



IGUALDAD Y CONSTITUCION

Miguel Carbonell

© 2004
Igualdad y Constitución
Cuadernos de la igualdad, núm. 1

© 2008 Tercera reimpresión

Consejo Nacional para Prevenir
la Discriminación

Dante núm. 14, col. Anzures,
Del. Miguel Hidalgo,
11590, México, DF

Edición
Arturo Cosme Valadez

ISBN 970-9833-10-3

Se permite la reproducción total o parcial
del material incluido en esta obra, previa
autorización por escrito de la institución.

Ejemplar gratuito: prohibida su venta.

Impreso en México
Printed in Mexico

CONTENIDO

5	PRESENTACION GILBERTO RINCON GALLARDO Y MELTIS
9	INTRODUCCION
11	IGUALDAD Y JUSTICIA
13	LA SEMANTICA DE LA IGUALDAD
15	IGUALDAD Y POLITICA
19	LA IGUALDAD PARA EL DERECHO
25	LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER
39	LA IGUALDAD EN SENTIDO SUSTANCIAL
53	NOTAS
59	BIBLIOGRAFIA BASICA
63	SOBRE EL AUTOR

PRESENTACION

Como es sabido, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) es un organismo de reciente creación que tiene como función principal luchar contra las diversas prácticas discriminatorias en nuestro país, así como promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentran en territorio nacional, tal como lo establece la propia Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Entre las acciones estratégicas de divulgación que el CONAPRED ha emprendido está la publicación de una colección de materiales como el que ahora presentamos, que tiene por objeto divulgar entre un público amplio los conceptos, análisis y reflexiones más relevantes para la adecuada comprensión del fenómeno de la discriminación en México, promoviendo de este modo la creación de una cultura de la no discriminación, un derecho que ya consagra y protege nuestra Constitución.

Los “Cuadernos de la igualdad” constituyen una colección que abordará una amplia gama temática relacionada con la problemática de la discriminación, desde distintas miradas, pero siempre con el ánimo de poner al alcance de la población, y en particular de las personas y grupos interesados en estos asuntos, los debates de actualidad y la información más relevante.

No es casual que en esta primera entrega de la colección se aborde el tema de la igualdad, un concepto clave que da sentido y fundamento a la lucha contra el estigma, la intolerancia, la discriminación y la exclusión. Cuando hablamos de igualdad nos estamos refiriendo a la igualdad en derechos, un principio que se encuentra expresado nítidamente en la Declaración Uni-

versal de los Derechos Humanos, según la cual todos los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

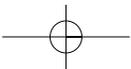
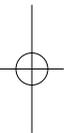
La vulneración de este principio ha ocasionado que muchos seres humanos experimenten situaciones de menosprecio y rechazo, falta de oportunidades, hostigamiento y aun persecución, en suma, restricción de sus derechos fundamentales en razón de su origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil, entre otros motivos.

Este primer número, intitulado *Igualdad y Constitución*, escrito por el doctor Miguel Carbonell, un connotado especialista en la materia, centra, pues, la mirada en lo que, como ya se señaló, constituye el principio ordenador en la lucha contra la discriminación: la igualdad. Un principio que debe permear la convivencia entre las personas y orientar el desempeño de las autoridades públicas si de verdad queremos construir una sociedad justa y democrática.

En nuestro país falta mucho por hacer para garantizar un pleno acceso y ejercicio de los derechos fundamentales y para crear conciencia en la población respecto de la obligación de dar un trato digno y respetuoso a todos por igual. Por ello, en el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación vemos en los “Cuadernos de la igualdad” un medio y una oportunidad para alentar la reflexión, la comprensión crítica del problema y el compromiso social a favor de quienes se hallan en situación de desventaja social, desde una perspectiva de derechos. Nos congratulamos de ver editado el primer cuaderno de esta colección que, confiamos, cumpla con su cometido y sea útil para sus lectores.

GILBERTO RINCON GALLARDO Y MELTIS

A Mónica,
porque no discrimina.



INTRODUCCION

No cabe duda que la igualdad es uno de los valores fundamentales de la civilización occidental. Los grandes movimientos sociales de los últimos siglos han sido, directa o indirectamente, luchas por conseguir mayores niveles de igualdad o por eliminar algún tipo de discriminación. Pensemos en la Revolución inglesa, en la Revolución francesa, en la guerra civil en los Estados Unidos, en el propio movimiento revolucionario mexicano o en la lucha progresista de mayo de 1968. Una cierta representación de los ideales libertario e igualitario ha estado presente en todos esos momentos decisivos.

A pesar de su potencia como ideal movilizador, lo cierto es que todavía hoy en día sabemos más bien poco acerca de lo que significan la igualdad y la no discriminación. El objetivo de las páginas siguientes es intentar sugerir algunas líneas de acercamiento al concepto de igualdad del que se sirve el moderno Estado constitucional de derecho.

Si se examina con algo de detalle se verá que el concepto de igualdad es bastante complejo; su estudio no es propio o exclusivo de alguna rama de las ciencias sociales, sino que atañe por igual a diversas áreas del conocimiento. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.¹

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada casi siempre por posicionamientos ideológicos. Como señala Francisco J. Laporta: “La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su impor-

tancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes”.²

Para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado.³

IGUALDAD Y JUSTICIA

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

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

Segundo principio: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos.⁴

Como se puede ver, el nexo que establece Rawls entre justicia e igualdad es inequívoco. A partir del primer principio se podría construir el mandato constitucional de la igualdad en los derechos fundamentales, que está establecido en el párrafo primero del Artículo 1 de la Constitución mexicana. En la última parte del primer principio también está implícita la idea de que las libertades básicas (concepto que podríamos ampliar para incluir todos los derechos fundamentales) no se pueden restringir con cualquier argumento, sino solamente en la medida en que así lo exija la necesidad de que todas las personas tengan el

mismo esquema de libertades (es decir, se trata del conocido principio según el cual mi derecho puede llegar hasta donde comienza el de otra persona, cuestión que en la práctica no es fácil de dilucidar, pero que como principio normativo es irrefutable).

El segundo principio parte de la idea de que la regla debe ser la igualdad; las desigualdades deben ser la excepción y solamente se pueden tolerar bajo las dos circunstancias que se enumeran en el mismo principio. De esas dos circunstancias o condiciones también se pueden extraer interesantes consecuencias para la fundamentación de los derechos de igualdad previstos por el orden constitucional; según la primera de ellas, podemos justificar el criterio de “protección de los más débiles”, que tiene mucha relevancia en el ámbito de los derechos sociales;⁵ solamente a partir de la protección preferente de los más débiles podemos justificar que una desigualdad sea ventajosa para todos.

De acuerdo con la segunda circunstancia podemos construir y fundamentar el principio de igualdad de oportunidades que subyace al mandato de que la ley nos trate a todos por igual, es decir, para que una desigualdad esté justificada debe otorgarse una igualdad de oportunidades a todos los miembros de una sociedad, de manera que los “empleos y cargos” (podríamos ampliar esta idea para hacerla extensiva a todos los bienes socialmente relevantes, o por lo menos a todos los bienes básicos) sean realmente asequibles a todos; a partir de este principio podrían justificarse, por ejemplo, algunas variantes de las acciones afirmativas, sobre las que se abunda en la parte final de este ensayo.

Es importante destacar que para Rawls los “empleos y cargos” deben ser realmente asequibles a partir de la igualdad de oportunidades, es decir, no solamente se trata de afirmar que son asequibles en tanto que no hay impedimentos formales para acceder a esos bienes sociales, sino que hay que generar las condiciones necesarias y suficientes para que en efecto exista la posibilidad real de acceder a ellos.⁶

LA SEMANTICA DE LA IGUALDAD

Una primera forma de comenzar a entender el concepto de igualdad es haciendo referencia a su significado lingüístico. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad.

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

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

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

Nuestra perspectiva es también de carácter normativo en la medida en que, como es obvio, no hay dos personas completamente iguales. A las ciencias sociales lo que les interesa es saber cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser tomadas en cuenta. Así por ejemplo, a la economía le puede interesar la desigualdad de ingresos existente entre dos o más personas,

porque de esa manera se puede hacer un cálculo de los impuestos que debe pagar cada una de ellas; la sociología puede tomar en cuenta las distintas formas de agrupamiento familiar que se producen en una sociedad, analizando las causas por las que unas personas tienen ciertos vínculos familiares y otras sostienen una forma diferente de convivencia. Siguiendo a Laporta, podemos decir que las ideas de la igualdad o de la desigualdad no están determinadas principalmente por hechos, sino que son producto de la estructura normativa de la sociedad;⁹ esa estructura ha sido variable históricamente, razón por la cual la igualdad que tenemos en las sociedades contemporáneas — mucha o poca en la práctica, eso es otra cuestión— se ha ido ganando por parcelas, por avances grandes y pequeños, pero no se ha dado de una vez y para siempre.

IGUALDAD Y POLITICA

Desde una perspectiva política, el estudio de la igualdad intenta encontrar su justificación como valor a proteger, y como argumentación para elegir entre los distintos tipos de igualdad que existen en la realidad.

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

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

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

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

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

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

Los enfoques que, como el de Bovero al que acabamos de hacer referencia, llaman la atención sobre la igualdad política como *forma de tomar decisiones* se ubican dentro de lo que Alfonso Ruiz Miguel ha denominado el “modelo procedimental” de la igualdad política. El propio Ruiz Miguel explica que junto al “modelo procedimental” puede ubicarse el “modelo de preferencias”, que en vez de poner el acento en asegurar la igualdad mediante una correcta forma de tomar decisiones (un hombre, un voto, por ejemplo), se propone que la igualdad política se traduzca en la mayor medida posible en la satisfacción de las preferencias de los votantes.¹⁴

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

LA IGUALDAD PARA EL DERECHO

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

La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los “términos de la comparación”, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.¹⁶

Al ser un concepto relacional, podemos considerar también que el principio de igualdad tiene un carácter abierto, en un doble sentido.¹⁷ El principio de igualdad es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un trato diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos; así por ejemplo, hasta hace poco no era extraño que existiera una diferencia entre hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho de sufragio; de la misma forma, todavía hasta la mitad del siglo XX en

Estados Unidos existía una separación entre personas de raza blanca y personas de raza negra en el sistema escolar o en el sistema de transporte público; hoy en día, sin embargo, a nadie en su sano juicio se le ocurriría defender que los criterios del sexo o la raza son válidos para tratar de distinta forma a una persona. En un segundo sentido, el principio de igualdad es un principio abierto debido a que no es posible enumerar o hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un trato diferente a dos o más personas.

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

Para contestar a esas preguntas tenemos que acudir necesariamente a lo que dispongan los ordenamientos jurídicos concretos, como es obvio, pero, ¿y si nosotros tuviéramos la tarea de legislar y tuviéramos que justificar la elección de ciertos criterios y no de otros bajo los cuales no está permitido distinguir entre las personas?, ¿qué haríamos en ese caso? Tendríamos que realizar necesariamente unos “juicios de relevancia”. Es decir, el principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual, pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto. No se trata de otra cosa sino de la conocida fórmula expresada por

Aristóteles en *La política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en la igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Hay muchos criterios para poder determinar cuándo las diferencias pueden ser relevantes a efecto de generar un tratamiento jurídico diferenciado hacia dos personas. Francisco J. Laporta ha elegido cuatro de esos criterios, que me parece que suministran mucha luz sobre este complicado asunto.¹⁸ Para Laporta, un tratamiento diferenciado entre dos personas podría justificarse tomando en cuenta los siguientes criterios:

- A) *Principio de satisfacción de las necesidades*. De acuerdo con este principio, estaría justificado dar un tratamiento diferente a una persona que tiene una necesidad que satisfacer y no darle ese mismo tratamiento a quien no tenga esa necesidad. El problema en este caso sería determinar el concepto mismo de necesidad.¹⁹ Para algunos autores, una necesidad se produce cuando en ausencia de lo necesitado resentimos un daño en alguno de nuestros derechos o en la posibilidad de llevar adelante nuestros planes de vida; otros, sin embargo, consideran que hay que distinguir entre “necesidades básicas”, que serían aquellas que son requisitos para realizar *cualquier* plan de vida (por ejemplo la vida, la salud, la alimentación, la vivienda, puesto que son bienes sin los cuales nadie podría realizar prácticamente ningún plan de vida), y las necesidades aparentes o personales, que serían las que requiere una persona para llevar a cabo un *determinado* plan de vida (por ejemplo, tener una casa grande, viajar, fumar, etcétera).
- B) *Principio de retribución de merecimientos*. De acuerdo con este principio, estaría justificado dar un trato diferente a una persona que tenga un merecimiento, respecto de otra que no lo tenga. Aunque hay muchos ejemplos apli-

cativos que no generan mucha discusión (por ejemplo, que la medalla de oro en una carrera atlética se le debe entregar a quien llegue en primer lugar y no a quien llegue en último lugar; que un alumno que acredite todas las materias debe obtener un título profesional y el que no cumpla con ese requisito, no; etcétera), hay algunos supuestos en donde la puesta en práctica del principio de retribución de merecimientos no es tan fácil; esto se debe al hecho de que el concepto de mérito es una construcción social, que depende de la valoración positiva o negativa que podamos tener sobre una conducta determinada; ¿qué sucede, sin embargo, cuando esa conducta no puede ser valorada en términos positivos o negativos?

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

Desde luego, este principio tampoco está exento de riesgos y de entrar en conflicto con el *principio de no discriminación*, que justamente trata —en algunos de sus aspectos— de lograr que las personas no reciban un trato

diferente por motivos que no pueden modificar voluntariamente, como por ejemplo el sexo o el color de la piel. En este sentido, la relevancia de las aptitudes tendrá que ser examinada para cada caso en particular; puede ser razonable que para ocupar cierto puesto de trabajo se pidan personas que midan más de 1.80 metros, pero quizá no lo es si además se le pide a esas personas que no sean de raza negra o que no profesen la religión islámica.

D) *Principio de consideración de status*. Según este principio sería legítimo dar un trato diferente —más positivo— a una persona que tenga un cierto *status* en relación con otra persona que no lo tenga. Por *status* puede entenderse el hecho de que una persona ocupe una cierta posición social desde una perspectiva sociológica; ejemplo de diferentes *status* desde este punto de vista serían el ser niño, pobre, médico, mayor de edad, mujer, etcétera. No necesariamente debe tratarse de *status* que se refieran a situaciones de vulnerabilidad o a grupos vulnerables.

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

En su trabajo sobre el tema de la igualdad del que hemos tomado los cuatro criterios anteriores, Laporta señala dos consideraciones generales que hay que tener presentes.²⁰ Por un lado,

señala que muchas de las nociones empleadas en los cuatro criterios dependen del contexto social, cultural y lingüístico en el que se quieren aplicar (reiterando de esa forma lo que ya se había dicho sobre el carácter abierto del principio de igualdad). Por otro lado, nos advierte que algunas de esas nociones deben ser tomadas gradualmente, puesto que su presencia o ausencia puede darse en una escala de medida que puede ser muy variable. Así por ejemplo, puede ser relevante el hecho de alcanzar o no un cierto grado de “necesidad”, de “merecimientos” o de “aptitudes” (seguramente el criterio de la consideración de *status* podría ser, en principio, el que menos problemas de gradualidad ofreciera). Esto es lo que produce que, en la práctica, el principio de igualdad esté sujeto en ocasiones al control por medio de la proporcionalidad; es decir, la igualdad será respetada siempre que el trato desigual dado a dos personas sea proporcionado en relación con las normas que consagran el propio principio de igualdad o con otras que les reconozcan o nieguen ciertos derechos. El juicio de proporcionalidad tiene un papel esencial para saber si el principio de igualdad ha sido o no violado.²¹

LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER

Desde las primeras décadas del siglo XX se asomó en el debate público de varios países la reivindicación feminista de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.²²

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

El mismo autor defendió la tesis que de no había razón alguna para negar a las mujeres los derechos de ciudadanía; no se podían sostener, en su opinión, ni razones físicas (como el embarazo o las “pasajeras indisposiciones” que solamente afectan a las mujeres), ni mucho menos razones intelectuales, puesto que si bien es cierto que (en la época en la que escribe) las mujeres eran más ignorantes que los hombres, el único criterio de la ignorancia impediría también que muchos varones tuvieran derecho a votar y ser votados.²³

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la sujeción evidente y humillante de la mujer por el diferente trato jurídico que se le daba en muchas legislaciones en comparación con el hombre causó que en algunas cartas constitucionales modernas se introdujera expresamente un principio de equiparación en derechos para uno y otro sexos. Tal es el caso de la Constitución mexicana, que mediante una reforma de 1974 introduce un mandato sencillo pero contundente en el que actualmente es el párra-

fo primero del Artículo 4: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aún en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer.

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

En el Artículo 123 constitucional, apartado A, fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos: “Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo” (una disposición semejante se encuentra en el mismo Artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI, inciso C).

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el Artículo 2 constitucional, cuyo apartado A dispone que: “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: [...] II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

En México, para contribuir en 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 2 de la Ley del propio Instituto.

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

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

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

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como:

[un] concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los

factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género.

Es importante mencionar que la igualdad entre el hombre y la mujer vale en el ámbito de las relaciones entre particulares. Concretamente en el ámbito laboral, donde la mujer no podrá sufrir ninguna discriminación en su percepción salarial (véase Artículo 123, apartado A, fracción VII de la Constitución) o en el resto de sus condiciones de trabajo.²⁴

Al estar el principio de igualdad entre hombres y mujeres contenido en una norma de derecho fundamental no puede ser objeto de ninguna negociación o concesión entre trabajadores y patrones; como afirma Juan María Bilbao Ubillos, “la existencia de un pacto o acuerdo entre la empresa y el trabajador, que aparentemente sería el resultado de la libre voluntad de las dos partes, no convierte en legítima una decisión que tiene un sentido claramente discriminatorio”.²⁵

La igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito laboral ha tenido un gran desarrollo normativo en el seno de la Unión Europea, a partir del cual la doctrina ha identificado cuatro grandes temas como objeto de la prohibición de discriminar por razón de sexo:²⁶ a) remuneración; b) acceso al empleo, promoción y formación profesional; c) condiciones de trabajo, y d) seguridad social.

Pese a su prohibición, en México persisten graves fenómenos de discriminación en contra de las mujeres en el orden laboral. Desgraciadamente, las mujeres no tienen en la actualidad las mismas posibilidades que los hombres de alcanzar puestos de relevancia dentro de los poderes públicos o en el ámbito de la iniciativa privada.

Por otro lado, una forma de discriminación reforzada se da en contra de las mujeres que están embarazadas, las cuales o bien no son admitidas en un trabajo (todavía es una práctica bastante extendida el que se pida a una mujer el certificado de “no gravidez” para poder contratarla), o bien son despedidas por esa

causa, violando con ello tanto el párrafo tercero del Artículo 1 constitucional (al hacer discriminaciones por razón de sexo y por afectar un derecho con base en las condiciones de salud), como el párrafo primero del Artículo 4 (igualdad entre hombre y mujer) y el derecho a la intimidad que está consagrado en varios tratados internacionales firmados y ratificados por México.

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

Al margen de que el combate a sus formas más negativas requiera medidas protectoras especiales o de políticas públicas focalizadas, lo cierto es que la discriminación laboral de las mujeres no puede dejar de estudiarse dentro de la temática más amplia de la discriminación en general, puesto que —como señalan algunos autores²⁷— es muy posible que la discriminación contra las mujeres en el trabajo obedezca a factores que se ubican fuera del propio mercado de trabajo, en un conjunto de pautas sociales que favorecen, permiten y estimulan el trato diferenciado entre hombres y mujeres.

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

Son varias las fuerzas que han provocado esta evolución: los cambios de las pautas familiares y de la formación de los hogares que

aumentan cada vez más la importancia de las ganancias de las mujeres en la renta del hogar; las crecientes aspiraciones de las mujeres de independencia y de realización personal que puede aportar el empleo remunerado, así como de conseguir la igualdad entre los hombres y las mujeres; y el hecho de que los gobiernos se den cuenta de que [deben] aumentar las tasas de ocupación para crear una base más sólida con la que financiar los sistemas de protección social en un momento en el que está envejeciendo la sociedad. La estructura del empleo también ha cambiado a favor de las mujeres, ya que el empleo se ha desplazado de la agricultura y la industria a los servicios, sector en el que las mujeres están sobrerrepresentadas. Sin embargo, a pesar de los progresos irrefutables, sigue preocupando el hecho de que las mujeres aún no hayan conseguido la igualdad con los hombres y de que no se aproveche al máximo su potencial de productividad: las tasas de paro femeninas son más altas que las masculinas en la mayoría de los países de la OCDE; sigue habiendo diferencias entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere a las oportunidades de empleo, la remuneración y el tiempo de trabajo; y se continúa creyendo que las tareas del hogar y el cuidado de los hijos son principalmente responsabilidad de las mujeres, cualquiera que sea el lugar en el que se realicen.²⁸

Al estudiar la igualdad entre el hombre y la mujer es de mucha utilidad hacer referencia al derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, a este tipo de igualdad le son aplicables todos los mandatos genéricos de no discriminación, así como otros más específicos en relación con los derechos de las mujeres y las niñas, contenidos en instrumentos convencionales y no convencionales.

Entre estos últimos se puede mencionar la “Declaración y Programa de Acción de Viena”, emanada de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en esa ciudad en 1993; en ese documento²⁹ se afirmó que:

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

La violencia y todas sus formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas, son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y de cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social.

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

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

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

El Artículo 3 ha sido objeto de una muy importante e interesante Observación General, dictada por el Comité de Derechos

Humanos de la ONU;³⁰ parte de su interés radica en el hecho de que pone el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en relación con el resto de derechos del Pacto y que, en cada uno de ellos, señala las cuestiones que afectan de forma más sensible al principio de igualdad mencionado. Por la riqueza de sus planteamientos conviene examinar, aunque sea de forma superficial, su contenido.

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

Luego, el Comité reconoce que la desigualdad entre el hombre y la mujer es una cuestión no sólo ni inmediatamente jurídica (aunque puede serlo también en contextos concretos, en los que las normas proyectan pautas negativas de conducta muy arraigadas en la comunidad), sino que obedece a profundas creencias y prácticas sociales, legitimadas en ocasiones por credos religiosos que imponen un papel subalterno a las mujeres; las palabras del Comité son las siguientes: “La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino” (párrafo 5). En consecuencia con lo anterior, el Comité les pide a los Estados que en sus informes identifiquen las prácticas tradicionales, culturales y religiosas que generan desigualdades entre el hombre y la mujer, así como las medidas que están tomando para rectificar dichas prácticas.

Un aspecto de riesgo para los derechos de la mujer es el que tiene que ver con el embarazo y el alumbramiento; por ello, el

Comité les pide a los Estados Parte que en sus informes aporten datos sobre las tasas de natalidad y el número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto. También deberán aportar información desglosada por sexo acerca de la tasa de mortalidad infantil (párrafo 10).

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

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

En los espacios dedicados a la extinción de las penas privativas de la libertad, las mujeres deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas únicamente por guardias del sexo femenino; las mujeres menores de edad deben estar separadas de las que ya cumplieron la mayoría de edad. El trato digno para la mujer privada de su libertad adquiere mayor importancia durante el embarazo, por lo cual el Comité señala que: “Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento, y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos” (párrafo 15).

Otro sector sensible para los derechos de las mujeres es el que tiene que ver con sus derechos reproductivos.³¹ El Comité señala que los derechos de la mujer se pueden violar, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una deci-

sión respecto de la esterilización; cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos u otros funcionarios la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. También es una violación de los derechos de la mujer que los empleadores les pidan una prueba de embarazo para contratarlas (párrafo 20).

Finalmente, el Comité se detiene en resaltar las graves violaciones que se pueden dar en el ámbito laboral o en las relaciones entre particulares. En opinión del Comité se dan muchos casos en los que:

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

Aparte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, otro instrumento de primera importancia para comprender el tema de la igualdad entre el hombre y la mujer en el derecho internacional de los derechos humanos es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés), adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980.³²

En el preámbulo de la Convención se hace referencia tanto al principio de no discriminación contra las mujeres como a la

importancia que tiene la participación de las mismas en la vida pública de todos los países:

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

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

A partir del texto de dicha Convención ha venido trabajando el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, que como otros comités también dicta recomendaciones generales. Su Recomendación General número 23 (adoptada en su 16° periodo de sesiones, en 1997) se refiere a una cuestión de la mayor importancia para alcanzar la igualdad entre el hombre y la mujer; se trata del tema de la vida pública y la vida privada.³³ Puede ser interesante repasar algunas de las afirmaciones que se contienen en esa Recomendación General.

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

las modalidades de la vida cotidiana y el futuro de las sociedades (párrafos 8 y 9).

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

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

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

Varios Estados Parte han adoptado medidas encaminadas a garantizar la presencia de la mujer en los cargos elevados del gobierno y la administración y en los órganos de asesoramiento gubernamental, tales como: una norma según la cual, en el caso de candidatos igualmente calificados, se dará preferencia a una mujer; una norma en virtud de la cual ninguno de los dos sexos constituirá menos del 40% de los miembros de un órgano público; un cupo para mujeres en el gabinete y en puestos públicos, y consultas con organizaciones femeninas para garantizar que se nombre a mujeres idóneas a puestos en organismos públicos y como titulares de

cargos públicos, así como la creación y mantenimiento de registros de mujeres idóneas, con objeto de facilitar su nombramiento a órganos y cargos públicos. Cuando las organizaciones privadas presenten candidaturas para órganos asesores, los Estados Parte deberán alentarlas a que nombren a mujeres calificadas e idóneas (párrafo 29).

En México se han creado recientemente las cuotas electorales de género para garantizar, por medio de mandatos establecidos en la legislación electoral federal y de algunas entidades federativas, una mayor presencia de las mujeres en los órganos de representación popular. El tema de la constitucionalidad de las cuotas fue examinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2002. En su sentencia, la SCJN considera que las cuotas no son inconstitucionales, sino que tienen perfecta cabida en el sistema jurídico mexicano. Las cuotas fueron introducidas a nivel federal por medio de una reforma al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de junio de 2002 y fueron aplicadas por primera vez en el proceso electoral federal de 2003. De acuerdo con esa reforma, el Cofipe establece que: “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).

LA IGUALDAD EN SENTIDO SUSTANCIAL

Dentro del análisis de los diferentes tipos de normas que contienen, detallan y desarrollan el principio de igualdad deben mencionarse aquellos que regulan mandatos de igualdad sustancial, también llamada igualdad real o de hecho. De acuerdo con este tipo de normas, los poderes públicos deben remover los obstáculos que impidan el logro de la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa;³⁴ para su aplicación conviene identificar previamente a los grupos que, dentro de cada sociedad, se encuentran en situación de vulnerabilidad, respecto de los cuales se tendrán que tomar medidas de promoción y de especial protección.

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

todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto de las personas de raza blanca.

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

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

Llegados a este punto, la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe servir no solamente para decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional?, ¿cómo lograr la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos de hecho iguales?; si es verdad que no todos somos iguales, ¿qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualdad social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo de una persona o la raza para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son

mujeres o tienen la piel de X o Y color?, y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado, ¿podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoísmo?

Como puede apreciarse, no son cuestiones sencillas. Sin embargo, parece que hay al menos dos ideas claras que son difíciles de refutar: la primera es que si defendemos que el ordenamiento trate por igual a todos es probable que quienes tengan más recursos terminen disfrutando de un trato igual y quienes tengan menos acaben, de hecho, sufriendo profundas discriminaciones, aunque no estén basadas en los criterios bajo los que la norma permite distinguir entre las personas. La segunda idea es que, aun aceptando que el mandato de igualdad puede requerir de medidas especiales para corregir desigualdades de hecho, tenemos que crear esquemas que permitan avanzar hacia una mayor igualdad sin destruir las bases mismas de esa igualdad, es decir, sin generar nuevas discriminaciones.³⁵

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

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad sustancial se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos: unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”. Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana.³⁶ Entre los segundos está el importante y polémico agregado de 1999 al Artículo 3 de la Constitución francesa, que ha dado lugar a cambios relevantes en la legislación electoral de ese país. El texto en cuestión dis-

pone que: “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al Artículo 4 de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del Artículo 3 dentro de las condiciones que establezca la ley. Son mandatos de este tipo los que permiten el establecimiento, entre otras medidas, de las llamadas acciones positivas.

La acción positiva puede definirse como “el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado [...] se caracterizan principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, no por circunstancias individuales”.³⁷

Algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualación positiva. Estas últimas se pueden definir como “los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan”.³⁸ Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualación positiva es el de lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.³⁹ Las primeras buscarían favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualación que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, tra-

bajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

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

Al tratar el tema de las acciones positivas, Ronald Dworkin formula las dos preguntas más importantes que se deben contestar tanto desde la teoría de la justicia (o desde el ámbito de la filosofía política) como desde la teoría del derecho. Las dos preguntas son: a) ¿son justas las acciones positivas?; y b) ¿las acciones positivas logran sus objetivos (es decir, son eficaces)?⁴⁰ Para responder a la primera pregunta debemos aportar elementos axiológicos, que nos permitan argumentar que las acciones tienen lugar en una Constitución que protege los derechos fundamentales de todos de la mejor manera posible. La segunda pregunta parte de premisas utilitarias: si las acciones positivas no consiguen su objetivo no serían legítimas, ya que pondrían en peligro, o al menos en tensión, un bien de rango constitucional (la igualdad formal) a cambio de nada. Habrá, pues, de estar en capacidad de responder a las dos cuestiones planteadas por Dworkin si queremos sostener la legitimidad constitucional de las acciones positivas.

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

La “discriminación inversa” en favor de una minoría racial o de otro tipo plantea un difícil problema ético. Si, por una parte, hemos de tener siquiera la oportunidad de curar a nuestra sociedad de la enfermedad del racismo, necesitaremos muchos más miembros de los grupos minoritarios en las profesiones y en los estratos más altos de la sociedad. Y cualquiera que sea el conjunto de razones para ello, no parece probable que esto suceda en el futuro próximo a menos de que tomemos su condición de minorías en cuenta y la ponderemos positivamente cuando asignamos las oportunidades. Pero independientemente del nombre que le demos —preferencia, cuota, búsqueda de la diversidad— ponderar afirmativamente a los negros, por ejemplo, significa necesariamente que se negará a otros las oportunidades en cuestión por no ser negros de nacimiento. Confieso, por consiguiente, que tengo problemas para comprender el lugar de la indignación moral en cualquiera de los dos lados de este desgarrador dilema moral”.⁴¹

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

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

dad de consideración y respeto— en el proceso político y en las deliberaciones que producen dichas consecuencias”.⁴²

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

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

Dichos órganos someten todas las decisiones políticas cuestionadas en el terreno de la protección equitativa a una clasificación inicial. Si una decisión conlleva desventajas para lo que la Corte Suprema ha denominado una “clase sospechosa” —una clase, de acuerdo con una famosa definición, que “lleva una carga de discapacidades, o está sujeta a una historia de tratamiento desigual intencional o es relegada a una posición de debilidad política como para dirigir una protección extraordinaria por parte del proceso político mayoritario”—, la decisión debe ser entonces sometida a un “escrutinio estricto”. Esto implica que debe ser rechazada por violar la cláusula de la igual protección a menos que pueda demostrarse que las desventajas mencionadas resultan esenciales para proteger algún interés gubernamental “concluyente”. Pero si aquellos a quienes la ley perjudica no constituyen una clase “sospechosa” —si sólo son miembros de un negocio o una profesión particular determinada o residentes de un área particular y no son diferentes de sus conciudadanos en algún aspecto históricamente asociado con la hostilidad o el prejuicio—, entonces esa ley debe ser sometida sólo a un escrutinio “relajado”: es constitucional a menos que pueda demostrarse que no sirve en absoluto a ningún propósito o fin.⁴³

Normalmente, el escrutinio estricto es fatal, porque ninguna medida legislativa o administrativa es capaz de superarlo, mientras que el “escrutinio relajado” no es en verdad un escrutinio, ya que a cualquier medida se le puede encontrar una finalidad que la justifique, por nimia que sea.⁴⁴

¿Pueden los jueces aplicar el razonamiento de los niveles de escrutinio a las acciones positivas? Y, en caso afirmativo, ¿de qué manera deben hacerlo? Dworkin rechaza que los niveles de escrutinio sean una buena técnica para el enjuiciamiento constitucional de las acciones positivas,⁴⁵ si bien reconoce que en la práctica han sido aplicados por la Corte Suprema, aunque introduciendo algunos matices. Así por ejemplo, la Corte ha resuelto algunos casos considerando que las acciones afirmativas podían ser sometidas a un “escrutinio intermedio”, según el cual debía justificarse que una medida de discriminación inversa servía a un “interés importante”, pero no a un “interés concluyente”.⁴⁶ ¿Cuál podría ser un ejemplo de “interés importante”?

Dworkin dirige la mayor parte de su exposición a justificar las medidas de acción positiva utilizadas para el ingreso de estudiantes de raza negra en las universidades.⁴⁷ Para nuestro autor, el interés importante que justificaría esas medidas estaría, en primer lugar, en la diversidad estudiantil que debe existir en los *campus* universitarios, de modo que los estudiantes tengan como compañeros a personas que reflejen de alguna manera el pluralismo de la sociedad estadounidense;⁴⁸ pero también existiría ese interés importante en un sentido más institucional: se trataría de corregir la ausencia de personas de raza negra en posiciones importantes en el gobierno, la política, los negocios y las profesiones, corrección que solamente se puede realizar si esas personas ingresan en las universidades. La existencia de ese interés vendría acreditada por una cuestión de hecho:

Uno de los problemas más graves de la sociedad norteamericana es la estratificación racial *de facto* que ha excluido de forma considerable a los negros y a los miembros de otras minorías de los pues-

tos más altos del poder, la riqueza y el prestigio; la discriminación racial del pasado, así como el círculo vicioso que priva a los niños negros de contar con líderes de éxito de dicha raza como referentes para imitar, ha contribuido sustancialmente a esa estratificación”.⁴⁹

Lo que debe quedar claro es que la utilización de las medidas de discriminación inversa debe ser subsidiaria con respecto a otros mecanismos que también tienden a lograr la igualdad real; es decir, deben ser utilizadas como un último recurso y siempre que no sea posible lograr el mismo efecto por medio de otras medidas menos extremas.⁵⁰ Al momento de enjuiciar la constitucionalidad de una norma o una medida que incorpore acciones positivas, este aspecto puede verificarse mediante el “juicio de indispensabilidad”.⁵¹

Por lo que hace a la utilidad de las acciones positivas, es decir, a la segunda de las preguntas planteadas por Dworkin, la evidencia de los resultados de las acciones positivas solamente se puede recabar en aquellos países que llevan un periodo más o menos largo aplicándolas.

Dworkin demuestra la utilidad de las acciones positivas con base en un estudio realizado por William G. Bowen y Derek Bok —quienes fueron rectores de Princeton y Harvard— en el que se analiza una enorme base de datos en la que se da seguimiento a estudiantes estadounidenses en la segunda mitad del siglo XX. A partir de ese estudio, Dworkin va deshaciendo las principales objeciones que se suelen esgrimir en contra de las cuotas en favor de los estudiantes negros en las universidades. Uno de esos prejuicios consiste en sostener que el sistema de cuotas permite la admisión de pésimos estudiantes; los resultados demuestran lo contrario, ya que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas en 1989 presentan mejores resultados que el total de estudiantes admitidos en 1951, además de que los estudiantes admitidos por el sistema de cuotas que han llegado a graduarse han tenido un éxito profesional bastante apreciable y, en todo caso, semejante al de los graduados de raza blanca.⁵²

Otro prejuicio frecuente consiste en pensar que los estudiantes negros admitidos por el sistema de cuotas “desperdician” la oportunidad que se les ofrece y que estarían mejor en instituciones menos exigentes. Las evidencias empíricas que suministra el estudio de Bowen y Bok parecen sugerir lo contrario: la mayoría de estudiantes negros dijeron sentirse muy satisfechos con su experiencia universitaria.⁵³

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

Los datos permiten concluir a Dworkin que el sistema de cuotas universitarias ha sido un éxito en Estados Unidos y que no habría razón para abandonarlo; es más, se calcula que si los programas universitarios de cuotas para personas de raza negra se abandonaran, el número de estudiantes negros en las aulas de las universidades más prestigiosas y exigentes bajaría entre un 50 y 75%.⁵⁴ Para Dworkin: “De acuerdo con la que constituye la mejor evidencia disponible, por tanto, la discriminación positiva no resulta contraproducente. Al contrario, parece tener un éxito extraordinario. Tampoco es injusta, ya que no viola ningún derecho individual ni compromete ningún principio moral”.⁵⁵

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

Todas las Constituciones de la región (se refiere Elster a Europa Central y Oriental) incluyen cláusulas que prohíben la discriminación (negativa) por motivos de raza, nacionalidad, origen étnico, sexo, religión y muchos otros motivos similares. Pero tres de ellas —las de Bulgaria, Rumania y Eslovaquia— contienen también prohibiciones explícitas respecto de la discriminación inversa o positiva, es decir, la acción afirmativa. En el documento rumano la prohibición sólo abarca la discriminación inversa por motivos étnicos. Bulgaria y Eslovaquia trataron al menos de satisfacer la restricción de imperfección al extender el impedimento de la discriminación positiva a *todos* los criterios que se enumeran en las prohibiciones sobre discriminación negativa. Y sin embargo también en estos países las cláusulas se deben a los prejuicios de una mayoría étnica en la Asamblea Constituyente contra varias minorías. Los sesgos contra las minorías étnicas hubieran sido aún más fuertes si en los procesos de elaboración no hubiesen intervenido delegados del Consejo de Europa. El primer borrador de la Constitución rumana, por ejemplo, contenía una prohibición aparentemente imparcial de los partidos de base étnica que estaba directamente dirigida contra la numerosa minoría húngara.⁵⁶

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

Hay que mencionar que, aunque no es una regla seguida de forma unánime por todas las jurisdicciones constitucionales, en

el caso de Estados Unidos la Suprema Corte ha admitido en muchas de sus sentencias la constitucionalidad de las medidas de acción positiva, a pesar de que en su texto constitucional no aparece ninguna cláusula de igualdad material.⁵⁷ El estudio detenido de la jurisprudencia estadounidense sobre el tema excede con creces el propósito de este texto; de todas formas, recomiendo que el lector que quiera profundizar en la cuestión tome en cuenta la jurisprudencia estadounidense, que es muy iluminadora, en éste como en tantos otros aspectos.⁵⁸

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

También en el ámbito de la Unión Europea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones sobre las acciones positivas, que han generado intensos debates sobre el sentido de esas acciones y sobre sus posibilidades de generar consecuencias deseables en el plano del principio de igualdad.⁵⁹ Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia europea pudiera haberse mostrado vacilante en algunos casos, a partir de la entrada en vigor de la Carta Europea de Derechos Fundamentales la pertinencia de las acciones positivas parece admitida; en efecto, el Artículo 23 de la Carta dispone que:

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

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

A partir de ese precepto se puede sostener que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro

mantener o adoptar medidas de acción positiva destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, incluyendo aquellas que tienen que ver con la representación política.

Como se puede ver, los debates en torno a las acciones positivas han estado presentes en muchos contextos del constitucionalismo contemporáneo. Prácticamente en ningún país se han podido introducir sin que hayan sido llevadas ante la correspondiente jurisdicción constitucional. Los tribunales han realizado una gran tarea interpretativa y también, hay que decirlo, creadora en esta materia. En la mayor parte de los casos han asumido actitudes progresistas y han construido argumentaciones jurídicas que, apoyándose de forma más o menos explícita en el marco constitucional, han permitido sostener la legitimidad de las acciones positivas, aunque no sin serios reparos por algunos de sus miembros o por sectores importantes de la academia.

NOTAS

- ¹ Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que: “En el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leivmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder; y en sociología, en la estratificación social”, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16.
- ² Francisco J. Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985, p. 3.
- ³ La relación entre el constitucionalismo y la igualdad ha sido explicada en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, capítulo II.
- ⁴ John Rawls, *Teoría de la justicia*, traducción de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002 (reimpresión), pp. 67-68.
- ⁵ Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, capítulo V.
- ⁶ En este punto la teoría de Rawls quizá pueda empatarse con algunos conceptos desarrollados por las teorías neorreplicanas, que sostienen la pertinencia de lograr esquemas de “libertad real para todos”; este es, justamente, el empeño de la importante obra de Philippe Van Parijs, *Libertad real para todos*, Barcelona, Paidós, 1996.
- ⁷ Francisco J. Laporta, “Problemas de la igualdad”, en Amelia Valcárcel (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 67-68.
- ⁸ Tomo esta idea de Francisco J. Laporta, “Problemas de la igualdad”, *op. cit.*, p. 66. En el mismo sentido, Amelia Valcárcel, “Igualdad, idea regulativa”, en *El concepto de igualdad*, *op. cit.*, pp. 1-15.
- ⁹ Francisco J. Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *op. cit.*, p. 3. Este autor señala, en consonancia con lo que se acaba de decir, que hay que tener presente que la idea de igualdad es un principio y no una descripción genérica de la sociedad.
- ¹⁰ Ronald Dworkin, “Eguaglianza”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. III, Roma, Instituto de la Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 478 y ss.; del mismo autor, *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, sobre todo los capítulos 1 y 2, dedicados respectivamente a la igualdad de bienestar y a la igualdad de recursos; traducción al español: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003.

- ¹¹ Michelangelo Bovero, *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Trotta, 2002, p. 24.
- ¹² Ernst Wolfgang Böckenförde, “La democracia como principio constitucional”, en su libro *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 82-83.
- ¹³ Bovero, *Una gramática de la democracia, op. cit.*, p. 26.
- ¹⁴ Alfonso Ruiz Miguel, “La igualdad política”, en *Derechos y libertades*, núm. 11, Madrid, enero-diciembre de 2002, pp. 68-71.
- ¹⁵ La explicación de estos supuestos y su aplicación a casos concretos que han surgido en el derecho español y en el de los Estados Unidos se encuentra en Ruiz Miguel, *ibid.*, pp. 82 y ss. Véase también, sobre el tema de la igualdad política y la distribución geográfica de las demarcaciones del voto, Óscar Sánchez Muñoz, “Sistema electoral y principio de igualdad del sufragio”, en Francesc Pau Vall, (coordinador), *Parlamento y sistema electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 491 y ss.
- ¹⁶ Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.
- ¹⁷ Sigo la idea de Francisco J. Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *op. cit.*, pp. 14-15.
- ¹⁸ *Ibid.*, pp. 20 y ss.
- ¹⁹ Una aproximación a este tema puede verse en María José Añón Roig, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ²⁰ Laporta, “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *op.cit.*, pp. 24-25.
- ²¹ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- ²² Un buen panorama general del pensamiento feminista puede verse en Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea, s/e., s/f.*, pp. 259 y ss.
- ²³ Las ideas de Condorcet están muy bien resumidas en Javier de Lucas, “Condorcet: la lucha por la igualdad en los derechos”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, siglo XVIII, vol. II, *La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 2001, p. 301 y ss.
- ²⁴ Sobre el tema de la discriminación laboral de la mujer, véase María Amparo Ballester, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994; también Rocío Albert López-Ibor, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.

- ²⁵ Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 457.
- ²⁶ Ballester, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, *op. cit.*, p. 30.
- ²⁷ Rocío Albert López-Ibor, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, p. 16.
- ²⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Perspectivas del empleo 2002*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pp. 106-107.
- ²⁹ Puede consultarse en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa Hermanos, 2002, tomo 1, p.317.
- ³⁰ Se trata de la Observación General número 28 (“Igualdad de derechos entre hombres y mujeres”), adoptada en el año 2000; puede consultarse en *ibid.*, tomo I, pp. 468 y ss.
- ³¹ Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- ³² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981 (fe de erratas del 18 de junio de 1981); puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, *op. cit.*, tomo I, pp. 97 y ss.
- ³³ Puede consultarse en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla (compiladores), *ibid.*, tomo I, pp. 675 y ss.
- ³⁴ Sobre las acciones positivas, de entre lo poco que se ha escrito al respecto en México véase Karla Pérez Portilla, “Acciones positivas”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2003, pp. 2-5.
- ³⁵ Ferrajoli señala que con la igualdad sustancial se intenta que las personas sean de hecho tan iguales como sea posible, partiendo de la base de que *de hecho* son social y económicamente desiguales; véase *Derecho y razón*, 6ª edición, Madrid, Trotta, 2004, p. 907.
- ³⁶ Artículo 9.2 de la Constitución española: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; Artículo 3, párrafo segundo de la Constitución italiana: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

- ³⁷ David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 62. Del mismo autor se puede ver, sobre el tema que nos ocupa, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- ³⁸ Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *op. cit.*, p. 58.
- ³⁹ *Ibid.*, pp. 75 y ss. Véase también Rey Martínez, *La discriminación por razón de sexo...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss.
- ⁴⁰ A contestar estas dos preguntas se dedican los capítulos 11 y 12 de su libro *Virtud soberana...*, *op. cit.*, pp. 419 y ss.
- ⁴¹ John Hart Ely, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 204-205.
- ⁴² Dworkin, *Virtud soberana...*, *op. cit.*, p. 451. Los traductores del libro de Dworkin eligieron el término “interés concluyente” para traducir la expresión en inglés “*compelling interest*”; quizá no se trate de la mejor traducción.
- ⁴³ *Ibid.*, p. 453.
- ⁴⁴ *Idem.*
- ⁴⁵ *Ibid.*, p. 454.
- ⁴⁶ *Ibid.*, p. 455.
- ⁴⁷ Este es un tema que ha interesado a Dworkin desde hace muchos años y al que había dedicado uno de los capítulos de su libro *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, capítulo 9, pp. 327 y ss.
- ⁴⁸ Dworkin apunta: “Las universidades norteamericanas se han propuesto conseguir que las clases sean diversas en varias formas. Esas instituciones han supuesto, de modo plausible, que los estudiantes estarán mejor equipados para la vida comercial y profesional, así como mejor preparados para actuar como buenos ciudadanos en una democracia pluralista, si han trabajado e interactuado con compañeros de diferente contexto geográfico, clase económica, religión, cultura y, sobre todo ahora, raza”, *Virtud soberana...*, *op. cit.*, p. 441.
- ⁴⁹ *Ibid.*, p. 467.
- ⁵⁰ Rey Martínez, *La discriminación por razón de sexo...*, *op. cit.*, p. 86.
- ⁵¹ Bernal Pulido, “El juicio de la igualdad...”, *op. cit.*, p. 67.
- ⁵² Dworkin, *Virtud soberana...*, *op. cit.*, pp. 426-427.
- ⁵³ *Ibid.*, p. 430.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 436.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 446.

⁵⁶ Jon Elster, “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Jon Elster (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 136.

⁵⁷ Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁸ Para un primer acercamiento a los casos más emblemáticos, véase Aída Kemelmajer de Carlucci, “Las acciones positivas”, en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp. 261 y ss.

⁵⁹ Las etapas centrales de la jurisprudencia europea sobre las acciones positivas han estado marcadas por las decisiones Kalanke y Marshall; sobre el tema véase María Ángeles Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 71 y ss., y María Elósegui Itxaso, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 119 y ss.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- AGUIAR, FERNANDO, "A favor de las cuotas femeninas", en *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 116, octubre de 2001.
- ALBERT LOPEZ-IBOR, ROCIO, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.
- ARANDA, ELVIRO, *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001.
- BALLESTER, MARIA AMPARO, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.
- BALLESTERO, MARIA VICTORIA, "Acciones positivas. Punto y aparte", en *Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARIA y FERNANDO REY MARTINEZ, "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española", en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- CARBONELL, MIGUEL, "Igualdad constitucional", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2003.
- , "Discriminación (prohibición de)", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2003.
- COMISION CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACION, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.
- DIEZ PICAZO, LUIS MARIA, "Sobre la igualdad ante la ley", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad Complutense de Madrid, Tribunal Constitucional, 2002, tomo I.
- DWORKIN, RONALD, *Sovereign Virtue: the Theorie and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 (traducción al español, Barcelona, Paidós, 2003).

- ELOSEGUI ITXASO, MARIA, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- FERNANDEZ, ENCARNACION, *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.
- GIMENEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GONZALEZ BEILFUSS, MARKUS, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las acciones positivas", en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- LAPORTA, FRANCISCO J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", en *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985.
- , "Problemas de la igualdad", en Amelia Valcárcel (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- MARTIN VIDA, MARIA ÁNGELES, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- MCCRUDDEN, CHRISTOPHER (editor), *Anti-discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.
- PEREZ PORTILLA, KARLA, "Acciones positivas", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2003.
- PRIETO, LUIS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa, 2001.
- REY MARTINEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- RODRIGUEZ PINERO, MIGUEL, "Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva", en *Persona y derecho*, núm. 44, 2001.
- y MARIA F. FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ROSENFELD, MICHEL, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Nueva Haven, Yale University Press, 1991.

- , “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos” en VV.AA., *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- , “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Centro Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, en su libro *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- , “Igualdad”, en Manuel Aragón (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO, “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia Valcárcel (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- , “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996.
- , “Paridad electoral y cuotas femeninas”, en *Claves de razón práctica*, núm. 94, Madrid, julio-agosto de 1999.
- , “La igualdad política”, en *Derechos y libertades*, núm. 11, Madrid, enero-diciembre de 2002.
- , “Sobre el concepto de igualdad”, en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- , “La representación democrática de las mujeres”, en Miguel Carbonell (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
- SLONIMSKI, PABLO, *La Ley Antidiscriminatoria*, Buenos Aires, FJD editor, 2001.
- WESTEN, PETER, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

SOBRE EL AUTOR

Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde también se desempeña como coordinador del Área de Derecho Constitucional. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Su último libro es *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2004.

Igualdad y Constitución, número 1 de la colección
“Cuadernos de la Igualdad”
del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
se terminó de imprimir en marzo de 2008 en los talleres
de Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A.
Se tiraron 15,000 ejemplares más sobrantes para reposición.

La edición estuvo al cuidado de la
DIRECCION GENERAL ADJUNTA DE VINCULACION,
PROGRAMAS EDUCATIVOS Y DIVULGACION
DEL CONAPRED.