de 1999, p. 10-A, citado por Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio...*, cit., nota 48, p. 153.

¹⁷⁶ Sobre el mérito, pesa una constante crítica en el tema no sólo de este tipo sino de cualquiera de las acciones positivas pero debe considerarse, como señala Elena Beltrán 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 de los roles de género”. Beltrán, Elena, *et al.*, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid, 2001, p. 236. Citada en Carbonell, Miguel, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de género”, *op. cit.*, nota 174, p. 197.

¹⁷⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto, 1999, p. 48. Citado por Carbonell, Miguel, *Ibidem*, pp. 197 y 198.

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 (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales). 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 la sentencia, la Corte considera que las cuotas no son inconstitucionales. Después de esa sentencia, fueron publicadas las reformas al Cofipe (*Diario Oficial de la Federación*, 24 de junio de 2002) para introducir las cuotas electorales de género en el ámbito federal.

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

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

En consecuencia con lo anterior, se crea un sistema de “listas cremallera” para evitar que, cumpliendo con el porcentaje establecido en el artículo 175-A, los partidos terminen relegando a las mujeres a los sitios menos favorecidos 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”. 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 el plazo de 48 horas contadas a partir de la notificación rectifiquen la solicitud de registro; si no proceden a tal rectificación, el IFE les impondrá una amonestación pública y les dará un nuevo plazo, de 24 horas, para que 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 sean resultado de un proceso de elección mediante voto directo.

La temporalidad es una cuestión que no debe olvidarse cuando se trata de acciones positivas, si se quiere entender que no se trata de discriminación en contra de los grupos no beneficiados (en este caso los varones), sino de una medida que busca una sociedad más justa y plural y no una mera inversión de condiciones. Se trata, como se ha visto, de una medida política y jurídica muy sofisticada y llena de controles. Es por esto que el artículo segundo transitorio del decreto de reforma al Cofipe contiene una disposición 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”.¹⁷⁸

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 200.

Las medidas de acción positiva deben durar únicamente hasta que la discriminación cesa; sin embargo, la redacción del artículo segundo transitorio no es muy afortunada, no asegura la permanencia de la medida aun por el tiempo que se señala porque no prevé una posible reforma al ordenamiento en comento. Lo apropiado en los casos de seguimiento del éxito o fracaso de la implementación de las acciones positivas, son los datos estadísticos en buena medida, ya que proporcionan datos fehacientes sobre el interés y oportunidades reales que se generan en el grupo que se busca proteger. Una buena medida sería considerar el número de militantes del género femenino que se van sumando a los partidos políticos y el interés que por la actividad política generan entre sus congéneres. Debió preverse también la posibilidad de que existiera una 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 bien, también sería útil evidenciar a través de informes que, en virtud de que se trata de no sobrepasar un 70% de candidatos del mismo sexo, este número haya bajado, por ejemplo a un 50 o 60% y con eso se manifestaría la efectividad de la medida. En síntesis, deben buscarse los procedimientos más apropiados para asegurar en todo caso, que las acciones positivas, en este caso, las cuotas, duren hasta en tanto puedan seguirse justificando.

Por otro lado, si bien es cierto que en la actualidad es el género femenino el que se encuentra subrepresentado en los puestos de elección popular, la medida implementada en el Cofipe bien podría ser permanente porque la cuota mínima del 30% de candidatos propietarios, no establece estar reservada exclusivamente para las mujeres sino que, en turno, podría beneficiar también a los varones.

En este sentido, queda como tarea pendiente la revisión de la redacción del artículo 175-A del Cofipe, en caso de que se quiera que el 30% se reserve para las mujeres, en cuyo caso, la medida sí tendría que ser temporal porque la lógica de la temporalidad de las acciones positivas es no afectar gravemente al grupo no favorecido

por la medida implementada; o bien, la revisión sobre la posibilidad de permanencia de la reserva del 30% para el género en desventaja (sean hombres o mujeres). En este último caso, la medida podría justificarse permanentemente, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que busca la pluralidad en los cargos de elección popular. Esto es así porque las medidas a favor de la igualdad, si bien comparten ciertas características, no son una receta al por mayor y atienden en su proceder al tipo de desventaja social que intenten paliar.

No debe ignorarse esta cuestión, los legisladores deben comprender la lógica que guardan las acciones positivas para poder llevarlas a las leyes de manera adecuada, de otra forma, no lograrán su objetivo y se corre el riesgo de que medidas como esta pierdan el apoyo de la sociedad.

En este caso en particular, la medida debe ser permanente porque en su redacción actual, no afecta a ningún grupo en particular y, por ello, no tiene que ser temporal. Se trata de una medida que busca una pluralidad permanente en los cargos de elección popular.

IV. IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO

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 igualdad jurídica.¹⁷⁹

La tesis transcrita, es una síntesis de los alcances del principio de igualdad en la Constitución mexicana. Reúne las distintas perspectivas del principio al tiempo que señala una postura sobre las mismas. De forma tal que puede concluirse que el ordenamiento constitucional mexicano establece:

1. La igualdad ante la ley.
2. La prohibición de discriminación.
3. La igualdad de trato por parte de los poderes públicos.

Asimismo, el principio de igualdad, según se expone, se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico; por tanto, la Constitución garantiza también:

4. La igualdad en el contenido de la ley (como criterio básico para la producción normativa).
5. La igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.

¹⁷⁹ Tesis 1a.. C/2001, novena época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2001, p. 192.

Por otro lado, la Constitución reconoce la existencia de desigualdades de hecho y la tesis en comento parece querer justificarlas en un plano meramente formal de protección a la propiedad privada y de libertad económica aun reconociendo también 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”. Sin embargo, como se ha visto, la legislación secundaria prevé y clasifica de acuerdo con situaciones de hecho para acceder a resultados de igualdad real y lo hace no sólo en el ámbito económico (a través de los derechos prestacionales), sino también en el plano político a fin de asegurar la igualdad de oportunidades en los cargos de elección popular. Además, ahora puede decirse también que la legislación secundaria coadyuva a la expansión del principio de igualdad a través de las medidas administrativas que se han diseñado para prevenir y eliminar la discriminación.

El límite que señala esta tesis es formal, esto es, 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. En efecto, se refiere a una igualdad jurídica o formal, de la cual no puede desprenderse necesariamente una igualdad en los hechos, sino simplemente, la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio desigual e injustificado.

Esto último evidencia que la igualdad sustancial o material, aún no es una materia profundamente explorada por el derecho constitucional mexicano; sin embargo y como se ha visto, no son pocas las disposiciones que de manera implícita o explícita la presuponen. Si esto es así, es decir, si la igualdad sustancial está ya presente en la conciencia de los legisladores, resta solamente articular los procedimientos que aceleren su expansión hacia más sujetos y ámbitos así como hacer explícitas las metas y la legitimidad de las mismas; al respecto, ayudaría la inclusión de una cláusula de igualdad sustancial o material en la Constitución, quizá en los términos

previstos en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en el artículo 2o.: “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”.

ALCANCES Y PERSPECTIVAS

En estas páginas, se ha procurado dotar de un contenido explícito al frecuentemente citado principio de igualdad, presente siempre en los discursos políticos y profundamente vinculado a los ideales del hombre a lo largo de la historia. Este trabajo ha querido responder fundamentalmente a las siguientes preguntas: ¿qué significa ser iguales en derecho?, ¿a qué se tiene derecho cuando se dice que somos iguales?, ¿quiénes son los sujetos obligados?, y ¿cuál es su obligación?

Este material ha pretendido ser una contribución a la constitución de una democracia con contenidos, en donde los valores logran concretarse cuando se convierten en derechos que pueden hacerse exigibles. Recuerda Gregorio Peces-Barba, que en la tradición de la llamada filosofía de los valores, éstos sólo se completan cuando se realizan en la práctica; el valor belleza, por ejemplo, alcanza su plenitud en un cuadro, en una escultura, en una poesía o en una novela, de acuerdo con cánones estéticos proporcionados por esa idea de valor. Igualmente, un valor político primero y después jurídico, además de marcar la relación entre poder y derecho, sólo se completa al incorporarse al derecho positivo; éste es el caso de la igualdad.¹⁸⁰

Se ha querido demostrar que las palabras en derecho tienen un significado que no se extingue en el papel que las imprime. El principio de igualdad tiene un significado en derecho: guía el actuar de los poderes públicos y también de los particulares. Su con-

¹⁸⁰ Peces-Barba, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de España, Dykinson, 2002, pp. 12 y 13.

tenido es el de los compromisos asumidos en la esfera internacional, está inscrito en cada uno de los derechos consignados en la Constitución y es el reflejo de la filosofía política imperante y de los reclamos sociales. Estos ideales y compromisos jurídicos son precisamente los que le dan un contenido mínimo, que puede ampliarse.

José Ramón Cossío, cuando escribe sobre los preámbulos de las Constituciones, los describe como la forma utilizada por los constituyentes para establecer, *ab initio*, cuáles serán sus fundamentos de legitimación, qué valores serán perseguidos, sobre qué bienes recaerá su protección y, finalmente, qué objetivos pretendan alcanzarse socialmente. De esta manera, los preámbulos de las Constituciones son la correa de transmisión entre la filosofía política y el texto constitucional; en otras palabras, la Constitución tiene una serie de intenciones, mismas que obedecen a la visión particular de un determinado tipo de Estado.¹⁸¹

De acuerdo con Scholler y Dreier, la concreción de la máxima de la igualdad depende del concepto y de la imagen del Estado. El concepto y la imagen del Estado expresan siempre una filosofía del Estado y del derecho más o menos desarrollada; por ello, la interpretación de la máxima de la igualdad que se elija depende de la filosofía del derecho y del Estado que se posea.¹⁸²

En efecto, es cierto que el principio de igualdad es mucho más amplio en un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en donde son válidas e incluso obligatorias las medidas a favor de los grupos desaventajados y que distinto es el caso de un Estado totalitario, antidemocrático o dictatorial.

En estas páginas, se ha constatado que el principio de igualdad evoluciona y su contenido puede ampliarse e incluso reducirse en atención a una determinada filosofía política y en particular, a un

¹⁸¹ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, "Los preámbulos de las Constituciones mexicanas: contenidos y funciones", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, p. 79.

¹⁸² Scholler y Dreier son citados por Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., nota 2, p. 407.

determinado modelo de Estado. Sin embargo, no debe olvidarse que los compromisos asumidos en la esfera internacional y la universalidad de los derechos, deben estar por encima de cualquier capricho que pretendiera menoscabar los derechos y libertades del hombre.

El límite actual del principio de igualdad en nuestro país —dejando a un lado las deficiencias prácticas de los contenidos igualitarios ya establecidos en nuestra Constitución—, está en la constitucionalización de la igualdad sustancial y, en particular, en la inclusión de una cláusula de igualdad sustancial en la propia Constitución, que legitime y garantice la efectividad de esta “nueva” perspectiva. Asimismo, un factor que si bien no es un límite formalmente establecido a la igualdad en México, sí limita en los hechos su práctica, es la deficiente impartición de justicia y la consecuente desigualdad en la aplicación de la ley, debida en buena medida, al sistema de resolución de la contradicción de tesis entre los tribunales colegiados de circuito; por lo cual, es urgente la consideración de la creación de una sala superior de los tribunales colegiados de circuito o, incluso, que alguno de ellos se constituya en órgano superior de los otros tribunales colegiados, cuya función primordial sería el establecimiento de la jurisprudencia del control de legalidad ante la existencia de contradicción de tesis en los tribunales colegiados.

Por otra parte, este trabajo se suma también a los esfuerzos por abrogar la así llamada fórmula Otero, misma que —como se expresó con oportunidad—, pone en jaque al principio de igualdad en la aplicación de la ley, al hacer depender de la promoción de un juicio, la aplicación igual de la ley y afirmando por tanto, una absoluta desigualdad jurídica.

De manera más puntual, pueden sugerirse las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La fórmula de la igualdad “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales” es un recipiente vacío, porque sin estándares preestablecidos, permanece carente de significado. Los enun-

ciados jurídicos sobre la igualdad, dependen de comparaciones entre dos o más personas o situaciones, con respecto a algún criterio que especifica el aspecto relevante por el cual son diferentes o iguales y en virtud del cual deben ser tratados de manera igual o desigual.

SEGUNDA. La igualdad es un principio acumulativo. Comienza con un peso puramente descriptivo, en donde se concibe a los hombres como iguales únicamente por compartir la razón, o bien, por haber sido creados por Dios, hasta tener implicaciones jurídicas concretas una vez que logra consignarse en los distintos ordenamientos jurídicos.

TERCERA. Una primera manifestación de la igualdad con implicaciones jurídicas es el establecimiento de la igualdad ante la ley, ésta se funda en dos puntos principalmente: la asignación de los mismos derechos para todos sin distinción alguna y la exigencia de la generalidad de la ley. Esta igualdad rompe con un pasado clasista en donde el solo nacimiento era causa de privilegios o de desventajas jurídicas.

CUARTA. A la igualdad ante la ley como abolición de privilegios de clase, se suma la igualdad en la aplicación de la ley, sin excepciones y sin consideraciones personales. En la actualidad, se vincula al Poder Judicial al principio de igualdad en la aplicación de la ley, a través de la jurisprudencia, por medio de la cual se obliga a los jueces inferiores a decidir casos que sean sustancialmente iguales a otros resueltos con anterioridad, tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en tiempo.

QUINTA. La igualdad en el contenido de la ley, al lado de la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, es una manifestación más del principio de igualdad pero que cobra un sentido particular, al vincular al legislador y se manifiesta como una exigencia de razonabilidad de la diferenciación normativa.

SEXTA. La prohibición de discriminar es una especie dentro del principio genérico de igualdad y se funda en la identificación de ciertos grupos particularmente vulnerables a quienes se pretende proteger. Asimismo, la prohibición general de discriminación

establecida en la Constitución, da origen al derecho fundamental a no ser discriminado.

SÉPTIMA. La igualdad sustancial suple las deficiencias de la igualdad puramente formal, al considerar, no sólo la justicia procedimental o a la uniformidad en la actuación de los poderes públicos, sino que busca la garantía de igualdad también en los resultados, basándose en los hechos.

OCTAVA. El ordenamiento jurídico mexicano reconoce el principio de igualdad como uno de sus valores superiores y vincula la conducta de los poderes públicos y también de los particulares al principio de igualdad a través de distintos mecanismos específicos previstos tanto en la Constitución como en la legislación secundaria.

NOVENA. En México puede constatarse un ejercicio de consistencia en materia de igualdad, a través de la inclusión de la prohibición de discriminar en la Constitución, de la tipificación de la discriminación como delito y de la creación de una Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

DÉCIMA. La eficacia del principio de igualdad formal depende de la observancia del principio de razonabilidad por parte de los legisladores en la creación normativa; depende también de mecanismos eficientes de control de constitucionalidad y de un Poder Judicial que contemple la creación de un órgano especializado que establezca la jurisprudencia del control de la legalidad y dote de uniformidad al actuar judicial.

DÉCIMA PRIMERA. La igualdad sustancial se constata en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico mexicano; sin embargo, para que razones de igualdad sustancial sean mandatos dirigidos a los poderes públicos en general, es necesario que exista una cláusula de igualdad material en la Constitución mexicana.

DÉCIMA SEGUNDA. La igualdad es jurídicamente relevante, cuando se instala en las normas jurídicas estableciendo derechos y obligaciones específicas. De manera tal, que es precisamente en la ley, en donde debe dotarse de contenido a la igualdad, a través de compromisos que prevean, por lo menos, la cobertura de dos aspectos.

Por un lado, la satisfacción de las necesidades básicas de todas las personas (combate a la pobreza) y, por otro lado, la posibilidad de la consecución de los fines sociales y también de los logros personales.

ANEXO

LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

PODER EJECUTIVO

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

DECRETO por el que se expide la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Presidencia de la República.

VICENTE FOX QUESADA, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

SE EXPIDE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

ARTÍCULO ÚNICO. Se expide la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, para quedar como sigue:

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Artículo 2. 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.

Artículo 3. 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 consagrados 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.

Artículo 4. 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 impedir 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.

Artículo 5. 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.
- 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.

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.

Artículo 6. La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia 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.

Artículo 7. 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.

Artículo 8. En la aplicación de la presente Ley intervendrán las autoridades y los órganos públicos federales, así como el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

CAPÍTULO II

MEDIDAS PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN

Artículo 9. 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.

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

CAPÍTULO III

MEDIDAS POSITIVAS Y COMPENSATORIAS A FAVOR DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

Artículo 10. 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 mujeres:

- I. Incentivar la educación mixta, fomentando la permanencia en el sistema educativo de las niñas y las mujeres en todos los niveles escolares.
- II. Ofrecer información completa y actualizada, así como asesoramiento personalizado sobre salud reproductiva y métodos anticonceptivos.
- III. Garantizar el derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijas e hijos, estableciendo en las instituciones de salud y seguridad social las condiciones para la atención obligatoria de las mujeres que lo soliciten.
- IV. Procurar la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías asegurando el acceso a los mismos para sus hijas e hijos cuando ellas lo soliciten.

Artículo 11. 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 de las niñas y los niños:

- I. Instrumentar programas de atención médica y sanitaria para combatir la mortalidad y la desnutrición infantiles.
- II. Impartir educación para la preservación de la salud, el conocimiento integral de la sexualidad, la planificación familiar, la paternidad responsable y el respeto a los derechos humanos.
- III. Promover el acceso a centros de desarrollo infantil, incluyendo a menores con discapacidad.
- IV. Promover las condiciones necesarias para que los menores puedan convivir con sus padres o tutores, incluyendo políticas públicas de reunificación familiar para migrantes y personas privadas de la libertad.
- V. Preferir, en igualdad de circunstancias, a las personas que tengan a su cargo menores de edad en el otorgamiento de becas, créditos u otros beneficios.
- VI. Alentar la producción y difusión de libros para niños y niñas.
- VII. Promover la creación de instituciones que tutelen a los menores privados de su medio familiar, incluyendo hogares de guarda y albergues para estancias temporales.
- VIII. Promover la recuperación física, psicológica y la integración social de todo menor víctima de abandono, explotación, malos tratos o conflictos armados.
- IX. Proporcionar, en los términos de la legislación en la materia, asistencia legal y psicológica gratuita e intérprete en los procedimientos judiciales o administrativos, en que sea procedente.

Artículo 12. 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.

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

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

Artículo 13. 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 con discapacidad:

I. Promover un entorno que permita el libre acceso y desplazamiento.

II. Procurar su incorporación, permanencia y participación en las actividades educativas regulares en todos los niveles.

III. Promover el otorgamiento, en los niveles de educación obligatoria, de las ayudas técnicas necesarias para cada discapacidad.

IV. Crear programas permanentes de capacitación para el empleo y fomento a la integración laboral.

V. Crear espacios de recreación adecuados.

VI. Procurar la accesibilidad en los medios de transporte público de uso general.

VII. Promover que todos los espacios e inmuebles públicos o que presten servicios al público, tengan las adecuaciones físicas y de señalización para su acceso, libre desplazamiento y uso.

VIII. Procurar que las vías generales de comunicación cuenten con señalamientos adecuados para permitirles el libre tránsito.

IX. Informar y asesorar a los profesionales de la construcción acerca de los requisitos para facilitar el acceso y uso de inmuebles.

X. Promover que en las unidades del sistema nacional de salud y de seguridad social reciban regularmente el tratamiento y medicamentos necesarios para mantener y aumentar su capacidad funcional y su calidad de vida.

Artículo 14. 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 la población indígena:

I. Establecer programas educativos bilingües y que promuevan el intercambio cultural.

II. Crear un sistema de becas que fomente la alfabetización, la conclusión de la educación en todos los niveles y la capacitación para el empleo.

III. Crear programas permanentes de capacitación y actualización para los funcionarios públicos sobre la diversidad cultural.

IV. Empezar campañas permanentes de información en los medios de comunicación que promuevan el respeto a las culturas indígenas en el marco de los derechos humanos y las garantías individuales.

V. En el marco de las leyes aplicables, cuando se fijen sanciones penales a indígenas, procurar que tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de la libertad, así como promover la aplicación de substitutivos penales y beneficios de preliberación, de conformidad con las normas aplicables.

VI. Garantizar que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución.

VII. Garantizar, a lo largo de cualquier proceso legal, el derecho a ser asistidos, si así lo solicitan, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua.

Artículo 15. Los órganos públicos y las autoridades federales adoptarán las medidas que tiendan a favorecer la igualdad real de oportunidades y a prevenir y eliminar las formas de discriminación de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley.

CAPÍTULO IV

DEL CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN

Sección Primera

Denominación, Objeto, Domicilio y Patrimonio

Artículo 16. 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 pro-

pios. 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.

Artículo 17. El Consejo tiene como objeto:

- I. Contribuir al desarrollo cultural, social y democrático del país.
- II. Llevar a cabo, las acciones conducentes para prevenir y eliminar la discriminación.
- III. Formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentren en territorio nacional.
- IV. Coordinar las acciones de las dependencias y entidades del Poder Ejecutivo Federal, en materia de prevención y eliminación de la discriminación.

Artículo 18. El domicilio del Consejo es la Ciudad de México, Distrito Federal, pero podrá establecer delegaciones y oficinas en otros lugares de la República Mexicana.

Artículo 19. El patrimonio del Consejo se integrará con:

- I. Los recursos presupuestales que le asigne la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión a través del Presupuesto de Egresos de la Federación correspondiente.
- II. Los bienes muebles e inmuebles que le sean asignados.
- III. Los bienes que adquiera por cualquier otro título lícito.
- IV. Los fondos que obtenga por el financiamiento de programas específicos.
- V. Las aportaciones, donaciones, legados y demás liberalidades que reciba de personas físicas y morales.

Sección Segunda *De las Atribuciones*

Artículo 20. Para el cumplimiento de su objeto, el Consejo tendrá las atribuciones siguientes:

- I. Diseñar estrategias e instrumentos, así como promover programas, proyectos y acciones para prevenir y eliminar la discriminación.
- II. Proponer y evaluar la ejecución del Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación conforme a la legislación aplicable.

III. Verificar la adopción de medidas y programas para prevenir y eliminar la discriminación en las instituciones y organizaciones públicas y privadas, así como expedir los reconocimientos respectivos.

IV. Desarrollar, fomentar y difundir estudios sobre las prácticas discriminatorias en los ámbitos político, económico, social y cultural.

V. Realizar estudios sobre los ordenamientos jurídicos y administrativos vigentes en la materia, y proponer, en su caso, de conformidad con las disposiciones aplicables, las modificaciones que correspondan.

VI. Emitir opinión en relación con los proyectos de reformas en la materia que envíe el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión, así como los proyectos de reglamentos que elaboren las instituciones públicas.

VII. Divulgar los compromisos asumidos por el Estado mexicano en los instrumentos internacionales que establecen disposiciones en la materia; así como promover su cumplimiento en los diferentes ámbitos de gobierno.

VIII. Difundir y promover contenidos para prevenir y eliminar las prácticas discriminatorias en los medios de comunicación.

IX. Investigar presuntos actos y prácticas discriminatorias, en el ámbito de su competencia.

X. Tutelar los derechos de los individuos o grupos objeto de discriminación mediante asesoría y orientación, en los términos de este ordenamiento.

XI. Promover la presentación de denuncias por actos que puedan dar lugar a responsabilidades previstas en ésta u otras disposiciones legales.

XII. Conocer y resolver los procedimientos de queja y reclamación señalados en esta Ley.

XIII. Establecer relaciones de coordinación con instituciones públicas federales, locales y municipales, así como con personas y organizaciones sociales y privadas. Asimismo, podrá coordinarse con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y demás órganos públicos, con el propósito de que en los programas de gobierno, se prevean medidas positivas y compensatorias para cualquier persona o grupo.

XIV. Solicitar a las instituciones públicas o a particulares, la información para verificar el cumplimiento de este ordenamiento, en el ámbito de su competencia, con las excepciones previstas por la legislación.

XV. Aplicar las medidas administrativas establecidas en esta Ley.

XVI. Asistir a las reuniones internacionales en materia de prevención y eliminación de discriminación.

XVII. Elaborar y suscribir convenios, acuerdos, bases de coordinación y demás instrumentos jurídicos con órganos públicos o privados, nacionales o internacionales en el ámbito de su competencia.

XVIII. Diseñar y aplicar el servicio de carrera como un sistema de administración de personal basado en el mérito y la igualdad de oportunidades que comprende los procesos de Reclutamiento, Selección, Ingreso, Sistema de Compensación, Capacitación, Evaluación del Desempeño, Promoción y Separación de los Servidores Públicos.

XIX. Las demás establecidas en esta Ley, en el Estatuto Orgánico y demás disposiciones aplicables.

Artículo 21. El Consejo difundirá periódicamente los avances, resultados e impactos de las políticas, programas y acciones en materia de prevención y eliminación de la discriminación, a fin de mantener informada a la sociedad.

Sección Tercera
De los Órganos de Administración

Artículo 22. La Administración del Consejo corresponde a:

- I. La Junta de Gobierno.
- II. La Presidencia del Consejo.

Artículo 23. La Junta de Gobierno estará integrada por cinco representantes del Poder Ejecutivo Federal, y cinco integrantes designados por la Asamblea Consultiva.

Los representantes del Poder Ejecutivo Federal son los siguientes:

- I. Uno de la Secretaría de Gobernación.
- II. Uno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- III. Uno de la Secretaría de Salud.
- IV. Uno de la Secretaría de Educación Pública.
- V. Uno de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Los representantes del Ejecutivo Federal deberán tener nivel de subsecretario y sus respectivos suplentes el nivel inferior jerárquico inmediato.

Los integrantes designados por la Asamblea Consultiva durarán en su encargo tres años, pudiendo ser ratificados por otro periodo igual. Este cargo tendrá el carácter de honorífico.

Asimismo, serán invitados permanentes a la Junta de Gobierno con derecho a voz, pero no a voto, un representante de cada uno de los siguientes órganos públicos: Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto

Mexicano de la Juventud, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, Consejo Nacional para la Prevención y Control del VIH/SIDA y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Artículo 24. La Junta de Gobierno tendrá, además de aquellas que establece el artículo 58 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, las siguientes atribuciones:

I. Aprobar su reglamento de sesiones y el Estatuto Orgánico del Consejo, con base en la propuesta que presente la Presidencia.

II. Establecer las políticas generales para la conducción del Consejo en apego a este ordenamiento, al Estatuto Orgánico, al Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación y a los demás instrumentos administrativos que regulen su funcionamiento.

III. Aprobar el proyecto de presupuesto que someta a su consideración la Presidencia del Consejo y conocer los informes sobre el ejercicio del mismo.

IV. Aprobar el informe anual de actividades que remitirá la Presidencia del Consejo a los Poderes de la Unión.

V. Nombrar y remover, a propuesta de la Presidencia del Consejo, a los servidores públicos de éste que ocupen cargos en las dos jerarquías administrativas inferiores a la de aquél.

VI. Acordar con base en los lineamientos y prioridades que establezca el Ejecutivo Federal, la realización de todas las operaciones inherentes al objeto del organismo con sujeción a las disposiciones aplicables y delegar discrecionalmente en el Presidente del Consejo sus facultades, salvo las que sean indelegables de acuerdo con la legislación aplicable, conforme a lo establecido en este artículo.

VII. Aprobar el tabulador de salarios del Consejo.

VIII. Expedir y publicar un informe anual de la Junta.

IX. Las demás que le confieran éste u otros ordenamientos.

Artículo 25. La Junta de Gobierno sesionará válidamente cuando en la sesión se encuentren presentes más de la mitad de los miembros, siempre que entre ellos esté el Presidente de la Junta.

Las resoluciones se tomarán por mayoría de los miembros presentes y en caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad.

Las sesiones que celebre la Junta de Gobierno serán ordinarias y extraordinarias; las ordinarias se llevarán a cabo por lo menos cada tres meses, y las extraordinarias se celebrarán cuando lo convoque el Presidente.

Artículo 26. El Presidente del Consejo, quien presidirá la Junta de Gobierno, será designado por el Titular del Poder Ejecutivo Federal.

Artículo 27. Durante su encargo el Presidente del Consejo no podrá desempeñar algún otro empleo, cargo o comisión distinto, que sea remunerado, con excepción de los de carácter docente o científico.

Artículo 28. El Presidente del Consejo durará en su cargo tres años, y podrá ser ratificado hasta por un periodo igual.

Artículo 29. El Presidente del Consejo podrá ser removido de sus funciones y, en su caso, sujeto a responsabilidad, sólo por las causas y mediante los procedimientos establecidos por el Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 30. El Presidente del Consejo tendrá, además de aquellas que establece el artículo 59 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, las siguientes atribuciones:

I. Planear, organizar, coordinar, dirigir, controlar y evaluar el funcionamiento del Consejo, con sujeción a las disposiciones aplicables.

II. Presentar a la consideración de la Junta de Gobierno el proyecto del Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

III. Someter a la consideración de la Junta de Gobierno el informe anual de actividades y el informe sobre el ejercicio presupuestal.

IV. Ejecutar los acuerdos y demás disposiciones de la Junta de Gobierno, así como supervisar su cumplimiento por parte de las unidades administrativas competentes del Consejo.

V. Enviar a los Poderes de la Unión el informe anual de actividades; así como el ejercicio presupuestal, este último previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

VI. Someter a la aprobación de la Junta de Gobierno el proyecto del Estatuto Orgánico.

VII. Nombrar a los servidores públicos del Consejo, a excepción de aquellos que ocupen los dos niveles jerárquicos inferiores inmediatos al Presidente.

VIII. Ejercer la representación legal del Consejo, así como delegarla cuando no exista prohibición expresa para ello.

IX. Celebrar acuerdos de colaboración con organismos nacionales e internacionales para el desarrollo de las atribuciones del Consejo, de conformidad con las normas aplicables.

X. Proponer a la Junta de Gobierno el tabulador salarial del Consejo.

XI. Las demás que le confieran éste u otros ordenamientos.

Sección Cuarta
De la Asamblea Consultiva

Artículo 31. La Asamblea Consultiva es un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle el Consejo en Materia de Prevención y Eliminación de la Discriminación.

Artículo 32. La Asamblea Consultiva estará integrada por un número no menor de diez ni mayor de veinte ciudadanos, representantes de los sectores privado, social y de la comunidad académica que por su experiencia en materia de prevención y eliminación de la discriminación puedan contribuir al logro de los objetivos del Consejo.

Los miembros de esta Asamblea Consultiva serán propuestos por los sectores y comunidad señalados y nombrados por la Junta de Gobierno en términos de lo dispuesto por el Estatuto Orgánico.

Artículo 33. Los integrantes de la Asamblea Consultiva, no recibirán retribución, emolumento, o compensación alguna por su participación, ya que su carácter es honorífico.

Artículo 34. Son facultades de la Asamblea Consultiva:

I. Presentar opiniones ante la Junta de Gobierno, sobre el desarrollo de los programas y actividades que realice el Consejo.

II. Asesorar a la Junta de Gobierno y al Presidente del Consejo, en cuestiones relacionadas con la prevención y eliminación de todos los actos discriminatorios.

III. Atender las consultas y formular las opiniones que le sean solicitadas por la Junta de Gobierno o por el Presidente del Consejo.

IV. Contribuir en el impulso de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos en materia de prevención y eliminación de la discriminación.

V. Nombrar cinco personas que formarán parte de la Junta de Gobierno.

VI. Participar en las reuniones y eventos que convoque el Consejo, para realizar el intercambio de experiencias e información tanto de carácter nacional como internacional sobre temas relacionados con la materia de prevención y eliminación de la discriminación.

VII. Presentar ante la Junta de Gobierno un informe anual de la actividad de su encargo.

VIII. Las demás que señalen las disposiciones aplicables.

Artículo 35. Los integrantes de la Asamblea Consultiva durarán en su cargo tres años, y podrán ser ratificados por un periodo igual, en términos de lo dispuesto en el Estatuto Orgánico.

Artículo 36. Las reglas de funcionamiento y organización de la Asamblea Consultiva se establecerán en el Estatuto Orgánico.

Artículo 37. El Consejo proveerá a la Asamblea Consultiva de los recursos necesarios para el desempeño de sus actividades.

Sección Quinta *De los Órganos de Vigilancia*

Artículo 38. El Consejo contará con una contraloría, órgano de control interno, al frente de la cual estará la persona designada en los términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Corresponderá a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo por sí o a través del órgano interno de control del Consejo, el ejercicio de las atribuciones que en materia de control, inspección, vigilancia y evaluación le confieren la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sin perjuicio de las facultades que corresponden a la Auditoría Superior de la Federación.

El órgano de vigilancia del Consejo estará integrado por un Comisario Público propietario y un suplente, designados por la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, quienes ejercerán sus funciones de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

El Comisario acudirá con voz pero sin voto, a las sesiones de la Junta de Gobierno.

Artículo 39. El Comisario Público, tendrá las siguientes facultades:

I. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales, así como de las reglamentarias, administrativas y de política general que se emitan.

II. Promover y vigilar que el Consejo establezca indicadores básicos de gestión en materia de operación, productividad, de finanzas y de impacto social, que permitan medir y evaluar su desempeño.

III. Vigilar que el Consejo proporcione con la oportunidad y periodicidad que se señale, la información que requiera en cuanto a los ingresos y gastos públicos realizados.

IV. Solicitar a la Junta de Gobierno o al Presidente del Consejo, la información que requiera para el desarrollo de sus funciones.

V. Las demás inherentes a su función y las que le señale expresamente la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en el ámbito de su competencia.

Sección Sexta
Prevenciones Generales

Artículo 40. El Consejo se regirá por lo dispuesto en esta Ley y su Estatuto Orgánico en lo relativo a su estructura, funcionamiento, operación, desarrollo y control. Para tal efecto contará con las disposiciones generales a la naturaleza y características del organismo, a sus órganos de administración, a las unidades que integran estos últimos, a la vigilancia, y demás que se requieran para su regulación interna, conforme a lo establecido en la legislación de la materia y por esta Ley.

Artículo 41. Queda reservado a los Tribunales Federales el conocimiento y resolución de todas las controversias en que sea parte el Consejo.

Sección Séptima
Régimen de Trabajo

Artículo 42. Las relaciones de trabajo del organismo y su personal se regirán por la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado "A" del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CAPÍTULO V
DE LOS PROCEDIMIENTOS

Sección Primera
Disposiciones Generales

Artículo 43. Toda persona podrá denunciar presuntas conductas discriminatorias y presentar ante el Consejo reclamaciones o quejas respecto a dichas conductas, ya sea directamente o por medio de su representante. Las organizaciones de la sociedad civil podrán presentar reclamaciones o quejas en los términos de esta Ley, designando un representante.

Artículo 44. Las reclamaciones y quejas que se presenten ante el Consejo por presuntas conductas discriminatorias, sólo podrán admitirse den-

tro del plazo de un año, contado a partir de que el reclamante o quejoso tengan conocimiento de dichas conductas, o en dos años fuera de esta circunstancia.

Artículo 45. El Consejo proporcionará a las personas que presuntamente hayan sido discriminadas, asesoría respecto a los derechos que les asisten y los medios para hacerlos valer y, en su caso, orientará en la defensa de los citados derechos ante las instancias correspondientes, en los términos establecidos en el Estatuto Orgánico.

Artículo 46. El Consejo, dentro del ámbito de su competencia, iniciará sus actuaciones a petición de parte; también podrá actuar de oficio en aquellos casos en que la Presidencia así lo determine.

Artículo 47. En todo lo no previsto en esta Ley respecto a los procedimientos que la misma establece, se estará a lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo 48. Los servidores públicos y las autoridades federales a que se refiere el artículo 3 de esta Ley están obligados a auxiliar al personal del Consejo en el desempeño de sus funciones y rendir los informes que se les soliciten en el término establecido por la misma.

Artículo 49. Las reclamaciones y quejas, a que se refiere esta Ley, no requerirán más formalidad que presentarse por escrito con firma o huella digital y datos de identificación del interesado.

Las reclamaciones y quejas también podrán ser verbales, por vía telefónica o por cualquier otro medio electrónico, sin más señalamiento que el asunto que las motivó y los datos generales de quien las presente, debiendo ratificarse con las formalidades establecidas en el párrafo anterior dentro de los cinco días hábiles siguientes, de lo contrario se tendrán por no presentadas.

Artículo 50. Cuando el Consejo considere que la reclamación o queja no reúne los requisitos señalados para su admisión o sea evidentemente improcedente o infundada, se rechazará mediante acuerdo motivado y fundado que emitirá en un plazo máximo de cinco días hábiles. El Consejo deberá notificarle al interesado dentro de los cinco días siguientes a la resolución. No se admitirán quejas o reclamaciones anónimas.

Artículo 51. Cuando la reclamación o queja no sea competencia del Consejo, se proporcionará al interesado la orientación para que acuda a la autoridad o servidor público que deba conocer del asunto.

Artículo 52. Cuando el contenido de la reclamación o queja sea poco claro, no pudiendo deducirse los elementos que permitan la interven-

ción del Consejo, se notificará por escrito al interesado para que la aclare en un término de cinco días hábiles posteriores a la notificación; en caso de no hacerlo, después del segundo requerimiento, se archivará el expediente por falta de interés.

Artículo 53. En ningún momento la presentación de una queja o reclamación ante el Consejo interrumpirá la prescripción de las acciones judiciales o recursos administrativos previstos por la legislación correspondiente.

Artículo 54. El Consejo, por conducto de su Presidente, de manera excepcional y previa consulta con la Junta de Gobierno, podrá excusarse de conocer de un determinado caso si éste puede afectar su autoridad moral o autonomía.

Artículo 55. En el supuesto de que se presenten dos o más reclamaciones o quejas que se refieran al mismo acto u omisión presuntamente discriminatorio, el Consejo podrá acumular los asuntos para su trámite en un solo expediente. En este caso el último expediente se acumulará al primero.

Artículo 56. En caso de que la reclamación o queja presentada ante el Consejo involucre tanto a los servidores públicos o autoridades como a particulares, se procederá a efectuar la separación correspondiente, de manera que las conductas presuntamente discriminatorias cometidas por los primeros, se sigan, a través del procedimiento de reclamación. Las cometidas por los particulares serán atendidas conforme a lo dispuesto por la Sección Sexta del Capítulo V de este ordenamiento.

Artículo 57. Contra las resoluciones y actos del Consejo los interesados podrán interponer el recurso de revisión, de conformidad con la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

Sección Segunda De la Reclamación

Artículo 58. La reclamación es el procedimiento que se sigue ante el Consejo por conductas presuntamente discriminatorias cometidas por los servidores públicos federales en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

Artículo 59. Una vez presentada la reclamación, el Consejo deberá, dentro de los cinco días siguientes, resolver si se admite la reclamación.

Una vez admitida y registrada la reclamación, dentro de los siguientes cinco días hábiles el Consejo deberá notificar a las autoridades o servidores públicos señalados como presuntos responsables, así como al titular del órgano del que dependan; asimismo, se solicitará un informe por escrito sobre los actos u omisiones de carácter discriminatorio que les atribuyan en la reclamación.

Artículo 60. El informe solicitado a los servidores públicos presuntamente responsables, deberá rendirse en un plazo no mayor a 10 días hábiles, contados a partir de la fecha en que surta efectos la notificación.

Artículo 61. En el informe mencionado en el artículo anterior, la autoridad o servidor público señalado como presunto responsable, debe hacer constar los antecedentes del asunto, los fundamentos y motivaciones de los actos u omisiones que se le imputan, la existencia de los mismos, en su caso, así como los elementos de información que considere necesarios.

Artículo 62. En caso de no haber respuesta por parte de las autoridades o servidores públicos requeridos, dentro del plazo señalado para tal efecto, se tendrán por ciertos los hechos mencionados en la reclamación, salvo prueba en contrario. El Consejo podrá, si lo estima necesario, realizar las investigaciones procedentes en el ámbito de su competencia, ejerciendo las acciones pertinentes.

Artículo 63. Los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas que acudan en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta fuera admitida, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que dieron fundamento a la queja.

Sección Tercera De la Conciliación

Artículo 64. La conciliación es la etapa del procedimiento de reclamación por medio de la cual el Consejo buscará avenir a las partes involucradas a resolverla, a través de alguna de las soluciones que les presente el conciliador.

Artículo 65. Una vez admitida la reclamación, lo cual se hará del conocimiento del presunto agraviado por conductas discriminatorias, se le citará para que se presente en la fecha y hora señalada a la audiencia de conciliación, la cual deberá llevarse a cabo en los quince días hábiles

siguientes a aquel en que se notificó a las partes dicha celebración. Esta audiencia tendrá verificativo en las instalaciones del Consejo.

Por lo que se refiere al o a los presuntos responsables de conductas discriminatorias, se les citará a la audiencia de conciliación a que se refiere el párrafo anterior, bajo apercibimiento que de no hacerlo se tendrán por ciertos los hechos discriminatorios imputados en su contra, salvo prueba en contrario.

Artículo 66. Al preparar la audiencia, el conciliador designado solicitará a las partes los elementos de juicio que considere convenientes para ejercer adecuadamente sus atribuciones, pudiendo aquéllas ofrecer los medios de prueba que estimen necesarios.

Artículo 67. En caso de que el reclamante no comparezca a la audiencia de conciliación y justifique la causa de su inasistencia dentro del plazo de tres días hábiles posteriores a la fecha de la misma, se señalará por única ocasión nueva fecha para su celebración. En el supuesto de no justificar su inasistencia, se le tendrá por desistido de su reclamación, archivándose el expediente como asunto concluido.

Artículo 68. El conciliador, en la audiencia de conciliación, expondrá a las partes un resumen de la reclamación y de los elementos de juicio que se hayan integrado y los exhortará a resolver sus diferencias, para cuyo efecto propondrá opciones de solución.

Artículo 69. La audiencia de conciliación podrá ser suspendida por el conciliador o por ambas partes de común acuerdo hasta en una ocasión, debiéndose reanudar, en su caso, dentro de los cinco días hábiles siguientes.

Artículo 70. Cuando las partes lleguen a un acuerdo, se celebrará el convenio respectivo, que será revisado por el área competente del Consejo; si está apegado a derecho, lo aprobará y dictará el acuerdo correspondiente sin que sea admisible recurso alguno.

Artículo 71. El convenio suscrito por las partes y aprobado por el Consejo tiene fuerza de cosa juzgada y trae aparejada ejecución, lo que podrá promoverse ante los tribunales competentes en la vía de apremio o en juicio ejecutivo, a elección del interesado o por la persona que designe el Consejo, a petición de aquél.

Artículo 72. En caso de que el servidor público no acepte la conciliación, o de que las partes no lleguen a acuerdo alguno, el Consejo hará de su conocimiento que investigará los hechos motivo de la reclamación, en los términos de esta Ley e impondrá, en su caso, las medidas admi-

nistrativas para prevenir y eliminar la discriminación previstas en la misma; asimismo, el Consejo promoverá el fincamiento de las responsabilidades que resulten de la aplicación de otros ordenamientos.

Sección Cuarta
De la Investigación

Artículo 73. Cuando la reclamación no se resuelva en la etapa de conciliación, el Consejo iniciará las investigaciones del caso, para lo cual tendrá las siguientes facultades:

I. Solicitar a las autoridades o servidores públicos a los que se imputen conductas discriminatorias, la presentación de informes o documentos complementarios.

II. Solicitar de otros particulares, autoridades o servidores públicos documentos e informes relacionados con el asunto materia de la investigación.

III. Practicar inspecciones a las autoridades a las que se imputen conductas discriminatorias, mediante personal técnico o profesional.

IV. Citar a las personas que deben comparecer como testigos o peritos.

V. Efectuar todas las demás acciones que juzgue convenientes para el mejor conocimiento del asunto.

Artículo 74. Para documentar debidamente las evidencias, el Consejo podrá solicitar la rendición y desahogo de todas aquellas pruebas que estime necesarias, con la única condición de que éstas se encuentren previstas como tales por el orden jurídico mexicano.

Artículo 75. Las pruebas que se presenten, por los interesados, así como las que de oficio se allegue el Consejo, serán valoradas en su conjunto, de acuerdo con los principios de la lógica, la experiencia y la legalidad, a fin de que puedan producir convicción sobre los hechos denunciados.

Artículo 76. Las resoluciones estarán basadas en la documentación y pruebas que consten en el expediente de reclamación.

Artículo 77. El Consejo puede dictar acuerdos de trámite en el curso de las investigaciones que realice, los cuales serán obligatorios para los servidores públicos federales que deban comparecer o aportar información o documentos; su incumplimiento traerá aparejadas las medidas administrativas y responsabilidades señaladas en este ordenamiento.

Sección Quinta
De la Resolución

Artículo 78. Si al concluir la investigación, no se comprobó que las autoridades federales o servidores públicos hayan cometido las conductas discriminatorias imputadas, el Consejo dictará la resolución por acuerdo de no discriminación, atendiendo a los requisitos a que se refiere el Estatuto Orgánico del Consejo.

Artículo 79. Si al finalizar la investigación, el Consejo comprueba que los servidores públicos o autoridades federales denunciadas cometieron alguna conducta discriminatoria, formulará la correspondiente resolución por disposición, en la cual se señalarán las medidas administrativas a que se refiere el Capítulo VI de esta Ley, así como los demás requisitos que prevé el Estatuto Orgánico del Consejo.

Sección Sexta
Del Procedimiento Conciliatorio entre Particulares

Artículo 80. Cuando se presente una queja por presuntas conductas discriminatorias de particulares, el Consejo iniciará el procedimiento conciliatorio.

Artículo 81. El Consejo notificará al particular que presuntamente haya cometido conductas discriminatorias, el contenido de la queja, haciéndole saber que, si así lo desea, podrá someter la misma al procedimiento conciliatorio. En caso de que las partes lo acepten, deberá celebrarse la audiencia principal de conciliación dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la notificación al particular.

Si cualquiera de las partes o ambas no aceptan el procedimiento conciliatorio del Consejo, éste atenderá la queja correspondiente y brindará orientación al quejoso para que acuda ante las instancias judiciales o administrativas correspondientes.

Artículo 82. En este procedimiento se estará a lo dispuesto por los artículos 66, 67, 68, 69 y 70 de este ordenamiento.

CAPÍTULO VI
DE LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS
PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

Artículo 83. El Consejo dispondrá la adopción de las siguientes medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación:

I. La impartición, a las personas o a las instituciones que sean objeto de una resolución por disposición dictada por el Consejo, de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades.

II. La fijación de carteles en cualquier establecimiento de quienes incumplan alguna disposición de esta Ley, en los que se promueva la modificación de conductas discriminatorias.

III. La presencia del personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación en cualquier establecimiento de quienes sean objeto de una resolución por disposición, por el tiempo que disponga el organismo.

IV. La publicación íntegra de la Resolución por Disposición emitida en el órgano de difusión del Consejo.

V. La publicación o difusión de una síntesis de la Resolución por Disposición en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

La imposición de estas medidas administrativas a los particulares, se sujetará a que éstos se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente.

Artículo 84. Para determinar el alcance y la forma de adopción de las medidas administrativas dispuestas por el Consejo se tendrán en consideración:

I. El carácter intencional de la conducta discriminatoria.

II. La gravedad del hecho, el acto o la práctica discriminatoria.

III. La reincidencia.

Se entiende que existe reincidencia cuando la misma persona incurra en nueva violación a la prohibición de discriminar.

Artículo 85. El Consejo podrá otorgar un reconocimiento a las instituciones públicas o privadas, así como a los particulares que se distingan por llevar a cabo programas y medidas para prevenir la discriminación en sus prácticas, instrumentos organizativos y presupuestos.

El reconocimiento será otorgado previa solicitud de parte interesada.

La Junta de Gobierno, a propuesta de la Presidencia del Consejo, ordenará verificar el cumplimiento de los requisitos señalados.

El reconocimiento será de carácter honorífico, tendrá una vigencia de un año y podrá servir de base para la obtención de beneficios que, en su caso, establezca el Estado, en los términos de la legislación aplicable.

TRANSITORIOS

Artículo Primero. La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Artículo Segundo. La designación del Presidente del Consejo deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la entrada en vigor del presente decreto.

La primera designación del Presidente del Consejo durará hasta el treinta de diciembre del año 2006 pudiendo ser ratificado sólo por un periodo de tres años.

Artículo Tercero. La designación de la Junta de Gobierno deberá realizarse dentro de los 90 días siguientes a la publicación de la Ley. En tanto se instala la Asamblea Consultiva, la Junta de Gobierno dará inicio a sus funciones con la presencia de los representantes del Poder Ejecutivo Federal y de cinco integrantes designados por única vez por el Presidente del Consejo, quienes durarán en dicho cargo seis meses, pudiendo ser ratificados por la Asamblea Consultiva, una vez instalada, en cuyo caso sólo ejercerán el cargo hasta completar los tres años desde su primera designación.

Artículo Cuarto. La Presidencia del Consejo someterá a la aprobación de la Junta de Gobierno el proyecto del Estatuto Orgánico dentro de los 120 días siguientes a su nombramiento.

Los procedimientos a que alude el Capítulo V de este decreto, empezarán a conocerse por parte del Consejo, después de los 150 días de haber entrado en vigor la presente Ley.

Artículo Quinto. Una vez designada la persona titular de la Presidencia del Consejo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público proveerá, con sujeción a las previsiones que para tal efecto estén contenidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación, los recursos necesarios para dar inicio a las actividades de la institución y la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo llevará a cabo las acciones necesarias en su ámbito de competencia.

México, D.F., a 29 de abril de 2003. Dip. Armando Salinas Torre, Presidente. Sen. Enrique Jackson Ramírez, Presidente. Dip. Rodolfo Dorador Pérez Gavilán, Secretario. Sen. Yolanda E. González Hernández, Secretaria. Rúbricas.

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la Residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los diez días del mes de junio de dos mil tres. Vicente Fox Quesada. Rúbrica. El Secretario de Gobernación, Santiago Creel Miranda. Rúbrica.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- _____, “Derechos sociales fundamentales”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- BALLESTERO, Ma. Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996.
- BARNARD, Catherine y HEPPLÉ, Bob, “Substantive Equality”, *Cambridge Law Journal*, Inglaterra, vol. 59, parte 3, noviembre de 2000.
- BARRÈRE UNZUETA, Ma. de los Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, España, Civitas, 1997.
- _____, “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, España, núm. 60, mayo-agosto de 2001.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole, “Le principe d’égalité”, *L’Actualité juridique-Droit administratif*, Francia, núm. especial, julio-agosto de 1998.

- BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, *Diccionario de política*, 8a. ed., México, Siglo XXI editores, 1994.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Los preámbulos de las constituciones mexicanas: contenidos y funciones”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Constitución Política mexicana comentada y concordada*, 16a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- _____, *Reforma del Estado y cambio constitucional en México*, Documento de trabajo, núm. 2, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- _____, “Democracia, gobernabilidad y cambio constitucional” en GONZÁLEZ PARÁS, José y LABRA MANJARREZ, Armando, *La gobernabilidad democrática en México*, México, INAP y Secretaría de Gobernación, 2000.
- _____, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- _____, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa-UNAM, 2001.
- _____, CRUZ BARNEY, Óscar y PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- _____, MOGUEL, Sandra y PÉREZ PORTILLA, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., dos tomos, México, Porrúa-CNDH, 2003.
- _____, *El principio de igualdad constitucional: manifestaciones y problemas aplicativos*, Documento de trabajo núm. 8, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- _____, “Legislar contra la discriminación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- _____, y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

- _____ (coord.), *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, XII vols., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.
- _____ (coord.), *Anuario 2003 de la Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- _____, “La reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en materia de cuotas electorales de género”, *Cuestiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, enero-junio de 2003.
- _____ (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas introductorias*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.
- CARPISO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999.
- _____, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos sociales como técnica de protección jurídica”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- CHEMERINSKY, Erwin, “Equality”, en GRAY, Christopher (ed.), *The Philosophy of Law Encyclopedia*, vol. I, New York & London, Berry Garland Publishing, Inc., 1999.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.
- _____, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001.
- _____, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel, Orozco, Wistano y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI editores, 2002, p. 187.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUNDAP, 2002.
- FERRER MUÑOZ, Manuel, “Pueblos indígenas en México en el siglo XIX: la igualdad jurídica, ¿eficaz sustituto del tutelaje tradicional?”, en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, México, UNAM, 1998.
- FISS, Owen M., “Affirmative Action as a Strategy of Justice”, Report from the Institute for Philosophy & Public Policy, 17 *Philosophy & Public Policy* 37, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia de México como tribunal constitucional”, *Pemex Lex*, México, edición especial, marzo de 1988.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 14a. ed., México, Porrúa, 1995.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GOSEPATH, Stefan, “Equality”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2001 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), URL <<http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/equality/>>.

- GUASTINI, Riccardo, “El principio de legalidad”, trad. Miguel CARBONELL, *The University Journal*, Escuela de Derecho de la Universidad Anáhuac del Sur, México, núm. 1, vol. II, primavera de 2002.
- , “La Constitución como límite a la legislación”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2002.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA (comp.), *Foros para la revisión integral de la Constitución*, México, Secretaría de Gobernación, 2001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las acciones positivas”, *Jueces para la democracia*, España, núm. 41, julio de 2001.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. Ernesto GARZÓN VALDÉS, 7a. ed., México, Fontamara, 1997.
- KYMLICKA, Will y STRAEHLE, Christine, *Cosmopolitismo, Estadonación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*, trad. Karla PÉREZ PORTILLA y Neus TORBISCO, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- MERRYMAN, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 1a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- MONTES GARCÍA, Miguel, “Libertad, Igualdad, Fraternidad: realidades plenas de contenido”, en CORONA, Carmen (coord.), *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789-1989*, México, Publicaciones Mexicanas, 1989.
- MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS, Román, *Derecho romano*, 3a. ed., México, Harla, 1993.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, *Derecho administrativo mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, Universidad Carlos III de España, Dykinson, 2002.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Aproximaciones al concepto de minoría”, en GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y VALADÉS RÍOS, Diego (coords.),

- Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, tomo III, Derechos Humanos.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Jurisprudencia. Panorama del derecho mexicano*, México, UNAM-McGraw-Hill, 1997.
- PISARELLO, Gerardo, “Derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- _____, “Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en CARBONELL, Miguel, CRUZ PARCERO, Juan Antonio y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001.
- RABOSI, Eduardo, “Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 7, septiembre-diciembre de 1990.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, 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.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996.
- _____, “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 94, julio-agosto de 1999.

- SUAY RINCÓN, José, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, Estudios de derecho público.
- TUSSMAN, Joseph y TENBROEK, Jacobus, "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review*, University of California, vol. XXXVII, núm. 3, septiembre de 1949.
- WESTEN, Peter, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, Estados Unidos, núm. 3, vol. 95, enero de 1982.
- WILCZYNSKI, J. (ed.), *Encyclopedic Dictionary of Marxism, Socialism and Communism*, Inglaterra, de Gruyter, 1981.

Este libro se refiere a un tema que siempre ha inquietado al pensamiento occidental y después al universal.

Con este ensayo se persigue contestar varias preguntas: ¿qué significa ser iguales en derecho?, ¿a qué se tiene derecho cuando se dice que somos iguales?, ¿quiénes son los sujetos obligados? y ¿cuál es su obligación? De tal modo, la presente obra puede ser útil para todas las personas interesadas en temas de derecho constitucional y de derechos humanos, ya que incorpora planteamientos recientes sobre este tema, así como propuestas en las cuales resalta la idea de enriquecer nuestra Constitución con una cláusula de igualdad material, propuesta inspirada en las leyes fundamentales y las tesis jurisprudenciales más avanzadas de nuestros días.