

A complex network graphic background consisting of numerous interconnected nodes and lines. The nodes are represented by circles of varying sizes and colors, including red, black, and grey. The lines are thin and grey, creating a dense web of connections that fills the entire page. The overall effect is one of interconnectedness and complexity.

Igualdad

CONSTRUIR LA IGUALDAD

Reflexiones en clave judicial

Daniel Antonio García Huerta
Coordinador



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO

Q120.113
C667.2c

Construir la igualdad : reflexiones en clave judicial / coordinador Daniel Antonio García Huerta ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

1 recurso en línea (xiii, 449 páginas ; 23 cm.). -- (Igualdad)

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: La ética de la igualdad frente a la discriminación / María Inés Pazos -- Sobre discriminación y desigualdad económica / Diana Beatriz González Carvallo -- Un "enfoque trifurcado" hacia la(s) desigualdad(es) desde el derecho : la igualdad formal, la sustantiva y la socio-económica / José Luis Caballero Ochoa, José Ricardo Robles Zamarripa -- Una mirada comparada a la discriminación indirecta : consensos, divergencias y desafíos / Silvia Serrano Guzmán -- La interseccionalidad como concepto, su origen y potencial / Karla Pérez Portilla -- Discriminación en el ámbito público y las relaciones entre particulares / Pilar Betrián Cerdán -- Igualdad y acciones afirmativas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México / Roberto P. Saba -- Desigualdad estructural en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México / Roberto P. Saba -- Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Ricardo Latapie Aldana -- Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos / Sandra Serrano -- Formas de reparar la discriminación normativa / Markus González Beilfuss

ISBN 978-607-552-345-3

1. Derecho a la igualdad – Normas constitucionales – Legislación – Instrumentos internacionales – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Decisiones judiciales – Jurisprudencia – Análisis 3. Derecho a la no discriminación – Ética de los derechos 4. Desigualdad social – Pobreza 5. Acciones afirmativas 6. Sistema interamericano de protección de los Derechos humanos – Igualdad ante la ley 7. Reparación del daño I. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de presentación II. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales LC KGF3008

Primera edición: noviembre de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Igualdad

CONSTRUIR LA IGUALDAD

Reflexiones en clave judicial



Daniel Antonio García Huerta
Coordinador



SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	IX
Ministro Arturo Zaldívar	
 CAPÍTULO 1	
La ética de la igualdad frente a la discriminación	1
María Inés Pazos	
 CAPÍTULO 2	
Sobre discriminación y desigualdad económica	57
Diana Beatriz González Carvallo	
 CAPÍTULO 3	
Un «enfoque trifurcado» hacia la(s) desigualdad(es) desde el derecho. La igualdad formal, la sustantiva y la socio-económica.....	95
José Luis Caballero Ochoa	
José Ricardo Robles Zamarripa	

CAPÍTULO 4

Una mirada comparada a la discriminación indirecta: consensos, divergencias y desafíos	139
---	------------

Silvia Serrano Guzmán

CAPÍTULO 5

La interseccionalidad como concepto, su origen y potencial	187
---	------------

Karla Pérez Portilla

CAPÍTULO 6

Discriminación en el ámbito público y las relaciones entre particulares	241
--	------------

Pilar Betrián Cerdán

CAPÍTULO 7

Igualdad y acciones afirmativas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	273
---	------------

Roberto Saba

CAPÍTULO 8

Desigualdad estructural en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	305
---	------------

Roberto Saba

CAPÍTULO 9

Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Supre- ma Corte de Justicia de la Nación	331
---	------------

Ricardo Latapie Aldana

CAPÍTULO 10

Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	387
---	------------

Sandra Serrano

CAPÍTULO 11

Formas de reparar la discriminación normativa 425

Markus González Beilfuss

Presentación

La idea de que todas las personas somos iguales en dignidad y derechos es uno de los cimientos de nuestra democracia. Pero no basta con reconocer este principio. Debemos identificar los patrones sociales y culturales que mantienen olvidados y marginados a muchos, y adoptar medidas contundentes para remover los obstáculos que nos impiden alcanzar la igualdad sustantiva. El derecho a la igualdad que nuestra Constitución consagra no será una realidad mientras persistan las estructuras que privilegian a algunos y desvalorizan a otros.

El cumplimiento de este mandato exige un compromiso particular con la interpretación y la aplicación de la ley. Fundamentalmente, exige impartir una justicia sensible a la discriminación estructural: una justicia igualitaria. En ese sentido, la Suprema Corte ha enfocado su jurisprudencia en desarrollar metodologías y conceptos capaces de identificar y remediar las dinámicas mediante las cuales se reproduce la desigualdad. A lo largo de numerosas sentencias que abarcan una gran diversidad de problemáticas asociadas a la desigualdad y la discriminación, la doctrina de la Corte ha transformado la manera de entender y defender la igualdad sustantiva.

Construir la igualdad: reflexiones en clave judicial, fruto del compromiso del Centro de Estudios Constitucionales con revitalizar el estudio del derecho a la igualdad y no discriminación, es una obra indispensable para entender y debatir esa doctrina. Como su título indica, las decisiones de la Corte han sentado las bases de un auténtico derecho antidiscriminatorio en México. Por ello, este libro será de gran utilidad para estudiantes, practicantes y operadores judiciales.

En primer lugar, el texto retoma algunas de las discusiones teóricas más relevantes alrededor del derecho a la igualdad y no discriminación. Así, una primera sección de la obra incluye discusiones sobre las diversas formas de entender la igualdad y la discriminación. Un segundo grupo de aportaciones reflexiona sobre algunos de los conceptos más relevante del derecho antidiscriminatorio como la discriminación indirecta, la interseccionalidad, la desigualdad estructural, las acciones afirmativas y la discriminación entre particulares. Entender estos conceptos es el primer paso hacia un derecho más sensible a las relaciones de opresión que permean nuestra sociedad. Cabe destacar que, aunque muchas de estas aportaciones retoman y desarrollan métodos y conceptos, los autores y autoras hacen referencia al desarrollo que la Corte ha dado a estas figuras.

En segundo lugar, otro grupo de aportaciones retoma elementos del derecho antidiscriminatorio relacionados con la práctica judicial. Así, los lectores encontrarán contribuciones encaminadas a explicar y reflexionar las metodologías de adjudicación que la Corte ha desarrollado para resolver casos de discriminación, o las distintas formas en las que se puede remediar este fenómeno. Asimismo, encontrarán una reflexión sobre el desarrollo que ha tenido el derecho a la igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Estos textos, sin duda, promoverán que la práctica de la Corte permee en nuestro sistema jurídico, pero también invitan a discutirla con el fin de mejorarla.

Construir la igualdad: reflexiones en clave judicial permitirá al lector familiarizarse con las discusiones que se han dado alrededor del derecho a la

igualdad y no discriminación en clave judicial. Al mismo tiempo, detonará preguntas novedosas y apasionantes sobre las discusiones pendientes.

La construcción de un auténtico derecho antidiscriminatorio —instrumento indispensable para alcanzar la igualdad— solo puede ocurrir en un contexto de diálogo abierto, crítico y reflexivo entre la judicatura, la academia, la sociedad civil y los organismos nacionales e internacionales en la materia. Esta obra nos convoca a ese diálogo: un diálogo en el que la justicia pase de ser el privilegio de unos pocos a la realidad de todas y todos.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

CAPÍTULO 1

La ética de la igualdad frente a la discriminación

María Inés Pazos*

* Doctora en Filosofía de la Ciencia. Investigadora de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

SUMARIO: I. Introducción. 1. Un concepto de discriminación. 2. La dignidad como núcleo de la igualdad moral. 3. Discriminación y dignidad. 4. Derechos negativos y el libertarismo de Nozick. 5. El daño por omisión. Derechos positivos y la obligación de ayudar. 6. Concepciones agregativas con derechos positivos. 7. El principio de distribución igualitaria. 8. La teoría del bien. ¿Igualdad de qué? 9. Igualdad de bienestar y discriminación. 10. Igualdad material de oportunidades y discriminación. 11. Conclusiones.

I. Introducción

Cualquier propuesta acerca de los conceptos de igualdad y discriminación normativos supone una teoría moral. El primer concepto, el de *igualdad* entendido moralmente, tiene al menos dos sentidos básicos. En primer lugar, puede entenderse como una situación o arreglo social que establece las bases de la distribución correcta de cargas y beneficios sociales, en cuyo caso presupone una teoría moral de la *igualdad social*. En segundo lugar, puede verse como una propiedad moral de los individuos, como en el lema "todos los seres humanos son iguales", esa propiedad se asume que es la *dignidad humana*; en este caso también presupone una teoría moral que ordena el trato igualitario a los poseedores de esa propiedad. Los sentidos están relacionados y pueden especificarse de modos muy diferentes, conforme distintas concepciones morales.

Por su parte, el segundo concepto, el de *discriminación* en un sentido moral, vinculado a la *obligación moral de no discriminar*, sea a individuos o a grupos sociales, es abordado también de distintos modos, que son

maneras de justificar esa obligación en el derecho moral a la no discriminación. La mayoría de las teorías de la discriminación puede analizarse como apoyada en una o ambas de las dos nociones morales anteriores: el derecho a la igualdad social y la dignidad. Hay, además, propuestas que es difícil clasificar de esa manera, como las teorías del daño (Arneson, 2018), o imposible hacerlo, como las de la virtud (García, 2018). Tanto la igualdad como la discriminación suponen una teoría moral y, por supuesto, sólo una; un mismo individuo no puede sostener dos teorías morales diferentes, a la vez, sin contradicción. Por eso es necesario una teoría unificada de ambos conceptos.

El objetivo de este artículo es poner de manifiesto los vínculos conceptuales entre concepciones morales y los conceptos de igualdad y discriminación normativos. En el análisis presentaré sucintamente algunas concepciones de la igualdad asociadas a teorías morales y elucidaré el concepto de discriminación incorrecta precisando vínculos teóricos con esas propuestas. Limitaré el estudio a un subconjunto de teorías morales y políticas,¹ en particular, a propuestas liberales contemporáneas, que implican concepciones sobre la igualdad.

La elucidación de las relaciones entre los conceptos de igualdad y discriminación, por un lado, y teorías morales, por el otro, pone de manifiesto que las políticas y medidas que un sistema político está justificado a implementar dependen de presupuestos morales específicos. Por ejemplo, una moral (y política) libertaria difícilmente admitirá una interferencia estatal fuerte en la acción privada. Una moral (y política) igualitarista, en cambio, tiene muchas más herramientas conceptuales para promover la igualdad y sancionar la discriminación, adoptar medidas de discriminación inversa, luchar contra la discriminación estructural, etc. Además, diferentes formas de igualitarismo implican tratamientos distintos de la igualdad y la discriminación.

¹ Cuando uso aquí la expresión "teoría política" me refiero a una teoría de la justicia. A esta última la entiendo como una parte de una teoría moral. "Teoría política" no refiere aquí, por tanto, a una teoría descriptiva sino normativa.

Las teorías morales son el fundamento más profundo. Articulan nuestras intuiciones morales acerca de la medida en que somos responsables por nuestros semejantes, por la igualdad social, sobre las funciones y límites del Estado y del gobierno, respecto de si somos igualmente responsables cuando no ayudamos que cuando causamos daño, acerca del valor y la base de la igualdad, de las relaciones entre la igualdad social, los derechos individuales y el ejercicio de la libertad. Sólo aclarando lo más fundamental podemos iluminar el área cada vez más extensa y controvertida de los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

Usaré un concepto de discriminación sin defenderlo. Lo propongo como un marco que deja abierto un elemento clave: la determinación de la incorrección moral de la acción discriminatoria. El concepto general ha de ser combinado con distintas teorías de la igualdad moral y social para originar concepciones completas de la discriminación. Distingo, así, un *concepto* de discriminación de una variedad de *concepciones* de ésta. Las últimas dan un contenido específico y completo al concepto.

No defiendo en este trabajo una concepción específica de la discriminación. El objetivo es mostrar que cualquiera de ellas depende de una teoría moral particular. Aquí no me inclinaré por ninguna.

La estructura del artículo es la siguiente: en la sección 1 doy un concepto de discriminación, marco general que más adelante se vinculará con distintas concepciones de la igualdad. En la sección 2 desarrollo el concepto de dignidad entendiendo a ésta como un metavalor, núcleo de diferentes concepciones de la igualdad. En la sección 3 vinculo el concepto de dignidad con el de discriminación. En las secciones 4 a 10 presento diferentes concepciones liberales de la igualdad, mostrando sus consecuencias principales para la discriminación, así como el modo en que ese alcance difiere según aquéllas. En la sección 11 resumo algunas conclusiones.

1. Un concepto de discriminación

Una acción constituye discriminación incorrecta (inmoral) si y sólo si es un caso de trato diferencial desventajoso de una persona por pertenecer a un grupo o de un grupo y, además, se dan las siguientes dos condiciones 1) es una acción moralmente incorrecta y 2) Se da una o ambas de las dos situaciones siguientes: 2.a) es un trato denigrante o 2.b) se realiza sobre un miembro (o miembros) de un grupo desaventajado o vulnerable.

No desarrollo los conceptos de trato diferencial, desventajoso ni tampoco el de grupo vulnerable o desaventajado. Aunque son nociones importantes, quiero centrarme en la condición 1, la incorrección moral de la acción discriminatoria. La calificación de inmoralidad es clave en el concepto normativo de discriminación. Creo que no hay manera de proporcionar este concepto sin incorporar la inmoralidad como una propiedad adicional, no implícita en otras descriptivas (no normativas) integrantes del concepto. Por otra parte, la mera incorrección moral asociada a desigualdad social no constituye de por sí discriminación. Es la combinación entre los elementos descriptivos listados y la incorrección moral lo que permite la calificación.

Por eso, adelanto de manera no argumentada la definición anterior y dedico el resto del ensayo a desarrollar diferentes concepciones de la igualdad que proporcionarán el elemento de incorrección moral que la complete, lo que origina diferentes concepciones de la discriminación.

Conforme con las condiciones 2.a y 2.b hay dos modos de discriminar: mediante trato denigrante, que ataca la igualdad en dignidad, y mediante la afectación a grupos desaventajados o vulnerables, lo que afecta la igualdad social. La elucidación del concepto de discriminación requiere un tratamiento del concepto de igualdad que explique estas dos maneras de discriminar.

La discriminación, propongo, no es simplemente trato desigual incorrecto. Lo que justifica un concepto de discriminación diferente del de desigualdad

es **la inmoralidad adicional** de la primera. ¿Qué es lo que hace a la discriminación un tipo especialmente malo de tratamiento diferencial incorrecto? ¿Por qué es peor la desigualdad cuando constituye trato denigrante o cuando se actúa sobre miembros de grupos desaventajados?

Respecto del trato denigrante, propongo que la razón es que, habiendo sido ésta la causa principal de la discriminación de grandes grupos sociales a través del tiempo, es probablemente también en la actualidad el factor principal de todos los tipos de desigualdad. El trato denigrante es el que asume que la persona pertenece a un grupo inferior, presuponiendo que la dignidad no es un valor igual de todos. Si se considera a alguien inferior, se negarán probablemente sus derechos, incluso los más fundamentales o se considerará menos importante violarlos. Un caso así ejemplifica un diálogo de la novela de Mark Twain, *Huckleberry Finn*. Tras un accidente, a la pregunta de si hay algún herido un personaje responde: "No. Mató a un negro" y su interlocutora comenta "¡Qué suerte! Porque a veces la gente resulta herida".

Respecto del ejercicio de la acción sobre grupos desaventajados, puede o no ser un caso de negación de igual dignidad, por eso se propone como condición alternativa a la anterior. Asume que es peor tratar peor a individuos de grupos ya desaventajados o vulnerables que a los de otros grupos. Lo es al menos por dos razones, porque se trata de una acción colectiva y, por eso, sus efectos son más severos que los del mero trato desventajoso individual y porque perjudica a los que están peor, lo que ahonda la brecha de la desigualdad social.

Según lo anterior, tratar peor a un blanco, por ser tal, que a un negro, mientras no se considere a todos los blancos inferiores a los negros, puede ser desigualdad pero no constituye discriminación. En cambio, tratar peor a la gente obesa por considerarla inferior sí constituye discriminación, aunque los obesos no constituyan un grupo desaventajado. Por otro lado, tratar peor a las personas con discapacidad no por considerarlos moralmente inferiores sino por mera preferencia constituye discriminación,

aunque el trato no sea denigrante, porque pertenecen a un grupo desaventajado. En suma, tanto si se trata peor a alguien por considerarlo inferior como si se lo trata peor concurriendo una situación previa de desventaja social, o si se dan ambas situaciones a la vez, hay discriminación.

2. La dignidad como núcleo de la igualdad moral

En este trabajo me limitaré a las teorías liberales de la igualdad. Consideraré tres tipos de ellas: el libertarismo, centrándome en el de Robert Nozick, las teorías agregativas, tomando como ejemplo al utilitarismo, y las igualitaristas, entre las que usaré como ejemplo principal la de John Rawls. Son ejemplos paradigmáticos que nos servirán para identificar los vínculos conceptuales entre los enfoques generales y la discriminación normativa. Esas propuestas comparten un principio de igualdad, pero difieren de modo radical en las consecuencias morales que le asignan.

Como dije, propongo que hay dos fuentes de discriminación:² el ataque a la igualdad de dignidad y la afectación a la igualdad social. En esta sección me centro en la primera.

¿En qué sentido "todos somos iguales", idea que está en la base de las concepciones morales y políticas contemporáneas? Se afirma que todos los seres humanos son iguales en humanidad y que compartir esta propiedad conlleva compartir también otra: la de ser iguales, pero ahora en un sentido moral con consecuencias en el ámbito del deber ser. El principio moral involucrado es el siguiente: Todos los seres humanos son moralmente iguales. ¿Qué significa ser moralmente iguales?

La posición más extendida actualmente, que está en la base de los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales y representa el núcleo de la

² En principio, asumo que, si no se da alguna de estas dos, no hay discriminación. Sin embargo, dejo abierta la posibilidad de casos que pudiera no haber considerado.

mayoría de (aunque no todas) las posiciones liberales actuales, se resume en el siguiente principio:

Todos y sólo los seres humanos tienen la misma dignidad y por lo tanto se les debe el mismo respeto y la misma consideración en la asignación de derechos.

Se considera que los seres humanos tienen un valor moral común, el de la dignidad, mientras que la igualdad de consideración en la asignación de derechos es una consecuencia de compartir ese valor. Los derechos pueden ser de tipos tan diversos como libertades, acceso a bienes, salud y educación, derechos políticos, etc. Ellos implican, a su vez, ciertas obligaciones respecto al modo en que los humanos deben ser tratados, tanto por otros humanos como por instituciones como el gobierno. Se asume también que otras entidades (como los animales no humanos, las cosas vivas que no son animales y los objetos no vivos) no tienen obligaciones respecto a los humanos y que sólo los humanos tienen ese valor moral. La última asunción no es aceptada por todos, pero es mayoritaria.

La propiedad de la dignidad que se atribuye a los humanos es únicamente valorativa, no tiene componentes descriptivos. Se distingue de otros conceptos morales como el de honesto o solidario en que estos últimos tienen una parte descriptiva, ser honesto supone, ordinariamente, cosas tales como cumplir las promesas, no mentir y obedecer las normas jurídicas, ser solidario implica hacer cosas por los demás. El concepto de dignidad, en cambio, no incluye ningún elemento de este tipo, es simplemente un valor. Sin embargo, es un principio del razonamiento moral que no se pueden hacer distinciones que no se puedan apoyar en hechos empíricos. El hecho empírico sobre el que se apoya la atribución de dignidad es, simplemente, ser un humano.

Cuando la dignidad se considera exclusiva de los humanos, una ruta para intentar justificarla es preguntarse qué es lo valioso de ser humano. Hacer eso equivale a buscar una base empírica sólida para el valor de la

dignidad. En esa base no hay ningún acuerdo. Hay quienes valoran la racionalidad, la autonomía, la autoconciencia, o propiedades que no tienen los individuos humanos sino los grupos, como poseer una cultura transmisible a la descendencia. En cada caso, es muy difícil justificar por qué tener esa propiedad haría a los seres humanos más valiosos que otros tipos de entidades o acreedores a derechos que no se atribuyen a aquéllas. (Singer, 1995, pp. 21 y ss.)

Los intentos de asociar la dignidad con alguna propiedad empírica resultan infructuosos, cualquier propiedad que se escoja es difícilmente compartida por todos los seres humanos y únicamente por éstos. Adicionalmente, éstas son propiedades que los individuos poseen en grados: unos humanos son más y otros menos racionales, autoconscientes, autónomos, etc. De manera que no se comprende por qué habrían de tener igual dignidad, si la dignidad se basa en esas propiedades y si son ellas las que tienen relevancia moral.

El método biológico del ADN no ayuda porque, evidentemente, tener cierta cadena de ADN en las células no es una propiedad moralmente relevante.

Dejando de lado el problema, se asume de manera usual que el ser humano tiene una dignidad que, con independencia de cualquier propiedad empírica, posee individualmente en igual medida que todos los otros humanos. Se trataría de un valor básico, inanalizable en términos de rasgos empíricos, un hecho moral simple.

Pero si la dignidad es un hecho moral que no se apoya en propiedades empíricas y si además se asume que todos los seres humanos (por poseer esa dignidad) tienen un derecho a igual consideración, ¿qué añade el concepto de dignidad a la idea de que todos los humanos tienen derecho a igual consideración y respeto? Parece que no hay pérdida si lo quitamos. No aporta nada y, además sugiere el viejo mito de que hay algo metafísico (no empírico, en algún sentido "más profundo") en los seres humanos,

que media entre la propiedad empírica de ser un humano y las consecuencias morales de serlo. Si ese es el papel del concepto en el discurso moral, habría que minimizar su importancia. Se trataría de un resabio de viejas ideas religiosas según las cuales existe una esencia humana, el alma, gracias a la cual el ser humano es semejante a Dios y por eso tiene un valor especial: la semejanza con la divinidad y posee una parte divina: el alma.

El concepto de dignidad se mantuvo a través del cambio de un mundo religioso a uno en el que se asume que el discurso moral debe ser laico. No desapareció porque tiene una función social: distinguir a los miembros de la sociedad de los no miembros, identificar a aquellos entre los cuales existen vínculos morales, recortar el conjunto de aquellos que pueden ser fuentes de reclamos válidos. Aún antes de saber qué derechos tiene cada quien, los seres humanos han de verse, según estas ideas, como iguales en cuanto a que todos han de ser considerados por igual a la hora de decidir quiénes tienen derecho a qué. Antes de especificar esos derechos, la dignidad humana asegura que todos y sólo los humanos deben ser considerados.

Aunque históricamente el valor de la dignidad fue atribuido, al menos a partir de los siglos XVII-XVIII, a todos y exclusivamente a los seres humanos, no sólo es conceptualmente posible sino también filosóficamente necesario hacer una distinción entre *tener dignidad moral* y *ser humano*. "Ser humano" significa pertenecer a la especie *homo sapiens*, es una categoría biológica, mientras que la dignidad es una propiedad moral. Vincular a la especie con la propiedad es una decisión moral. Hoy en día la filosofía moral permite el debate sobre ese vínculo. Ya no se admite de manera unánime que todos y sólo los seres humanos tengan dignidad. Para presentar el principio anterior de manera más general haré uso de un concepto de la ética contemporánea, el de *sujeto de derecho*. Un sujeto de derecho es cualquier entidad a la que se atribuyen derechos morales.

Si hemos de presentar el núcleo de las teorías morales actuales de manera inclusiva, tenemos que extender el principio básico de igualdad para evitar el antropocentrismo dogmático. Las teorías que asumen que la dignidad moral es exclusivamente humana constituyen un subconjunto de las que defienden el principio de igualdad extendido. Siguiendo esta estrategia, propongo reescribir el núcleo de las teorías de la igualdad separándolo en dos partes como sigue.

Principio de igual dignidad: Todos los sujetos de derecho tienen la misma dignidad.

Principio de igual consideración: Los que tienen la misma dignidad deben ser igualmente considerados en la atribución de derechos.

Todavía podríamos prescindir del término "dignidad". Es fácil reunir ambos principios en el siguiente: Todos los sujetos de derecho deben ser igualmente considerados en la atribución de derechos. Esto es correcto, pero creo que eliminar el concepto de dignidad nos haría perder el criterio que necesitamos para identificar a los sujetos de derecho. Antes se identificaba (y todavía en la mayoría de los casos se identifica) a los seres humanos con la clase que tiene derechos morales sin buscar, muchas veces, fundamentación para ello. Ahora que la teoría moral está abierta a preguntar cómo debe identificarse esa clase, la de los sujetos de derecho, a veces llamados "personas morales", no podemos prescindir de un criterio valorativo. Ese criterio, oscuro e inasible como parece, es justamente el de dignidad.

Postulo que la dignidad es el valor más básico, un metavalor, uno que implica la obligación de ser tomado en cuenta en la teoría moral. Distintas concepciones morales apoyan el valor de la dignidad en propiedades empíricas diferentes (ser humano, ser sensible, tener racionalidad, autoconciencia, etc.). Somos neutrales ante ellas cuando partimos del concepto general de dignidad.

El valor de ésta conlleva una meta-obligación: la de poner atención a los portadores de tal dignidad, los incluye en el universo del discurso moral como fines en un sentido parecido al kantiano; los vuelve visibles para el moralista, para el individuo que se pregunta qué debe hacer y para el gobierno en su función específica de procurar una sociedad justa, donde la justicia es una función de lo que le ocurre a todos. Postulo que **la dignidad es simplemente la propiedad que comparten los elementos de la referencia de "todos" en el lema "todos somos iguales"**. No permite identificar esa referencia mientras no se complete con una concepción específica de la dignidad apoyada en un criterio empírico de reconocimiento.

El principio de igual dignidad no es incontrovertible. Dista de ser conceptualmente necesario. A diferencia de otras propiedades, como ser jurídicamente menor de edad o tener sistema nervioso, que se tienen o no, la de tener dignidad puede ser gradual. Históricamente, no siempre se ha asumido la igualdad de dignidad. En la antigua Grecia se admitía la desigualdad natural, cada quien era tratado con justicia si se lo hacía conforme con su naturaleza. Quienes tenían naturaleza de esclavos, carecían de la misma dignidad que los libres por naturaleza. Hoy en día puede argumentarse que hay entidades, tal vez los embriones, humanos o no y algunos animales no humanos, que tienen dignidad, aunque menor a la de, digamos, un ser humano adulto. La propuesta no es autocontradictoria: una dignidad gradual es concebible. Por eso el principio de que todo sujeto de derecho tiene idéntica dignidad es sintético. Sin embargo, es aceptado uniformemente por las teorías morales que voy a considerar.

Ahora bien, el acuerdo extendido en cuanto a que los sujetos de derecho son iguales en dignidad nos da sólo un núcleo muy general para las teorías de la igualdad. Cada teoría ha de precisar dos cosas. Respecto del principio de igualdad moral: ¿Quiénes son sujetos de derecho? En otras palabras, ¿quiénes tienen dignidad? Y respecto del principio de igual consideración. ¿Qué significa ser igualmente considerados? En esto difieren enormemente las concepciones morales y políticas.

3. Discriminación y dignidad

El desconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos ha sido, históricamente, la fuente principal de discriminación entre éstos. Aún antes de definir el concepto podemos reconocer que el apartheid en África, las leyes Jim Crow en Estados Unidos, las políticas nazis, la legislación que universalmente limitaba los derechos de la mujer hasta el siglo XIX e incluso el XX fueron ejemplos claros en los que la discriminación se apoyó en un menor reconocimiento de valor moral a clases de seres humanos, aun cuando la filosofía occidental desde hace al menos dos siglos defendía la igualdad humana.

Dado que el principio de igual consideración se apoya en el de dignidad, la violación del primer principio origina naturalmente (aunque no necesariamente) la violación del segundo: la desigual consideración en la asignación de derechos. La violación sistemática y extendida del principio de dignidad causó un tratamiento desventajoso igualmente sistemático y extendido de grandes grupos de individuos. El último ejemplo que voy a dar aquí es el más extendido y perjudicial de todos, el que sume a millones y millones en el sufrimiento más extremo durante toda su vida, se trata del desconocimiento de la dignidad de los animales sensibles no humanos. Para los que aceptamos los argumentos filosóficos contra el especismo (Singer, 1995, pp. 69 y ss.; Cushing, 2003) es evidente que esa es la forma de discriminación más radical y extendida en la actualidad. No sólo se niega la igual dignidad sino la dignidad a secas.

La importancia del principio de dignidad en el combate de la discriminación es evidente. Sin embargo, el desconocimiento del principio no es necesario para ella. Hay casos de discriminación en los que no se desconoce la dignidad. Si alguien atribuye alguna propiedad empírica a un grupo social, por ejemplo, cree que los hombres tienen una mayor capacidad para el razonamiento formal que las mujeres, aunque no asume por ello que sean moralmente menos valiosas las últimas, tal vez niegue un puesto de profesora de matemáticas a una candidata y, en cambio,

contrate a un hombre con la misma capacidad. Es un caso típico de discriminación por género, pero no involucra negación de igual dignidad, la capacidad de razonamiento formal no es una propiedad empírica asociada normalmente a la dignidad, al igual que ocurre con los dotes artísticos, el talento deportivo o la falta de ellos. Las creencias, erróneas o no, acerca de propiedades fácticas de grupos pueden conducir a discriminar sin que la dignidad humana participe en la acción discriminatoria para nada.

En aquellos casos en que no hay trato denigrante, el trato desventajoso incorrecto constituye discriminación cuando ocurre sobre miembros de grupos desaventajados o vulnerables, es decir, se da la modalidad alternativa (condición 2.b) incluida en la definición y explicada en la sección 1, afectándose el valor de la igualdad social.

4. Derechos negativos y el libertarismo de Nozick

Usted es el conductor de un tren. Ve en la vía, frente a usted, a tres trabajadores ferroviarios, los va a atropellar, no tienen tiempo de salir de la vía antes de que el tren los alcance ni usted tiene tiempo de frenarlo. Entonces nota que hay un desvío, está a tiempo de tomarlo, pero en él opera también un trabajador. Se pregunta si debe seguir derecho y matar a tres personas o desviarse y matar sólo a una. Si no hace nada mueren tres, pero si toma el desvío muere una. ¿Qué curso de acción elegiría? La mayoría de los que expongo a este dilema escoge desviarse. El argumento que dan es más o menos como sigue: "Es menos malo matar a una persona que matar a tres. Como de cualquier modo no tengo la opción de no matar a nadie, debo escoger la acción menos mala, que es desviarse y matar a uno". Pero algunos deciden no desviarse. La justificación: "Si no hago nada no mato a nadie. El tren los mata, no yo. Aunque sería lo ideal salvarlos, no me es posible hacerlo sin matar a otra persona. Como matar a alguien es peor que no salvar, entonces no debo salvar a esas tres personas."

Para la respuesta mayoritaria lo que importa son las consecuencias de lo que uno haga u omita. Para la minoritaria no salvar no es lo mismo que matar porque omitir no es lo mismo que actuar y sus consecuencias no se pueden considerar en un pie de igualdad. Si exageramos la respuesta y la extendemos a una posición general respecto de nuestras obligaciones hacia los otros, el principio que surge es: Tenemos obligación de no dañar a otros (es la obligación básica general, correlativa del derecho fundamental a la libertad que el liberalismo reconoce a cualquier individuo), pero no tenemos la obligación de salvarlos cuando estén en peligro. La inacción (lo que no existe) no causa, sólo las acciones pueden considerarse causales y, por tanto, omitir no puede causar daño. Hay ocasiones, eso sí, en que hay obligaciones especiales de actuar (por ejemplo, cuando hay un compromiso voluntario previo), pero no hay un deber general de ayudar a otros.

La última posición representa el ideal de libertad avalado por posiciones libertarias, defendido con fuerza, por ejemplo, por el liberalismo conservador de Robert Nozick (Nozick, 1974). El libertarismo de distintos tipos propone un Estado mínimo, lo menos invasivo e interventor posible. Me centraré en el de Nozick. Aquí, el reconocimiento de los peligros para los derechos individuales que representa el Estado es la motivación principal. Al mismo tiempo, se libera a los sujetos de posibles obligaciones con otros seres humanos (excepto cuando se hayan asumido voluntariamente). Por así decirlo, no pueden llegarle a uno obligaciones no elegidas de hacer algo.

Los derechos son correlativos de las obligaciones. Como las únicas obligaciones originarias que hay son de no dañar, se dice que sólo hay derechos negativos. Los derechos negativos son derechos a no ser dañados por medio de acciones. En el libertarismo no hay derechos generales a la asistencia de otros, es decir derechos positivos.

La realidad puede ser igualitaria o no, en el sentido de que unos estén mejor situados que otros, tengan más dinero, capacidades, suerte, pero, según este enfoque, no es nuestra responsabilidad reparar la desigualdad.

La situación desventajosa en la que están las personas a las que no ayudamos no es causada por nosotros (no les hicimos nada). La idea de que no hay que reparar el mal que no hicimos es atractiva. Sería una responsabilidad enorme y muy difícil de sobrellevar la de tener que ayudar a todo aquel que lo necesitara. Puede ser loable ayudar a los menos aventajados, pero, según estas ideas, hacerlo no es obligatorio sino opcional, un ejercicio de la libertad.

Las consecuencias para una teoría moral de aceptar sólo derechos negativos son dramáticas para la *igualdad social*, *la evaluación de acciones particulares u oficiales* y *la concepción de discriminación*.

En cuanto a la *igualdad social*, al no existir obligaciones de los individuos de ayudar a otros a obtener una posición social mejor (excepto que se hubiera contribuido activamente a empeorar esa situación), ni el Estado ni nadie está autorizado a exigir esa ayuda. La igual libertad se entiende como la libertad de acción más extensa posible, sólo limitada por el daño activo a terceros. En este enfoque el Estado no puede justificadamente redistribuir bienes y recursos sociales. Los impuestos sólo está permitido emplearlos para mantener el Estado mínimo necesario para garantizar la protección de todos contra la violencia y evitar que se infrinjan obligaciones voluntariamente contraídas; pero el gobierno no puede justificadamente tomar una parte de las ganancias de nadie para mejorar la situación de los demás. Esto es así porque sólo puede estar autorizado a tomar lo que haya obligación de entregar y, según la hipótesis que analizamos, nadie tiene obligación de dar parte de sus bienes por el mero hecho de que otro los necesite. La redistribución sería ilegítima por violar derechos individuales: a la propiedad si se toman las ganancias de quien hizo dinero con su trabajo; a la libertad misma porque al gravar las ganancias de la gente se la está privando del fruto de su trabajo: esto está a la par con (o incluso es una forma de) el trabajo forzado (Nozick, 1974, p. 170). Según él, forzar a alguien a contribuir al bienestar de otros viola sus derechos, mientras que no proporcionar a otro lo que necesita no viola sus derechos (Nozick, 1974, p. 42).

Si nos tomamos en serio la tesis de que sólo hay derechos negativos, entonces los beneficios sociales que estamos acostumbrados a ver como obligaciones del Estado y que procuran nivelar a la población en distintas áreas (salud, educación, vivienda, etc.) serían imposibles de subvencionar, porque el Estado carecería de legitimidad para obtener los recursos por la fuerza (por ejemplo, mediante impuestos). Así, las diferencias sociales en salud, educación, poder o nivel económico no serían, en esta teoría, incorrectas ni corregirlas sería función del gobierno. La conclusión que obtenemos en este punto respecto de la acción del gobierno es que sería incorrecta cualquier medida que promoviera la igualdad social tomando recursos de la sociedad para ello.

Respecto de la *corrección de acciones individuales*, al no haber obligación general de ayudar, entonces en un plano individual nadie está obligado a realizar acciones solidarias. Que la sociedad sea desigual es un hecho que no escogimos y por ello algo que puede desagradarnos pero que no nos obliga moralmente. Cada quien es libre, en este enfoque, de ayudar a quienes quiera, de desarrollar su propio plan de vida en el que puede incluirse o no la solidaridad, se trata de una cuestión de elección personal, no de un asunto moral.

Así, una acción que no ayuda a otro a mejorar su posición social no es moralmente incorrecta. Si un empresario no contrata a una mujer por ser mujer, no le está haciendo daño, aunque esa acción sea desventajosa para ella en el sentido de que, comparativamente, queda en situación peor que el que sí es contratado. No le está haciendo daño porque no le hace nada a la mujer, ni siquiera la contrata, lo que hace es contratar a otro. No contratar no es una acción, es una omisión y por lo tanto no es moralmente incorrecta. La inexistencia de derechos positivos implica que las omisiones no son, en general, incorrectas.

Del mismo modo, la ausencia de una obligación general de ayudar alcanza al sector público. Un Estado que tomara recursos de los económicamente mejor situados para redirigirlos hacia sectores menos aventajados violaría

el derecho de los más aventajados a no ayudar. Cargar con impuestos a una parte de la población para, por ejemplo, mejorar la salud o educación de otra, equivaldría a violar derechos de la primera parte, a dañarlos en su propiedad (quitarles su dinero) y en su autonomía (sus decisiones acerca de cómo usar su dinero). Cualquier medida que involucrara poner a unos individuos al servicio de otros contra su voluntad sería ilegítima. El libertarismo rechaza la idea de un Estado de bienestar y los derechos sociales. Amplía la autonomía en un sentido formal al reducir el ámbito de la acción estatal, pero permite los efectos de las condiciones de desigualdad económica, social, etc., que menoscaban la posibilidad fáctica de escoger y desarrollar planes de vida.

Los efectos respecto del alcance del concepto de discriminación son profundos. Recordemos que, según nuestra definición, la discriminación consiste en el tratamiento diferencial, desventajoso e incorrecto de alguien por pertenecer a un grupo desaventajado o vulnerable. Un acto discriminatorio es necesariamente uno incorrecto. Pero hay situaciones usualmente consideradas casos de discriminación que no son, en el libertarismo, moralmente incorrectas.

Podemos distinguir en el libertarismo violaciones a la dignidad y a la igualdad social y, correlativamente, dos tipos no excluyentes de discriminación. La primera deriva del núcleo común del liberalismo, el reconocimiento de la igualdad de dignidad. La segunda del principio de igual consideración que aquí se entiende como igualdad en libertad individual. Como la libertad sólo se considera limitada por el daño activo a otros, ambos principios, el de dignidad y el de igualdad, sólo pueden violarse mediante acciones.

Comencemos con las acciones particulares. Imaginemos que un comerciante necesita contratar a una persona para trabajar en la caja. Se presentan un hombre de 60 años, una mujer de 32 con una cicatriz en la frente y una muchacha de 21. El comerciante considera que atraerá más clientes contratar a una joven "de buena presencia" y elige a la última sin más.

Aprovecha también que a él mismo le complacerá tener cerca a una chica que le parece bonita. ¿Hizo algo malo? Contrató a una postulante. A los demás no les hizo nada. Tomó una decisión que fue la que le pareció más acorde con sus intereses personales, incluyendo sus gustos y el interés del negocio. Se ocupó de su propio plan de vida. Para él, la situación del hombre de 60 años y de la mujer de 30 no son asunto suyo. ¿Deberían serlo? En el libertarismo estilo Nozick no.

Este tipo de argumento se extiende a instituciones privadas como sociedades comerciales. Pensemos en el propietario de una escuela privada. ¿Puede decidir excluir a los musulmanes o a los judíos? ¿Puede negar el ingreso a las personas con tatuajes visibles o a los que lleven el cabello largo? ¿Puede otorgar beneficios de cualquier tipo a los blancos, a sus parientes o a sus amigos? Algunas de estas formas de trato diferencial nos parecen discriminatorias, otras no, pero sí injustas. Desde una ética al estilo Nozick no serían ni lo uno ni lo otro, porque cada quien es dueño de su vida y puede elegir cómo lleva adelante sus negocios tanto como sus asuntos personales. Así como no es discriminatorio escoger una pareja heterosexual si uno lo desea, tampoco lo es preferir empleados heterosexuales en el negocio propio.

¿Qué acciones privadas sí serían discriminatorias? Cualquiera (de un individuo o institución) que además de cumplir los demás elementos requeridos por el concepto de discriminación sea una *acción de dañar* de modo diferencial. Por ejemplo, si una persona golpea a un negro porque es negro de un modo que no haría con un blanco está discriminando. La violencia de género es un tipo de acción discriminatoria que sí sería admitida en este enfoque: implica un acto dañino de trato diferencial sobre una persona por pertenecer al grupo vulnerable y desaventajado de las mujeres. La violencia doméstica contra mujeres y niños o los ataques homofóbicos también quedan incluidos. La violencia selectiva contra los hombres, los heterosexuales o los blancos sería injusta pero no discriminatoria.

Consideremos ahora la acción pública. ¿Cómo es legítimo que el Estado promueva la no discriminación? Las principales formas son: a) dictar leyes y tomar medidas de política pública que no hagan distinciones arbitrarias, b) la discriminación inversa (acción afirmativa), y c) la penalización de la discriminación hecha por los particulares y cualquier institución. Veamos cada una de ellas.

La forma a) equivale a que la misma ley no puede dar trato diferencial desventajoso incorrecto a grupos vulnerables, por ejemplo, no puede disponer que los blancos, pero no los morenos y los negros asistan a escuelas públicas. Usar distinciones de este tipo violaría la igual dignidad que el libertarismo comparte con todo el liberalismo. Las leyes tienen que ser, así, formalmente igualitarias. Lo mismo ocurre con otras medidas estatales.

Las formas b) y c) de promover la no discriminación se ven seriamente limitadas por una ética y filosofía política libertarias como la que estamos considerando. En el caso de la discriminación inversa, ésta se justifica usualmente como herramienta para promover la igualdad *ayudando* a los grupos desaventajados (por ejemplo, bajando el puntaje de ingreso a universidades para ciertos grupos u obligando a la contratación de un porcentaje de personas con discapacidad en las empresas, públicas o privadas). Pero si no existe obligación de ayudar, obligar a particulares a contratar empleados que no desean es violar su derecho a no ayudar, su libertad de ejercer el comercio o decidir sobre su vida privada. Obligar a empresas públicas es un caso menos claro, cuando la empresa pública no transfiriera a los individuos una carga, parece que no habría problema de violación de derechos. Pero aun así, si no hay obligación de ayudar, no la tiene tampoco el Estado, ni siquiera en los casos en que esa obligación no importa cargas para nadie. Con las cuotas de ingreso a universidades pueden darse argumentos similares: en el libertarismo se asume que, en situación de competencia, no hay justificación para ayudar a los que, por la razón que sea, están en desventaja. Si son escuelas privadas, se interpone además el derecho de los propietarios de la escuela a llevar a cabo sus negocios como deseen.

Finalmente, respecto de c), la prohibición de la discriminación, es claro que el Estado puede hacerlo. Pero lo que es discriminación está restringido porque lo que es moralmente condenable se limita a las acciones. Así, negar un empleo no puede prohibirse, aunque constituya un trato desigual desventajoso, porque no contratar es una omisión.

Respecto de la violación del principio de igual dignidad, éste es violado por el Estado, cuando hace distinciones en leyes y políticas públicas que presuponen inferioridad de unos grupos sobre otros, por cualquier institución que opera con reglas o medidas de ese tipo y también por particulares que mediante acciones manifiesten desprecio por individuos debido a su pertenencia a grupos.

Ejemplos: leyes que reconozcan distintos derechos a negros y blancos, mujeres y hombres o en razón de clase social o cualquier otra propiedad moralmente arbitraria; políticas públicas que hagan distinciones del mismo tipo; escuelas públicas o privadas que nieguen la inscripción a ciertos grupos. Aunque no inscribir a alguien en la escuela es una omisión, la acción de negar esa inscripción puede constituir una manifestación activa de desprecio.

En el ámbito privado, algunas formas típicas de esta clase de discriminación son negar o impedir a negros, indígenas, homosexuales o mujeres ingresar a una disco, bar, restaurante, supermercado, etc.

En conclusión, respecto de acciones privadas o del gobierno el rango del concepto de discriminación queda limitado por el de incorrección moral. Al quedar restringida la incorrección a acciones, la discriminación sólo se puede predicar de éstas y no de omisiones, lo que estrecha el concepto de manera dramática.

El tratamiento de la igualdad en el enfoque libertario es como sigue. Todos somos libres e iguales. La igual dignidad implica que todos poseemos el derecho básico e igual a la libertad. Ésta tiene el límite del

daño a otros. Es protegida por medio de derechos negativos: nadie tiene derecho a dañar a otros mediante acciones violentas u omitiendo cumplir compromisos voluntariamente contraídos.

El hecho de que lo que uno quiere hacer pueda verse limitado no por acciones ajenas sino por otras contingencias sociales o naturales no se ve como una falta de libertad. La libertad no es falta de opciones sino falta de coacción. Así entendidos los conceptos, la igual dignidad es respetada y la igualdad consiste en lo que hoy en día se denomina "igualdad formal de oportunidades".

5. El daño por omisión. Derechos positivos y la obligación de ayudar

Recordemos ahora a los que, enfrentados al dilema del conductor de tren, respondieron que el conductor debía desviarse, mover activamente la palanca y atropellar a un trabajador inocente, matándolo. Estas personas asumieron que tanto seguir derecho sin hacer nada como desviarse eran conductas y que debían evaluarse por sus consecuencias: la muerte de tres o la muerte de uno. No voy a considerar aquí si matar a uno es menos malo que matar a tres. Lo que quiero enfatizar es que no hacer algo puede ser causa de un resultado en el sentido de ser una condición que en el contexto es suficiente para que algo ocurra, o al menos lo hace muy probable. Si conscientemente se prevén las consecuencias de hacer y de no hacer algo y se decide no hacerlo, las consecuencias de la omisión pueden ser atribuibles tanto como lo hubieran sido las de la acción si se la hubiese llevado a cabo. Que las omisiones son causales es aceptado sin objeciones cuando hay un deber especial de cuidado (la madre que debe alimentar al bebé, el guardavidas contratado para velar por la seguridad en la playa), pero no en general. Nótese sin embargo que la concurrencia o ausencia de un deber especial no puede afectar la causalidad, al menos no si se la analiza en términos físicos. Si el salvavidas no entra al mar a rescatar al niño que se llevó la corriente, entonces que el niño se ahogue es efecto de su manera de proceder o no lo es, independientemente de si

tenía o no obligación de salvarlo. Que el derecho atribuya responsabilidad cuando existe la obligación especial no modifica la cadena causal, lo que hace es atribuirle efectos jurídicos diferentes. La falta de sanción no implica falta de causalidad, simplemente implica falta de atribución de responsabilidad jurídica.

Lo mismo ocurre en teoría moral, que yo no dé alimentos al mendigo que a diario extiende su mano en la intersección en que tomo el transporte es causa de que muera de hambre, en el contexto de que necesita alimentos y si yo lo alimentara no moriría de inanición. Que los niños de las familias pobres del Estado de México no aprendan a leer es consecuencia de que la población de México no los haya ayudado en el contexto de que, si el Gobierno del Estado de México hubiera recaudado y destinado recursos a construir y mantener escuelas primarias en su jurisdicción, esos niños no serían analfabetas. La desigualdad social, así, puede ser vista como un efecto de la conducta omisiva de la sociedad y, *a fortiori*, de todos aquellos individuos que, pudiendo contribuir a reducir esa desigualdad, no lo hacen.

Si asumimos que las omisiones son causales, entonces no sólo se puede causar daño por medio de acciones sino también de omisiones (Singer, 1975, pp. 276 y ss.) (Nino, 1989, pp. 317 y ss.)

La consecuencia inmediata de equiparar causalmente omisiones con acciones es que se origina un deber general de ayudar (Singer, 1975, pp. 285 y ss.; Singer, 2002). Dada la obligación general de no dañar que asumen normalmente las teorías éticas, cada vez que una omisión causara algún daño debe actuarse. Es intuitivo considerar que una omisión causa daño siempre que la intervención activa correspondiente evitaría un mal. Piénsese en todas las ocasiones en que podríamos evitar que otros pasaran hambre, soledad, los enfermos que podríamos asistir, etc., simplemente enviando dinero o incluso ocupándonos directamente de la asistencia.

La tesis de que hay deberes morales de ayudar está atada en el terreno político a la de la existencia de derechos positivos (Gewirth, 2002; Garzón Valdés, 2000; Fredman, 2009). Tener un derecho positivo es tener el derecho a que se le proporcionen a uno ciertas ventajas, beneficios o bienes (salud, educación, vivienda, empleo) de manera activa. Aunque estos derechos son por lo general asumidos como obligaciones correlativas del gobierno, estas obligaciones sólo pueden existir si hay al mismo tiempo obligaciones de los individuos de quienes éste necesita tomar recursos para redirigirlos a la satisfacción de esos derechos. Los derechos positivos son así el correlato de obligaciones de los individuos de ayudar activamente.

Por otra parte, este deber de ayudar corre riesgo de ocupar toda nuestra vida. Es fácil ver que las omisiones son ubicuas (constantemente estamos omitiendo todo lo que podríamos hacer, pero no hacemos). Parece que el daño que hacemos por medio de omisiones es enorme. Incluso si tomamos en cuenta sólo las omisiones conscientes, una vez que ponemos atención a los efectos de nuestras omisiones, nuestras obligaciones morales parecen expandirse enormemente, amenazando nuestra libertad. Si cada vez que no hacemos algo por otro a quien sabemos que podemos ayudar lo estamos dañando, entonces no dañar a otros requeriría dedicar toda nuestra vida al servicio de los demás.

Equiparar a las omisiones con las acciones tiende a borrar la distinción entre dañar y no beneficiar, porque toda omisión de beneficiar causa daño en el sentido de que si no se hubiese omitido (i.e. si hubiera actuado) habría existido un beneficio, por ejemplo, el de sobrevivir en el caso del ahogado que se omitió salvar, pero también el de disfrutar de algún lujo muy caro, cuando cualquiera, incluso un desconocido, pudiera beneficiarse de que yo se lo otorgara. No parece que deba comprarle un Rolex a un extraño cada vez que éste lo desee y yo pueda pagarlo. Puede intentarse una distinción entre no evitar un mal y no producir un bien (en ambos casos tanto por acción como por omisión): el daño consistiría en no evitar un mal (omisión de salvar al ahogado) y no en no producir

un bien (negarse a donar toda nuestra fortuna a la beneficencia o a regalarle un Rolex al extraño que lo desea). Pero esta distinción es poco plausible por dos razones: primero, la distinción no es clara en ejemplos ordinarios, ¿Dar de comer al hambriento es hacerle un bien o evitarle un mal? ¿Darle trabajo al desempleado es hacer un bien o evitar un mal? ¿Y contratarlo por un sueldo muy bajo es hacerle el bien activo de contratarlo o el mal pasivo de no pagarle más? ¿Facilitarle medicinas a un enfermo es hacerle un bien o evitarle un mal? En segundo lugar, la distinción no parece útil para diferenciar los casos en que hay obligación de los que no. Normalmente no creemos tener menos obligación de hacer el bien que de evitar el mal: intuitivamente tenemos obligación de procurar que los niños pobres reciban educación (hacer el bien), pero no la de transferirle todos nuestros ahorros a un amigo para evitar que pierda el automóvil Ferrari último modelo que compró impulsivamente y no pudo terminar de pagar. Otro criterio para distinguir acciones y omisiones debidas de optativas podría ser la diferenciación entre necesidades y meros deseos. Sólo cuando algo fuera una necesidad tendríamos las obligaciones de actuar u omitir en su favor. Pero éste claramente no selecciona el conjunto adecuado de omisiones prohibidas (acciones debidas), porque, si bien limita las acciones debidas a las que satisfacen necesidades (ya no es obligatorio entregar el Rolex o ayudarle al amigo a no perder su Ferrari), tiene la consecuencia de que, por estar equiparadas moralmente acciones y omisiones, las acciones que privaran de algo no necesario tampoco serían debidas. El robo sólo sería inmoral cuando se ejecutara sobre bienes imprescindibles. Apoderarse de la computadora, el Rolex o el celular de otro no sería normalmente incorrecto.

Es evidente que no todas las acciones que beneficiarían a otro son debidas. Tiene que haber un criterio para identificar nuestras obligaciones. Ese criterio ya no puede ser dado por la diferencia entre acción y omisión o entre no ayudar y dañar.

La admisión de derechos positivos tiene consecuencias dramáticas en la teoría moral y política. Aunque no todo derecho positivo moral es necesariamente un derecho frente al Estado, algunos de esos derechos pueden

serlo. El alcance de la intervención estatal justificada también se extiende. El Estado justificado crecerá conforme aumenten sus obligaciones de actuar correlativas a los derechos positivos que tenga por función satisfacer. Para satisfacer esas obligaciones, podrá tomar recursos de aquellos que tengamos obligación de ayudar a satisfacer esos derechos.

Si no siempre tenemos la obligación de beneficiar, debemos preguntarnos en qué casos o bajo qué condiciones existen obligaciones con los demás y cuándo esas obligaciones nos obligan frente al Estado. La respuesta a esta pregunta requiere hacer uso de una teoría ética y conduce directamente a una concepción de la igualdad.

Las teorías que admiten derechos positivos pueden clasificarse de diferentes maneras, según si son agregativas o igualitaristas o según si defienden igualdad de bienestar o igualdad de oportunidades. Los nombres no describen más que aproximadamente lo que se incluye en cada grupo, pero servirán de marco para este desarrollo.

Cada uno de los enfoques que consideraremos responde de un modo algo diferente a la pregunta de cuáles son nuestros derechos y nuestras obligaciones morales y políticas. En ellos se asume que nuestra responsabilidad social no se agota en no causar daño activamente sino que es mucho más amplia. Somos responsables por promover el bien en la sociedad, tanto omitiendo activamente dañar como actuando en favor de ese bien.

Las distintas teorías que voy a presentar comparten un principio moral general: todo individuo tiene un derecho igual al bien. Pero ellas difieren o en la concepción del bien o en la de igualdad de derechos a ese bien o en ambas cosas. La manera en que cada una de ellas precisa esos conceptos determina el contenido de la teoría, de manera que cada una puede ser vista como una concepción diferente de la igualdad.

La concepción de qué nos debemos los unos a los otros y qué le debemos al Estado, como instrumento para promover la justicia social, impacta en

el concepto de discriminación, debido a que la incorrección moral es un requisito de ésta. Ya hemos visto que el alcance del concepto de discriminación queda muy limitado si se niegan los derechos positivos. En las próximas secciones nos ocuparemos de cómo distintas propuestas que sí los aceptan extienden y delimitan ese alcance.

6. Concepciones agregativas con derechos positivos

Una concepción ética (o política) es agregativa cuando postula uno o más bienes morales (o sociales) que consisten en alguna propiedad o estado de individuos que puede alcanzarse en diferentes medidas y define lo moralmente bueno (socialmente justo) como la maximización de ese bien o esos bienes, sin referencia alguna a los individuos portadores de esa propiedad o estado. Así, es irrelevante cómo esté distribuido el bien entre esos individuos, quiénes son ellos, etc. Toda teoría agregativa, así definida, es teleológica. Una teoría es teleológica, usando una definición de John Rawls, cuando define el bien con independencia de lo justo y lo justo como lo que maximiza el bien (Rawls, 1971, p. 36, quien a su vez lo toma de Frankena, 1963, p. 13).

Por ejemplo, la teoría utilitarista clásica es una concepción ética y política agregativa porque identifica la bondad moral y social con la maximización de un único bien: la felicidad. El utilitarismo de intereses propone maximizar la satisfacción total de intereses individuales. Todo tipo de Utilitarismo es agregativo. Sin embargo, no debe confundirse la propiedad de ser agregativo del Utilitarismo con la teoría misma. Una teoría moral o política que escoja un bien diferente (por ejemplo, la mejora de la raza aria o la adhesión a una fe religiosa) y busque aumentar ese bien en la sociedad todo cuanto sea posible, sin atender a la distribución de ese bien, es agregativa.

Que una concepción moral postule un determinado tipo de bien (la felicidad, la satisfacción de intereses, la mejora de la raza, etc.) es conceptualmente independiente de que sea agregativa. También es independiente

de que se reconozca a todos una misma dignidad. Por ejemplo, la búsqueda de la perfección de la raza aria no requiere el reconocimiento de igual dignidad (más bien parece negarla), ni siquiera requiere el valor de la dignidad individual.

Las teorías agregativas son consecuencialistas, dado que lo que se valora es la suma de algún bien, las acciones son justas en la medida en que incrementen ese bien o conduzcan a la mayor suma total posible. Como el bien puede alcanzarse tanto por medio de omisiones (por ejemplo, de dañar) como de acciones (por ejemplo, de ayudar), estos enfoques conducen de manera natural a aceptar derechos positivos y la obligación de promover activamente el bien.

Si el bien o la bondad moral consiste exclusivamente en que se aumente la cantidad total de algo, digamos x , en la sociedad (por ejemplo, la felicidad) entonces, no hay mayor o menor bondad moral o justicia en la igualdad en la distribución de x (por ejemplo, no es mejor que las personas sean igualmente felices). Por eso, no sería inmoral en sí mismo que unos tuviesen más x que otros. La teoría de la igualdad tiene que ser distinta, si acaso existe, en un enfoque así. Incluso podría ser el caso de que ese bien x no fuese algo a que las personas tienen derecho (ejemplo, si el bien fuera extender la fe verdadera, incrementar el conocimiento científico o salvar a la especie humana —no a los humanos particulares—de los efectos del cambio climático).

Dado que en este trabajo me ocupó sólo de concepciones liberales, no abordaré para nada teorías agregativas de otro tipo. Tomo el Utilitarismo como ejemplo de teoría agregativa, para analizar las consecuencias de ese carácter en el alcance de la discriminación. Una acción es buena, para un utilitarista clásico como Bentham, 1780 o Mill, 1861, cuando maximiza la felicidad, esto significa que la cantidad neta de felicidad es mayor si se realiza el acto que si se omite. Como el Utilitarismo admite derechos

positivos, las omisiones se evalúan igual que las acciones. El carácter agregativo o maximizador del Utilitarismo es independiente de su concepción del bien (Scheffler, 2003, p. 12).³

En el Utilitarismo clásico los individuos no tienen derecho a cantidades iguales de felicidad. Ni siquiera es mejor aproximarse a esa igualdad. Que un sector de la población tenga menos felicidad no indica discriminación porque la desigualdad no es incorrecta y, por definición, se requiere la inmoralidad de un acto para calificarlo como discriminatorio. Entonces, ¿cuál es el lugar, en teorías agregativas como ésta, de los conceptos de igualdad y discriminación? Es lo que veremos a continuación.

Como los demás liberalismos, el Utilitarismo acepta el principio de igual dignidad. Asume que todos los individuos tienen un mismo valor y son por igual sujetos de los derechos que la dignidad confiere: el derecho a la felicidad. Pero que todos tengan derecho a la felicidad no implica que todos tengan derecho al mismo nivel de felicidad. Esa igualdad significa que todos deben ser considerados a la hora de calcular qué acciones originarán una mayor felicidad neta. Imaginemos una sociedad formada por los individuos o clases de individuos A, B y C. Si cuando se evalúa moralmente la acción (u omisión) *z* para determinar si es mejor realizarla que omitirla no se toman en cuenta los efectos hipotéticos sobre las tres personas o grupos, sino que, digamos, se dejan de lado los beneficios para C o el sufrimiento causado a B, el cálculo es inadecuado porque se está calculando mal la utilidad de esa acción. Si no se toman en cuenta los beneficios para C, el cálculo es incorrecto porque se reconoce a *z* menor valor del que en realidad tiene, mientras que si se omite el daño a B se da a *z* más utilidad de la real. No tomar en cuenta a alguien no implica aumentar su felicidad o satisfacer sus intereses, sino únicamente incorporar al cálculo los beneficios y perjuicios potenciales de la acción respecto de él.

³ Scheffler señala que en el utilitarismo el concepto de utilidad o bienestar (welfare) y el de bienestar individual (well-being) son independientes de su carácter maximizador.

El Utilitarismo tuvo un gran impacto en la igualdad social. Grupos desaventajados como el de las mujeres, los negros o los homosexuales pudieron reclamar su derecho a la felicidad. No se les podía dejar de lado en el cálculo neto de bienestar social. Sin embargo, en él no puede reclamarse un nivel igual de bienestar para todos, sino sólo el carácter de sujeto de derecho, el derecho a ser tomado en cuenta. Pero que alguien sea tomado en cuenta no implica que se satisfagan sus necesidades o intereses. Si hay un recurso disponible para mejorar la situación social de A o B, y todas las cosas consideradas, resulta que hay más felicidad total si el recurso se asigna a A más bien que si se divide entre ambos o se entrega a B, entonces debe asignarse a A. B fue tomado en cuenta, no se cometió ninguna injusticia al no mejorar su situación. Incluso ésta puede haber empeorado.

Así, la discriminación existe siempre que alguien, individuo o grupo, no fue tomado en cuenta en el cálculo, no si no recibió los bienes o recursos que deseaba. El derecho no es a la felicidad individual, sino a que haya felicidad general y a ser feliz en caso de que la felicidad propia sea compatible con el bien general. El individuo puede ser, así, sacrificado por "un bien mayor": más felicidad total. Del mismo modo que un individuo puede compensar un sacrificio actual con un beneficio futuro, y un dolor con un placer, en el nivel social el Utilitarismo permite compensar la infelicidad y el dolor de unos con el bienestar de otros. Por eso sostuvo Rawls (Rawls, 1971, p. 194) que el Utilitarismo no reconoce la separabilidad de las personas.

En este contexto, los individuos y el Estado tienen compromisos sociales. De hecho, se critica al Utilitarismo, en tanto teoría agregativa, que esos compromisos llegan a ser excesivos, porque la obligación de ayudar se puede extender hasta el sacrificio de personas y grupos si así lo exige la maximización del bien. Hay derechos positivos y el Estado está justificado a actuar sobre la sociedad modificando la estructura de la organización social para promover el bien. Pueden defenderse derechos sociales (igual salario por igual tarea, salarios mínimos, subsidios a clases desaventajadas,

medidas de acción afirmativa, etc.) cuando estas medidas contribuyan a la maximización del bien. Pero esas medidas no pueden tomarse en nombre de la igualdad social. Lo que se busca no es la igualdad, ésta no es un valor intrínseco en el Utilitarismo. Sólo puede ser un valor instrumental.

Peter Singer, un utilitarista de intereses, ha argumentado en ese sentido. Usando el principio económico de utilidad marginal decreciente, sostiene que, cuando el principio es aplicable, ciertos bienes son más valiosos y obtenerlos causa mayor satisfacción para los individuos que menos tienen (Singer, 1985, p. 30). Por ejemplo, aumentar 1000 pesos el salario de una persona de bajos recursos incrementa más su bienestar personal que aumentar la misma suma a un rico. Por tanto, el principio mencionado da razones para actuar mejorando la situación de los menos aventajados, lo que promueve la igualdad. Es importante notar que, por un lado, la igualdad aquí no es un valor, sino una consecuencia de promover otro valor: la satisfacción de intereses. Por otra parte, el principio económico sólo es aplicable de modo limitado.

Las consecuencias para el alcance de la discriminación se dan en dos planos: el del metavalor de la dignidad y el de la igualdad social. Entiendo "igualdad social" como la distribución equitativa del bien que la teoría asume.

En el primer plano, el Utilitarismo admite el metavalor de la dignidad: en principio todos tienen el mismo derecho a ser considerados. El principio de imparcialidad propio del razonamiento moral (Singer, 1995, pp. 397 y ss.), o el mismo principio de igual consideración de intereses (Singer, 1995, pp. 12 y ss.)⁴ obliga a esa igualdad de consideración. Además, si un grupo fuera considerado inferior y por ello se les concediera menos derechos a sus individuos, o no se tomara en cuenta para nada su bienestar o su sufrimiento, eso conllevaría una disminución del bien total.

⁴ En una corriente de origen kantiano.

En consecuencia, en el Utilitarismo es condenable la discriminación en la forma de trato denigrante, es decir, la que ataca directamente el meta-valor de la dignidad.

En el plano de la igualdad social el combate a la discriminación no es, desde el punto de vista conceptual, directo. La igual dignidad no implica que un grupo o individuo, como parte de un grupo, pueda reclamar que no accede a la misma cantidad de felicidad que otros grupos. Puede argumentarse, en cambio, que tratar a todo un grupo o a alguien, por pertenecer a un grupo, de manera desventajosa, conlleva, de hecho, una disminución de la felicidad total como consecuencia de la limitación en el acceso a la felicidad del grupo. Este argumento es del tipo *prima facie*, porque si se demostrara que de hecho es más feliz una sociedad segregacionista, entonces al indígena, a la mujer y al homosexual que reclaman sus derechos se les podría contestar: efectivamente, usted tiene el mismo derecho a la felicidad que todos, sin embargo, la sociedad es, todas las cosas consideradas, más feliz si usted no alcanza la felicidad que reclama, de manera que su situación desventajosa no es injusta, no tiene derecho individual a lo que reclama.

En suma, por un lado, el carácter agregativo de una teoría moral no es obstáculo para calificar como discriminatorias acciones que negaran la igualdad en dignidad. Actos o medidas que implicaran desprecio o denigración de clases de individuos son incorrectos en estos enfoques por negar el metavalor y por cancelar o reducir el bienestar (felicidad, satisfacción de intereses) de un sector de la población, con lo que se disminuye la utilidad neta. Por tanto, el tratamiento desventajoso de alguien por pertenecer a un grupo que constituye desprecio o denigración constituye discriminación.

Por otra parte, las acciones que no impliquen la negación de igual dignidad, pero disminuyan la utilidad al desfavorecer a grupos ya desaventajados, también pueden ser combatidos como discriminación, aunque aquí ese carácter es *prima facie*, porque si resultara que esa

desigualdad es compatible con una mayor utilidad neta, las acciones que produjeran la desigualdad no serían incorrectas y, por tanto, tampoco discriminatorias. Recordemos que la incorrección moral es una condición necesaria de la discriminación.

Una teoría como el Utilitarismo está equipada para aceptar leyes antidiscriminatorias que condenen el tratamiento infamante o denigrante de grupos sociales. El fundamento es su defensa del principio de igualdad de dignidad. También puede admitir medidas que obliguen a un tratamiento igualitario en la contratación, el salario, etc., y condenar la discriminación indirecta. Lo que no puede hacer es apoyar conceptualmente esas medidas en la desigualdad social, entendida como desigualdad en la distribución de bienestar.

7. El principio de distribución igualitaria

El igualitarismo no es una teoría, hay una multiplicidad de filósofos morales y políticos que tienen lo que podemos llamar "preocupaciones igualitarias". Ellos valoran la igualdad no sólo en el metanivel de la dignidad, sino que consideran que esa igualdad moral básica conlleva el valor de la igualdad en otro nivel, el de la igualdad social, lo que podemos llamar "igualdad distributiva". La idea general es que hay ciertas distribuciones o asignaciones de recursos, bienes, derechos y cargas sociales que son más igualitarias y, por tanto, más justas que otras. Estas concepciones aceptan derechos positivos, esto es lo que permite multiplicidad de medidas para promover la igualdad desde la acción estatal, bajo el presupuesto de que los individuos, que en última instancia reciben la carga de la redistribución, tienen obligaciones morales con los menos aventajados.

Hay dos puntos a precisar de esta aproximación general. El primero es qué tipo de distribución se considera igualitaria, se necesita un "criterio de igualdad". El segundo es qué es lo que se debe distribuir igualitariamente, a esto último lo llamo "teoría del bien".

Simplificando un poco, defino a una teoría como igualitarista como una que sostiene que un bien o tipo de bien, como podría ser la felicidad, la satisfacción de intereses, las oportunidades de realizar un plan de vida, los recursos para satisfacer intereses o realizar proyectos, etc. es justo que esté distribuido igualitariamente entre los individuos. Esta definición es intencionalmente ambigua porque así reúne variedad de teorías. Creo que lo que tienen en común estas teorías es un criterio de distribución igualitaria mientras que lo que las distingue es la teoría del bien.

La idea general de distribución igualitaria requiere ser precisada por medio de un criterio. ¿Qué significa "distribución igualitaria" de x ? ¿Debe tener todo el mundo la misma cantidad del bien x ? Intuitivamente no. La igualdad fácilmente entra en conflicto con la eficiencia en situaciones en que nos parece incorrecto actuar en favor de la igualdad.

Imaginemos un mundo muy simple en el que hay tres personas o grupos de personas, A, B y C, y nosotros, gobernantes de ese mundo, disponemos de una suma de 8 unidades del bien básico, digamos, felicidad. Esos grupos ya tienen cierto nivel de felicidad: $A=3$, $B=1$ y $C=0$. Para que todos quedaran iguales podríamos darle 1 a A, 3 a B y 4 a C. Hasta aquí parece que la igualdad estricta es tanto posible como deseable. Pero hay límites a lo empíricamente posible. Supongamos que, por causas fuera de nuestro control, C no puede recibir una suma mayor a 2 unidades (por ejemplo, C es un individuo depresivo y no hay modo de distribuir bienes sociales de manera que C alcance la misma cantidad de felicidad que A o B, o C tiene planes de vida que no pueden ser satisfechos más que en cierta medida, lo cual le impide llegar a ser tan feliz como pueden serlo los otros). Si el único valor es el de la igualdad, deberíamos distribuir el bien de modo que nadie tuviera más de 3, que es el máximo que puede alcanzar C. La distribución quedaría así: $A=3$, $B=3$, $C=3$, con un sobrante de 3 no asignados. Un principio de igualdad de este tipo tiene incluso peores consecuencias: si sólo se valora la igualdad, da lo mismo una distribución en que todos tienen 3 que otra en que nadie tiene nada. Un gobierno sin recursos estaría facultado, en las condiciones iniciales

anteriores: $A=3$, $B=1$ y $C=0$ tanto a quitarle todo a A y a B (perdiéndose 4 unidades) como a quitarle 2 a A para darle 1 a C (perdiéndose 1 unidad). Parece que la igualdad debe combinarse con la eficiencia. No hay un sólo modo de efectuar esta combinación.

La formulación más conocida y exitosa de un principio de igualdad, que además combina expresamente igualdad y eficiencia es el llamado "principio de diferencia" de John Rawls que, en una de sus formulaciones, dice "[...] asumiendo [...] justa igualdad de oportunidades, las mayores expectativas de aquellos mejor situados son justas sólo si funcionan como parte de un esquema que incrementa las expectativas de los miembros menos aventajados de la sociedad" (Rawls, 1971, p. 75).

Olvidando por el momento la parte referente a la igualdad de oportunidades (sobre la que volveremos después), centrémonos en el resto. Puede parafrasearse como: es justa la posición de los mejor situados exclusivamente si la estructura que genera esa ventaja mejora la situación de los peor situados.

Rawls propone que la estructura social ponga a los más aventajados al servicio de los que están peor. El principio se aplica en su teoría de los incentivos. Si, por ejemplo, pagándole más a un neurocirujano experto se consigue que trabaje en un hospital público donde atiende gratuitamente a los más necesitados, esa ventaja del neurocirujano, aunque no es buena en sí misma, se justifica por la mejora de la situación de los más débiles.

Rawls explica el significado del principio de diferencia haciendo uso explícito del principio de optimalidad de Pareto. Según éste, cualquier situación B que mejora la situación A respecto de alguien sin empeorar la de nadie es mejor que A. Aplicando el principio, Rawls logra justificar la teoría de los incentivos y, en general, las desigualdades admitidas explícitamente por el principio de diferencia, al menos las que no dañan a nadie. Volveremos sobre esto un poco más adelante.

Para terminar de presentar el principio debemos considerar las desigualdades que éste no justifica. Son todas aquellas en las que se beneficia a un grupo cualquiera sin originar ventajas para los que están peor. Aquí podemos distinguir dos tipos de caso: 1) el caso en que se beneficia, no a los que están peor de todos, sino a los de un nivel intermedio y 2) aquel en que beneficiar a los que ya tienen ventajas sobre otros no beneficia ni perjudica a nadie. Ambos son expresamente rechazados por el principio de diferencia.

Rawls reconoce la existencia de ambos tipos de situaciones y argumenta dos cosas. Respecto del caso 1 dice que "cuando las contribuciones de las posiciones más favorecidas se extiendan a toda la sociedad y no se reduzcan a sectores particulares, parece creíble que si los menos aventajados se benefician, también lo harán los que están en posiciones intermedias" (Rawls, 1971, p. 83). Me parece que la exigencia de que se beneficien los que están peor entre todos se apoya no en un rechazo conceptual a aceptar beneficios de los intermedios, sino en la intención de presentar los principios de justicia más simples que funcionen dentro de una estructura social previa, en la que el sistema de cooperación asegure lo que llama "la conexión en cadena": que los beneficios de los niveles inferiores mejoren a los siguientes en la escala de manera sucesiva.

Respecto del caso 2, admite que es posible en la práctica que ciertos cambios que beneficien a grupos mejor situados no afecten de ningún modo a los menos aventajados de la sociedad. Pero cree que, en el mundo real, cuando los beneficios de los más aventajados sean significativos, seguramente en la estructura previa habrá alguna manera de mejorar también a los que están peor.

Ambos tipos de situación se resultarían cubiertos por un principio alternativo al de diferencia que Rawls llama "el principio lexicográfico de diferencia": "en una estructura básica con n representantes pertinentes, se maximiza primero el bienestar de las personas representativas de la

peor situación; segundo, para igual bienestar de los peor situados, se maximiza el de los que los anteceden, [los siguientes peor], y así sucesivamente hasta llegar a los representantes de los mejor colocados, cuyo bienestar habrá de maximizarse una vez maximizado el de los restantes $(n-1)$ ". (Rawls, 1971, p. 72) El principio lexicográfico lo rechaza porque, sostiene, no sería aplicable cuando las leyes que gobiernan la estructura básica aseguran que no ocurran casos como los anteriores.

Por eso escoge el principio de diferencia conocido, el más simple, que pone sencillamente a los más aventajados de todos al servicio de los menos aventajados entre todos. La estructura social debe garantizar, antes de aplicarlo, que los beneficios de los mejor situados se expandan hacia abajo y, los de los peor situados, hacia arriba. El sistema de cooperación sostenido por las instituciones hará el resto.

Toda la argumentación de Rawls sugiere, me parece, que el principio lexicográfico de diferencia es el que, desde un punto de vista conceptual, él mismo aceptaría. Lo rechaza porque hay una manera más simple de asegurar los mismos resultados: poner a las ventajas de los de arriba al servicio de los de abajo y asegurar una estructura básica que se encargue de hacer que los beneficios se expandan en las direcciones correctas.

Para terminar de analizar el principio de diferencia consideremos situaciones que no sean Pareto óptimas. Rawls no las considera porque, argumenta, si la estructura social es la adecuada, no se darán situaciones en que se justifiquen medidas no eficientes. Por eso dice que el principio de eficiencia es compatible con el de diferencia. Lo es dentro de una estructura básica justa. Esto significa que esa estructura ya canceló diferencias que no ocurrieran en beneficio de los menos aventajados. Lo cierto es que un principio adecuado de igualdad debe ser externo a la estructura básica de la sociedad. Debe usarse justamente para evaluarla. En esas condiciones el principio de diferencia, al no justificar desigualdades sin beneficio para los menos aventajados, justifica cambios no eficientes, es decir, perjudicar a los que están mejor siempre que esto

mejore a los que están peor. Si, además, aplicamos el principio lexicográfico (que es, como sostuve, conceptualmente más fundamental), entonces empeorar la situación de cualquier grupo que no esté entre los menos aventajados de todos se justifica, e incluso es obligatorio, siempre que esto beneficie a alguien que está peor, no entre todos, sino que ese mismo grupo. Para cualquier par de grupos A y B, si A está peor que B se justifica mejorar a A a costa de B.

¿Cómo se puede justificar perjudicar a unos para mejorar a otros? ¿No es esto un retorno a la gran falla de las posiciones agregativas? ¿No se están sacrificando a unos para el beneficio de otros? Hay buenos argumentos para sostener que no. Veamos.

Rawls, junto a otros igualitaristas (y también con el utilitarismo), acepta derechos positivos. Recordemos que un buen fundamento de los derechos positivos es la falta de diferencia moralmente relevante entre acción y omisión. Si actuar y omitir son igualmente buenos o malos, conforme las consecuencias respecto del bien social, entonces no beneficiar (ayudar) a los que están peor está en un pie de igualdad con causarles daño. El perjuicio de no asistirlos es dejarlos en la pobreza (en la infelicidad, en la necesidad, etc., según la teoría del bien). Si para ayudar a los que están mal se requiere perjudicar a los que están bien, entonces omitir dañar a los últimos equivale a dañar a los primeros. Debe escogerse, en casos así, a quién dañar. O se perjudica a los que están peor, beneficiando a los que están mejor, al no intervenir para nada, o bien se beneficia a los primeros mediante acciones que empeoran la situación de los más aventajados. ¿Qué es más justo? La respuesta es evidente: la omisión beneficia a los mejor situados y la acción a los peor situados. El principio de diferencia exige que los beneficios (la omisión de dañar) de los aventajados estén prohibidos excepto cuando redunde en beneficio de los que están peor. Luego, debe empeorarse activamente a los mejor situados. Es obligatorio redistribuir (dinero, riqueza, felicidad, bienestar, oportunidades, etc.) de arriba hacia abajo.

Es evidente que al tomar recursos de sectores aventajados se puede alterar de manera importante el sistema económico. Se modifica el sistema de incentivos para la productividad, se puede aumentar el desempleo o, en casos extremos, llevar a crisis económicas generales. Más bien la propuesta es que la totalidad de las estrategias (y en una teoría moral completa también las acciones individuales) tiendan a igualar sin empeorar a los que están peor ni arruinar al resto de la sociedad. Al contrario, siempre que se pueda mejorar a alguien, es mejor hacerlo que no hacerlo. Pero entre las medidas que mejoran a alguien unas son mejores que otras: se pueden ordenar conforme al grado de desventaja social de sus beneficiarios.

Al aceptar redistribuciones en favor de los que están peor, ¿se está sacrificando a los que están mejor? Un libertario diría que sí. Para alguien que acepta derechos positivos, no. Los que pierden beneficios en la redistribución no están siendo sacrificados porque no tenían derecho a esa ventaja. No lo tenían porque mantener beneficios en situación de desigualdad equivale a no ayudar. Ayudar (i.e. no dañar por omisión) es obligatorio hasta el nivel de la igualdad, simplemente porque nadie merece tener más que nadie.

Nótese el funcionamiento general de la optimalidad de Pareto en el contexto del principio de diferencia. *Prima facie*, una situación B que, respecto de la situación A, mejora la posición de alguien, digamos los que están moderadamente bien, sin empeorar a nadie, es más justa por ser Pareto óptima. Si hay una situación C igualmente Pareto óptima respecto de A en que se mejora a los que están peor en lugar de a los que están moderadamente bien, entonces C es mejor que B, aunque no sea Pareto óptima respecto de ésta. Y si hay una tercera situación D que no es Pareto óptima respecto de las anteriores en la cual empeoran los que están moderadamente bien, pero mejoran a los que están peor más que en las situaciones B y C, entonces esta situación es mejor que todas las anteriores, porque la mejor situación es aquella en la que están mejor los que están peor.

Hasta aquí intenté presentar con cierta precisión un principio de igualdad. Partí del principio de diferencia de Rawls, llegué en el análisis al principio de diferencia lexicográfico, que él rechaza. Lo propongo aquí como una alternativa conceptualmente más fundamental, que el mismo Rawls podría aceptar, al igualitarismo. Creo que el principio de diferencia lexicográfico contiene el núcleo de lo que los igualitaristas, incluso Rawls, entienden por igualdad.

Las consecuencias respecto del alcance del concepto de discriminación de la aceptación de un principio igualitarista son muy amplias. En primer lugar, la discriminación basada en violaciones al principio de dignidad queda prohibida, en esto no hay diferencias respecto de los tipos de liberalismo agregativos que aceptan derechos positivos. Sí las hay respecto de las propuestas al estilo Nozick que no reconocen de manera general el mal de las omisiones. En una concepción igualitarista, cualquier acción o medida de tratamiento desigual desventajoso de alguien por pertenecer a un grupo que constituya trato denigrante es discriminación. También lo es el mismo tipo de tratamiento llevado a cabo por omisión. Si un racista, sexista u homofóbico omite contratar a alguien por considerar que pertenece a un grupo inferior, este tratamiento es discriminatorio. Leyes o medidas públicas o privadas que degradaran o fuesen infamantes respecto de la dignidad de grupos o sus individuos también resultan discriminatorias.

En segundo lugar, la discriminación basada en desigualdad social es más fácilmente condenable en el igualitarismo que en los demás enfoques. Cualquier tratamiento diferencial, llevado a cabo por acción u omisión, que ocasione desventajas a alguien por pertenecer a un grupo desaventajado o vulnerable constituye discriminación, porque aquí el perjuicio (que puede ser falta de beneficio) de los que están peor es siempre moralmente incorrecto según el principio igualitarista presentado. La incorrección moral de una gama muy amplia de acciones y omisiones permite la extensión más amplia del concepto de discriminación. También hay muchas acciones moralmente incorrectas que no son discriminatorias

aunque sí son tratamientos diferenciales desventajosos. Supongamos que alguien golpea a un hombre, adulto, blanco, por pertenecer a ese grupo; imaginemos que odia a los que considera representantes del colonialismo occidental, pero no cree que sean personas moralmente inferiores, es decir, no niega el principio de igual dignidad. En esas condiciones no hay discriminación, porque no la hay por negación del principio de dignidad ni tampoco por afectación a grupos desaventajados. Es una acción incorrecta pero no discriminatoria. Creo que es una consecuencia intuitiva. No toda vez que se atenta contra la igualdad hay discriminación. La discriminación es una forma especialmente inmoral de trato desigual.

8. La teoría del bien. ¿Igualdad de qué?

Me parece útil retomar una distinción que usa Ronald Dworkin (1981A, p. 185) entre tratar a los individuos igual y tratarlos como iguales. Tratarlos como iguales implica reconocer su igualdad moral, lo que llamamos aquí igualdad de dignidad; tratarlos igual es algo relativo a algún bien respecto del cual se debe igualarlos en el mundo material, debido a que son moralmente iguales. Las diferentes teorías liberales comparten el ideal de tratar a todos como iguales. Sólo los igualitaristas sostienen que esa igualdad moral previa conlleva que debe promoverse la igualdad respecto de un bien. Es en sus teorías del bien donde difieren los igualitarismos.

Unas personas pueden llegar a igualarse en algo con el efecto de quedar desiguales en alguna otra cosa. Si llegan a tener, por ejemplo, un mismo nivel de ingresos tendrán distinto nivel de satisfacción en su vida (quizás porque algunos tienen expectativas más caras o enfermedades que requieren tratamientos costosos) y a la inversa (Dworkin, 1981A, p. 185). Dependiendo de cuál sea el bien que la teoría acepte adoptará una concepción distinta de lo que significa trato igualitario (y su reverso, trato diferencial), eventualmente discriminatorio.

Usando una clasificación estándar, divido a las teorías igualitaristas en dos tipos: las bienestaristas y las de igualdad de oportunidades.

Las primeras valoran cierto estado de cosas que se asume que es bueno que los individuos tengan o alcancen al cual se denomina "bienestar" (*welfare*). Puede ser la felicidad, la satisfacción respecto de la propia vida o la medida en que los intereses de uno están cumplidos. No todas las teorías bienestaristas son igualitaristas.⁵ Entre las que lo son podemos señalar las propuestas de Arneson, 1988 y Cohen, 1989.⁶ Entre las teorías de igualdad de oportunidades se incluyen las de Rawls, 1971 y (Dworkin, 1981B).

Imaginemos una sociedad ficticia en la que todos tienen exactamente los mismos talentos y habilidades tanto psíquicos como físicos. No son individuos exactamente iguales, pero nadie es considerado por los otros más o menos capaz, bello, inteligente, simpático o virtuoso. En esa sociedad hay libertad, cada quien puede elegir cómo vivir, a sus amigos, su trabajo, su tiempo libre, sus creencias. Todos reciben en su juventud una cuota de recursos educativos y económicos idéntica. Algunos estudian, otros no. Unos hacen más amigos que otros. Algunos se dedican al comercio o a profesiones y artes diversas. Con el correr del tiempo algunos mantienen un ingreso estable, otros se vuelven más ricos, algunos pierden su salud como consecuencia de malos hábitos como beber alcohol, utilizar drogas peligrosas, comer azúcares en exceso o tener vidas sedentarias. Hay quienes escogen planes de vida riesgosos para la salud o la riqueza, como ser pilotos de fórmula uno, invertir en negocios inseguros o participar en juegos de azar. También su conducta social varía, unos son más fieles, honestos, solidarios o egoístas que otros. Algunos tienen pareja, hijos, viven en comunidades como tribus o familias, etc. Como consecuencia, veinte o treinta años después tienen situaciones sociales, económicas y de salud muy diferentes. Algunos son mucho más ricos, más saludables, tienen más amistades, trabajos más rentables o satisfactorios que otros. Una sociedad en la que todos empezaron iguales

⁵ Por ejemplo, el utilitarismo clásico, que propone como bien la felicidad y el utilitarismo de intereses, en el cual el bien es la satisfacción de intereses individuales, son bienestaristas.

⁶ Cohen defiende un concepto algo más amplio que llama *advantages*.

se volvió desigual en los aspectos más variados, incluyendo felicidad y autonomía. Unos son más felices que otros, algunos tienen más oportunidades de llevar adelante los planes de vida que eligieron oportunamente o los nuevos que hayan hecho después. Algunos están más satisfechos de sí mismos y su entorno. Otros, pobres, enfermos o solos, tienen menos posibilidades de recuperar su fortuna, su vida social o su salud que los demás. ¿Tenemos el deber de ayudar a los que están peor?

El utilitarista sin dudar contestaría que sí, porque nadie pierde su derecho a la felicidad o satisfacción personal y la pobreza, soledad, enfermedad, o sus combinaciones, reducen el bienestar social. El libertario respondería con fiado que no, porque han desperdiciado sus oportunidades y nadie tiene el deber de alterar su plan de vida libremente elegido, lo que restringiría su libertad. Está permitido ser solidario, pero no es obligatorio.

¿Qué diría un igualitarista? Por el principio de diferencia lexicográfico se debe procurar que los menos aventajados mejoren su posición, al igual que los siguientes, etc., hasta que, en una situación ideal, todos llegaran a estar aproximadamente en un mismo nivel social. Pero no sabemos en qué consiste esa igualdad social. Distintos igualitaristas tienen diferentes teorías del bien.

9. Igualdad de bienestar y discriminación

La idea intuitiva del bienestarismo es que valoramos en sí mismos ciertos estados de cosas, queremos ser felices, sentirnos satisfechos con lo que somos y nuestra vida. En cambio, los objetos materiales (como el dinero, el alimento o la vivienda) o culturales (como la educación y la salud), nuestras capacidades, naturales o adquiridas, etc., no son más que instrumentos para la felicidad, para el bienestar (*welfare*). No sólo valoramos a éste en el sentido de desearlo para nuestras vidas y las de nuestros seres queridos, sino que lo vemos como moralmente bueno en sí. La fuerza de esta concepción del bien se apoya en múltiples ejemplos:

si nos esforzamos en trabajar o capacitarnos, muchas veces sacrificando felicidad e intereses menores, es porque lo que vemos como valioso es llegar a un estado final de felicidad o satisfacción. Por otra parte, una sociedad rica pero insatisfecha nos parece indeseable.

Si se es a la vez bienestarista e igualitarista, entonces tratar a los individuos como iguales es igualarlos en la mayor medida posible, utilizando un principio de igualdad adecuadamente especificado, en bienestar.

Volvamos a la sociedad ficticia descrita arriba. Al principio los individuos eran iguales en talentos, riqueza, oportunidades, tal vez también en felicidad o satisfacción. De hecho, es irrelevante el nivel de satisfacción inicial a la hora de decidir qué hacer veinte años después. En cada momento lo importante es la desigualdad presente en felicidad o satisfacción personal. Por lo tanto, como hay derechos positivos, los más infelices, con menor satisfacción personal y planes de vida menos completos, tienen derecho a reclamar y el resto de la sociedad a proporcionar los elementos que requieran para mejorar su situación social. ¿Mejorar en qué? En bienestar. Por otro lado, los más felices pueden no ser los que tienen menos oportunidades a causa de niveles de riqueza y poder económico o político rudimentarios. El ermitaño dedicado a la meditación y al ayuno, feliz bebiendo agua del río y alimentándose de un puñado diario de arroz, no pertenece a una clase desfavorecida en este enfoque. Al contrario, es uno de los que están mejor en la sociedad.

El concepto bienestarista de igualdad social tiene consecuencias morales profundas. En sociedades reales, para alcanzar un mismo bienestar distintas personas pueden requerir acceso a bienes y recursos distintos tanto en calidad como en cantidad. Una persona mental o psíquicamente discapacitada necesitará tal vez dinero extra, una silla de ruedas, atención especializada, educación diferencial, etc. para llegar a un nivel de felicidad equivalente al promedio. Esta consecuencia justifica el tratamiento ventajoso para personas con discapacidad, así como para otros grupos vulnerables o desaventajados (acción afirmativa en el nivel político y

tratamiento desigual ventajoso hacia esos grupos en el plano individual). Tenemos el deber moral de ayudar a todos (recordemos que son concepciones que aceptan derechos positivos) pero aún más a los pobres, niños, discapacitados, enfermos, etc. Aquí el fundamento de esa ayuda es permitir que alcancen un nivel de felicidad y satisfacción personal que resultarían comprometidas por carencia de recursos económicos, una mala alimentación en la niñez, falta de compensación de la discapacidad o de recursos para alcanzar la salud necesaria para el bienestar.

Lo anterior es intuitivo, pero tiene una contracara que ha sido esgrimida como contraargumento: individuos sin una discapacidad con intereses o gustos caros deberían recibir también más recursos si se busca que alcancen la misma cantidad de felicidad o satisfacción que una persona promedio. Además, los natural o socialmente sobrecapacitados que obtuvieran satisfacción o felicidad a consecuencia de esa ventaja extra, recibirían recursos reducidos siempre que éstos pudieran redirigirse al resto de la sociedad. No hay manera coherente de defender a los discapacitados sin rechazar el mérito de los superdotados. Este resultado contradice intuiciones arraigadas en la sociedad, según las cuales los últimos son más bien merecedores de algún tipo de premio o reconocimiento por sus dotes, lo que origina para ellos mayor felicidad o satisfacción. El bienestarismo rechaza cualquier tipo de meritocracia.

Otra consecuencia muy importante es que también está teóricamente incapacitado para limitar, sobre la base de conductas o elecciones de los individuos, la cantidad de recursos y oportunidades que debe darse a cada uno. Sólo importa cuáles son sus intereses o qué los hace felices. Si la gente desaprovecha sus oportunidades, dilapida sus recursos, cambia una y otra vez su plan de vida, altera sus necesidades y reclama nuevas oportunidades y riqueza para realizar su sueño, entonces hay que volver a darle recursos, oportunidades y crear las condiciones para que llegue a ser feliz. Quienes deciden asumir riesgos y pierden, por ejemplo, su fortuna o su salud, tienen tanto derecho a que la sociedad los ayude a recuperarse económica y físicamente como los que fueron

precavidos. Si una persona trabaja con ahínco, cuida su salud y su riqueza, pero tiene la mala suerte de que un helicóptero se desploma sobre su casa y le causa un severo traumatismo craneano y la pérdida total de sus pertenencias, tiene el mismo derecho a asistencia que el que escoge ser piloto de pruebas de helicópteros y, haciendo peligrosas acrobacias con un nuevo modelo, se desploma sobre una casa, con la consecuencia de que queda gravemente lesionado. Si lo bueno es que todos sean felices en la mayor medida posible, cuidando primero a los que están peor, pero sin descuidar a todo aquel que puede ser beneficiado, entonces no importan las acciones previas, las decisiones acertadas o no, los cambios de plan de vida. Ni siquiera la deshonestidad, la comisión de delitos con daño a otros, etc. Todos tienen permanentemente el derecho a la felicidad. No hay nada que puedan hacer para perderlo. Después de todo, es el bien fundamental. Es lo que propone el bienestarismo. Si es así o no deberá decidirlo cada lector.

Las consecuencias en el alcance de la discriminación son las ligadas a la corrección moral de acciones y medidas, públicas y privadas, respecto de la búsqueda igualitaria del bienestar, visto como estado de felicidad o satisfacción. El Estado puede y debe redistribuir bienes, recursos y cargas sociales de manera de igualar a los individuos en felicidad (satisfacción). Esas son las acciones correctas, las que tratan a la gente igual. Las que distinguen por algo más que la posibilidad de ser felices o tener vidas satisfactorias están tratando de manera desigual a quienes son moralmente iguales. Esas acciones no los están tratando como iguales.

El tipo de discriminación apoyado en denigración se mantiene sin variantes. El que cambia es el apoyado en desigualdad social. El que niega el trabajo a una mujer por ser mujer la está discriminando porque ella tiene el mismo derecho a la felicidad que el hombre, y el trabajo es para ambos géneros un instrumento que los aproxima a la felicidad. El examen de ingreso a escuelas públicas, cuyo fin es directa e indirectamente aumentar el bienestar social, es incorrecto si excluye a individuos cuya felicidad aumentaría si estudiaran sobre la base de propiedades

moralmente irrelevantes como su capacidad intelectual, sus conocimientos o su esfuerzo. Dado que la educación es una fuente importante de satisfacción, no debe ser limitada, al menos no *prima facie*, por la búsqueda de excelencia académica. Sólo si hubiera razones de eficiencia para dar más oportunidades a algunos (por ejemplo, si incentivos del tipo rawlsiano aumentarían indirectamente la felicidad de los que están peor), se justificarían políticas que privilegiaran objetivos diferentes del bienestar, como la productividad o la excelencia.

La eficiencia en el empleo también tendrá que ser balanceada con el derecho a trabajar de todos, conforme a sus deseos más bien que a sus capacidades. Si resulta más feliz la empresaria internacional que el recolector de basura, la sociedad es injusta porque no está tratando igual, es decir, haciendo igualmente felices, a los moralmente iguales. El tenor con la voz más excelsa, el mejor neurocirujano, la muchacha con síndrome de Down y el eterno joven que a los 30, 40 y 50 años decide empezar nuevamente su vida merecen ser considerados según la felicidad que de hecho tengan, de modo que se mejore siempre prioritariamente la situación de los que están peor. No importa cómo hayan llegado a esa situación.

El margen para el combate a la discriminación es amplio. La salud, por ejemplo, parece ser un derecho que debe brindarse por igual a todos, especialmente a los que tienen menos acceso a ella, sin importar si sus dolencias fueron causadas por negligencia o por azar. El diabético que llegó a serlo por descuidar su salud durante cincuenta años no tiene menos derecho a la insulina que el que tiene la misma enfermedad por herencia genética. El que por temeridad en la conducción de su automóvil se descarrila y atropella a un peatón, volcando y quedando tan gravemente herido como el atropellado, tiene el mismo derecho a atención médica que su víctima. La institución de salud, el médico y el civil que da los primeros auxilios los discrimina si no les da asistencia similar. En todos esos casos el tratamiento diferente es moralmente incorrecto por faltas a la igualdad. Si, adicionalmente, ese trato desigual se da a

miembros de grupos desaventajados, es un caso no sólo de desigualdad social sino también de discriminación. Veamos algunos ejemplos un poco más dudosos.

Bajo el presupuesto de que el empleo disponible es no sólo una oportunidad social para la producción de bienes y servicios, sino también un recurso común que debe ser distribuido igualitariamente, el empresario que escoge al más capacitado para un empleo más bien que al más infeliz o al menos satisfecho con su vida puede estar discriminando. Los servicios educativos que distinguen por excelencia resultan injustos, y si el trato que dan perjudica a grupos desaventajados, como personas con discapacidad, minorías étnicas y personas de clase baja, están discriminando. El Estado debe crear políticas inclusivas para los menos aventajados. Esas políticas deben apoyar las distinciones que hagan en el nivel de bienestar con el fin de mejorar a los peor situados.

La constante crítica al bienestarismo es que no hace a las personas responsables de su conducta. Se sostiene que el piloto de pruebas temerario, el que arriesga su fortuna en operaciones financieras con poca probabilidad de éxito, el que decide no sacar provecho de sus recursos y capacidades y no desarrollar las últimas, no debe volver a recibir recursos una vez que los perdió o dilapidó como consecuencia de decisiones y acciones autónomas. Mientras que el esfuerzo o el talento, o ambos, según distintas críticas, justifican mejores posiciones sociales. Esa línea de argumentación lleva a las teorías de igualdad de oportunidades, materiales o formales.

10. Igualdad material de oportunidades y discriminación

La defensa de la igualdad de oportunidades frente a la de bienestar se apoya en una manera de entender la libertad. Para Rawls o Dworkin, el ejercicio de la libertad implica la responsabilidad por las elecciones. Éstas no son tomadas en cuenta seriamente si no permitimos que los individuos obtengan tanto ventajas como desventajas de ellas. La libertad

implica, en esta visión, el derecho a beneficiarse de lo que decide. El que emprende un negocio o estudia una carrera debe poder disfrutar de los resultados económicos, culturales, sociales, etc.

La noción de libertad actualmente predominante es la de autonomía, y su valor moral ha sido puesto de manera intuitiva por Carlos Nino en lo que llamó el "principio de autonomía de la persona":

[...] siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (Nino, 1989, pp. 204-205)

La autonomía consiste según esto en la posibilidad de elegir y realizar planes de vida e ideales de excelencia. Sin embargo, el principio que debe admitir cualquier concepción que acepte derechos positivos debe ir más allá de la mera prohibición de interferencia que la formulación de Nino propone. No hay autonomía sin libertad de elegir, pero tampoco sin los recursos efectivos para llevar adelante esos planes de vida, porque no hay elección genuina de cosas que se saben imposibles. Así se llega naturalmente a la idea de igualdad de oportunidades. La gente debe igualarse en autonomía, esto es, en la disposición de todos aquellos recursos naturales y sociales que permitan la elección. Una vez que se tienen los recursos, el ejercicio de la autonomía puede llevar a diferentes estados finales. Esa desigualdad no es injusta. Es el resultado de hacer a los individuos responsables de las elecciones que condujeron a distintas medidas de satisfacción de los planes de vida de cada uno.

Por eso el igualitarista, enfrentado a la sociedad hipotética descrita, responderá que no hay que ayudar a los que, habiendo tenido las mismas oportunidades iniciales, terminaron con niveles de satisfacción y felicidad

muy diferentes. Lo que se busca no es igualdad en bienestar. No hay que volver a asignar recursos al que los perdió por medio de elecciones, como sí hay que hacerlo cuando la falta de capacidades naturales o la posición social inicial (no escogida) hayan reducido esas oportunidades.

Notemos ahora la diferencia fundamental con la posición libertaria. El libertarista tampoco volvería a asignar recursos cuando se perdieron oportunidades. Pero, a diferencia del igualitario, no se preocuparía por que todos empezaran igual. Es la diferencia entre igualdad meramente formal de oportunidades e igualdad sustancial o material.

Para Rawls, los individuos son igualmente libres cuando tienen las mismas oportunidades materiales de elegir planes de vida. No deben limitarlos factores moralmente irrelevantes, como lo son tanto las contingencias sociales (clase social o económica) como la fortuna natural (raza, sexo, inteligencia).

La herramienta conceptual que emplea John Rawls para producir igualdad de oportunidades es la teoría de los bienes primarios. Estos se entienden como cualquier cosa que sea de utilidad a los individuos para realizar sus diferentes planes de vida, sean cuales sean. Son bienes primarios los derechos, libertades, oportunidades (formales), ingreso y riqueza. Reconoce que hay además bienes primarios naturales como salud, vigor, inteligencia o imaginación, pero les da un tratamiento diferente, porque, dice, no están directamente bajo control de la estructura básica de la sociedad. De manera que se centra en los bienes primarios de tipo social.

Propone el filósofo que todo individuo tiene derecho, y la estructura básica de la sociedad debe garantizarle, una cuota igual de bienes primarios, lo que lo dota de oportunidades reales de elegir y llevar a cabo un plan de vida.

Igualdad de oportunidades no implica igualdad en la realización del plan de vida, porque la libertad incluye la de aprovechar o perder esas

oportunidades. A lo largo de su vida las personas hacen diferente uso de sus derechos, libertades, ingresos, etc., alcanzando niveles distintos de satisfacción. La desigualdad en el resultado final no requiere compensación.

La teoría de los bienes primarios como base de la igualdad ha tenido varias críticas serias. Ronald Dworkin, otro igualitarista que defiende también la igualdad de oportunidades, sostiene que la teoría de los bienes primarios de tipo social es inadecuada porque no permite una igualdad de oportunidades sustantiva a las personas con alguna discapacidad, física o mental (Dworkin, 1981B, p. 339). Como en la teoría de Rawls el principio de diferencia ordena mejorar la situación de los que están peor de todos, y dado que la posición social (los peores-los mejores) se identifica por el acceso a bienes primarios de tipo económico, quienes tienen discapacidades naturales no pueden ser identificados como desaventajados. La diferencia económica de las personas con discapacidad sería compensada, pero eso no alcanzaría para igualarlos en oportunidades, debido a que sus necesidades son mayores en razón de las desventajas naturales.

La crítica de Dworkin es interna. Rawls mismo sostiene que los factores naturales no justifican desigualdad al rechazar expresamente la noción de mérito:

No merecemos el lugar que tenemos en la distribución de dones naturales, como tampoco nuestra posición inicial en la sociedad. Igualmente, problemático es el que merezcamos el carácter superior que nos permite hacer el esfuerzo por cultivar nuestras capacidades, [...] La noción de mérito (desert) no puede aplicarse aquí. (Rawls, 1971, p. 89)

Sin embargo, hay una tensión interna en Rawls entre su afirmación de que los factores no elegidos son moralmente irrelevantes y los resultados de la aplicación del principio de diferencia, que nivelan diferencias sociales y económicas. Las naturales sólo se pueden atender de modo parcial e indirecto.

Rawls considera pero rechaza un principio de compensación (*redress*) de las desigualdades de nacimiento y dotes naturales (Rawls, 1971, p. 86) adoptando en su lugar el principio de diferencia.

La tesis de la irrelevancia moral de los factores no elegidos fue retomada y llevada al extremo por el llamado "Luck Egalitarianism". Éste propone seriamente que tanto las discapacidades como los talentos deben ser compensados o niveladas sus consecuencias. Ser consecuente con la relevancia moral exclusiva de la elección conduce al rechazo de cualquier institución social que reconozca el mérito. Como ha señalado Sheffer, 2003, la tesis contradice intuiciones extendidas en la sociedad. Por otro lado, hay argumentos filosóficos muy fuertes en contra del mérito, incluso desde fuera del igualitarismo (Sandel, 2020), que no podemos abordar aquí.

La relevancia para el alcance del concepto de discriminación de las diferentes concepciones del bien dentro del igualitarismo es evidente. Para una concepción bienestarista, la igualdad se mide en el estado presente. Tratar como iguales a los individuos, cuando se busca igualdad en bienestar, no requiere igualdad de riquezas, poder o bienes. La desigualdad en satisfacción o felicidad es una razón para la asignación de recursos, bienes o servicios que la nivelen. Las medidas de redistribución más extensas son aceptables, al igual que la acción afirmativa y políticas que tiendan a modificar las causas de desigualdad.

Para las concepciones de igualdad de oportunidades, la base de la igualdad es la diferencia de recursos, bienes y derechos, no el nivel de satisfacción. En los hechos la diferenciación entre la igualdad de oportunidades y de satisfacción puede ser difícil. Sin embargo, es importante para la calificación de medidas públicas y acciones particulares como discriminatorias, dado que sólo acciones moralmente incorrectas pueden ser calificadas como tales.

Un plan de vivienda o préstamos estatales para pequeñas empresas ¿podrían preferir a personas más emprendedoras o talentosas? Si se trata

de proyectos destinados a mejorar la situación de los menos favorecidos, que pueda legítimamente preferir a los talentosos, a los emprendedores o a los necesitados depende del rol de las decisiones y las capacidades en la teoría de la igualdad social.

Para el bienestarista deben nivelarse las diferencias económicas y sociales sin atender a las causas de esas diferencias. El igualitarista de las oportunidades no estará conforme: el trato desigual desventajoso a alguien que ya no tiene derecho a nuevas oportunidades no es incorrecto y, por tanto, tampoco discriminatorio.

11. Conclusiones

Mostré la dependencia conceptual de la extensión de la discriminación respecto de las teorías de la igualdad social. Éstas, aunque comparten un núcleo común al defender la igual dignidad, difieren en las consecuencias morales de ésta. Las que no reconocen derechos positivos son las que menos pueden justificar la intervención estatal en pro de la igualdad social y la no discriminación. Las concepciones agregativas carecen de criterios de distribución de recursos y oportunidades, sin embargo, el utilitarismo defiende el principio de igual consideración que implica las obligaciones activas de los individuos entre sí y del Estado y permite el combate de la discriminación de manera condicionada (como instrumento para el bienestar general). Finalmente, las concepciones igualitaristas son las más potentes, proporcionan herramientas para legitimar una actividad estatal amplia y requerir la acción de los individuos más aventajados, en favor de los que están peor.

El trabajo tiene por fin mostrar la necesidad de desarrollar una teoría moral completa para defender una concepción específica de la discriminación. Ninguna definición o desarrollo sobre la discriminación incorrecta están adecuadamente justificados si no se incursiona para elaborarlas, en sus fundamentos morales más profundos.

Referencias

- ARNESON, Richard J. (1988) "Equality and Equal Opportunity for Welfare," en *Philosophical Studies* 54, pp. 79-95.
- ARNESON, Richard, (2018) "Discrimination and Harm", en *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Kasper Lippert-Rasmussen.
- BENTHAM, Jeremy, (1780) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press [1907].
- COHEN, Gerald Allan, (1989) "On the Currency of Egalitarian Justice", en *Ethics* 99, pp. 906-44.
- CUSHING, Simon, (2003) "Against 'humanism': Speciesism, personhood and preference", en *Journal of Social Philosophy*, 34, pp. 556-571.
- GARCÍA, Jorge, (2018) "Discrimination and Virtue", en *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Kasper Lippert-Rasmussen, pp. 174-182.
- DWORKIN, Ronald, (1981-A) "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare" en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, no. 3, pp. 185-246.
- DWORKIN, Ronald, (1981-B) "What is Equality? Part 2: Equality of Resources," en *Philosophy and Public Affairs*, pp. 283-345.
- FRANKENA, William, (1963) *Ethics*, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, Inc., 1963.
- FREDMAN Sandra, (2009) *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford Scholarship online.

- GARZÓN Valdés, Ernesto, (2000) "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Instituciones suicidas. Estudios de Ética y Política*, México, Paidós, pp. 127-128.
- GEWIRTH, Alan, (2002) "¿Are All Rights Positive?", en *Philosophy & Public Affairs* 30, 3, pp. 321-333.
- MILL, John Stuart, (1861) *Utilitarianism*, Roger Crisp (ed.), Oxford: Oxford University Press, 1998.
- NINO, Carlos S., (1989) *Ética y Derechos Humanos*, Astrea.
- NOZICK, Robert, (1974) *Anarquía, Estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, 1a edición en español, 1988. Primera edición en inglés, 1974.
- RAWLS, John, (1971) *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971.
- SCHEFFLER, Samuel, (2003) "What is egalitarianism?" en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 31, no. 1, invierno, pp. 5-39.
- SANDEL, Michael, (2020) *The Tyranny of Merit: What's become of the Common Good*, Penguin Books Ltd.
- SINGER, Peter, (1995) *Ética práctica*, 2a edición, Cambridge University Press, 2ª edición en inglés: *Practical Ethics*, Cambridge University Press.
- SINGER, Peter, (2002) "Hambre, Riqueza y moralidad", en *Una vida ética. Escritos*, Madrid, Taurus, pp. 135-147.

CAPÍTULO 2

Sobre discriminación y desigualdad económica

Diana Beatriz González Carvallo*

* Maestra y doctora en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) e Investigadora jurisprudencial del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (CEC-SCJN).

SUMARIO: 1. La discriminación y lo que obstaculiza o de porqué es tan poco importante la igualdad material. 2. Iguales como seres humanos, pero no más: las tesis de la suficiencia y de la prioridad. 3. ¿Está la desigualdad económica conectada con la desigualdad sistémica o la discriminación estructural? IV. Bibliografía.

Si una sociedad asegura oportunidades iguales, adecuadas y suficientes de acceso a bienes básicos a toda su población sin distinciones de sexo, raza o situación socioeconómica, entre otras, podrá decirse, en términos generales, que es justa. Si la discriminación implica, entre otras cosas, el bloqueo a ciertos grupos del acceso a esos bienes, capacidades y funcionamientos valiosos y necesarios se habrá avanzado casi todo el camino que lleva a esa sociedad justa si se eliminan esos obstáculos. En contraste con estas propuestas sobre la igualdad de acceso a oportunidades valiosas como uno de los fines centrales de la lucha contra la discriminación están las tesis que sostienen que, aunque esto es importante, tiene que ir acompañado de cambios estructurales que busquen la igualdad material. En otras palabras, no se trata sólo de ubicaciones sociales equitativas de inicio, sino también de la situación en la que terminan las personas y grupos.

Esta última idea, que son muchas ideas englobadas, ha sido etiquetada por sus críticos como la versión aritmética del principio de igualdad.

Esta igualdad aritmética buscaría asignar a todos las mismas cantidades de bienes divisibles, lo cual redundaría en la violación de la autonomía personal, el aplastamiento de las particularidades, la anulación de los efectos diferentes que tienen los bienes sobre los sujetos y, en últimas, la asignación equivocada de importancia intrínseca a un principio que sólo tiene valor de medio. Lo que realmente importa en términos morales y sociales no es que todos tengamos lo mismo, sino que todos tengamos lo suficiente para llevar vidas dignas y autónomas. La desigualdad no es, entonces, un problema, ni es reprochable en contextos en los que la gente puede vivir dignamente. Lo relevante en términos de respeto a las personas es, como ya lo señalé, que todos tengan lo necesario para vivir bien y que, cuando se trate de escoger criterios de asignación de bienes sociales, se dé prioridad a quienes están en peores condiciones. La pretensión de igualdad sustantiva, además de estar animada por la envidia a quienes tienen más, evidencia, como dice Anne Phillips, una falta de sofisticación teórica preocupante (1999).

En este escrito quisiera ofrecer algunas razones en defensa de la tesis de la importancia de la igualdad material tanto para la reflexión más general sobre qué debería tener una sociedad equitativa, como sobre qué implicaciones tiene o debería tener para las discusiones más específicas sobre discriminación. La idea que defiendo en este escrito es que la igualdad material es un componente central del principio general de igualdad y que, en sociedades en las que la brecha entre quienes tienen mucho y quienes tienen muy poco es enorme y permanente, la noción misma de igualdad básica de todas las personas resulta amenazada por la persistencia de desigualdades materiales. Por eso, si la discriminación es el obstáculo permanente de acceso a bienes sociales y capacidades debido a ciertos rasgos de un grupo social, tanto la falta crónica de recursos materiales, como la distribución radicalmente desigual de esos bienes y capacidades amenazan permanentemente el principio de igualdad de estatus entre todos los agentes y los excluye, por esa razón, de lo que se necesita para funcionar en sociedad de manera adecuada.

Para defender esta tesis voy a proceder así. En primer lugar, quisiera presentar cómo se ha entendido la idea del bloqueo de acceso que implican las conductas o estructuras discriminadoras. En este apartado también me gustaría mostrar cómo esa obstaculización se entiende en términos de oportunidades de inicio. En el segundo apartado me gustaría explorar con más detenimiento dos argumentos centrales en contra del valor intrínseco del principio de igualdad material: el que defiende el principio de suficiencia y el que sustenta la idea de igualdad de oportunidades valiosas. En tercer, y último lugar, quisiera examinar la importancia específica de la idea de igualdad sustantiva o de estado final para los estudios sobre la desigualdad estructural y la discriminación. Me voy a apoyar en las tesis expuestas por la profesora Anne Phillips para mostrar que la igualdad material no sólo no es soslayable, sino que es fundamental para la construcción de un principio plausible de igualdad.

Para cerrar esta introducción sólo quisiera agregar que no creo que la igualdad material sea la única que importa, ni que la igualdad, en general, sea el único principio valioso. Lo que pretendo, más bien, es mostrar que merece más atención de la que ha recibido hasta ahora por parte de quienes hacen estudios sobre la discriminación. Esta categoría también invita a explorar diversas formas de bloqueo de acceso a bienes sociales básicos que no están contempladas en el catálogo clásico de las conductas y estructuras que se han considerado discriminatorias.

1. La discriminación y lo que obstaculiza o de porqué es tan poco importante la igualdad material

Las tesis dominantes en los estudios sobre la discriminación respecto de porqué es incorrecta en términos morales y debería ser sancionada por el sistema jurídico sostienen que esta "conducta" viola la igualdad de estatus, las libertades deliberativas o la autonomía. Esos trabajos suelen revisar el vínculo de justificación entre el valor o los valores morales y la acción o estructuras sociales que excluyen de manera ilegítima a ciertos

grupos del disfrute de bienes sociales básicos. El valor al que suele ape-larse como el que, en últimas, sustenta el deber de no discriminación y la sanción de esas conductas o instituciones es el de la igualdad. Pero esa prevalencia de la igualdad como fundamento no es unánime y ha sido disputada recientemente. La idea compartida por algunos académicos es que no sólo la igualdad no es el valor prevalente cuando se habla de dis-criminación, sino que no debería serlo.

Cualquier defensa de este principio que vaya más allá de la igualdad bá-sica entre personas en tanto que seres humanos y que le asigne una im-portancia intrínseca es incorrecta. Para estas propuestas, entonces, no sólo la igualdad sustantiva es irrelevante, sino que mostrar su irrelevancia no requiere un gran esfuerzo argumentativo. En todo caso, la igualdad eco-nómica no es un valor en general, ni lo es en específico cuando se trata de discriminación. Esta tesis la comparten prácticamente todos los dis-criminólogos: tanto quienes defienden una tesis de la igualdad como fundamento, como los que postulan otros valores como base de la incorrec-ión de esas conductas. A continuación, quisiera presentar tres versiones de esta idea, expuestas por algunos de los teóricos de la discriminación más leídos y comentados: Deborah Hellman, Sophia Moreau y Tarunabh Khaitan.

Para Deborah Hellman, la negación de acceso a bienes sociales a ciertos sujetos que comparten, o se cree que comparten, determinado rasgo es una conducta discriminatoria y, por lo tanto, reprochable en términos nor-mativos (2011), (2013), (2014). El principio moral básico que justifica esa condena es el de igualdad, entendido como la igual consideración y respeto hacia sujetos que son inherentemente valiosos. La acción discrimi-nadora se configura cuando un individuo, o varios, se expresan en tér-minos denigrantes respecto de otros que tienen, o se cree que tienen, alguna característica indeseable. Esa expresión no sólo comunica, sino que le hace algo a esa persona: la humilla y la denigra. Para que cierto enun-ciado lingüístico dañe, quien lo emite debe tener tal estatus social que sus palabras, por sí mismas, puedan degradar al objeto de sus expresiones.

La noción de igual consideración como fundamento normativo de la discriminación tendría una ventaja conceptual frente a otras: a diferencia de las categorías que son muy controversiales, ésta está respaldada por un consenso teórico y jurídico muy amplio. Es decir, para Hellman, puede haber muchas versiones diferentes sobre lo que es importante para las personas, pero la mayor parte de los sistemas morales y de derecho coinciden en lo básico: todos merecen igual consideración y respeto. Este principio ofrecería respuestas empíricas sobre la discriminación aceptadas por individuos razonables con creencias diferentes.

La tesis de Hellman es, entonces, que la discriminación moralmente problemática ocurre cuando se vulnera el igual valor de las personas. Ese valor básico está integrado por 2 subprincipios: el de dignidad inherente de los seres humanos y el de importancia igual de todos los sujetos, que se traduce en el imperativo universal de igual consideración y respeto. Lo que prescribe la igualdad como valor moral es la distribución idéntica de respeto a todas las personas. La discriminación se configura, en consecuencia, cuando se hacen distinciones inmorales entre individuos. Hacer diferencias entre personas con base en ciertos rasgos que comparten como grupo supone que se les considera como personas de valor menor. Lo que viola el valor moral de la igualdad es, entonces, clasificar a las personas a partir de ciertas características que comunica un mensaje denigrante acerca de ellas.

En suma, el mandato de igual consideración y respeto se vulnera cuando un sujeto denigra a otro con base en cierto rasgo que este último tiene, o se cree que tiene. La lesión la produce la acción denigrante misma, no sus efectos. El principio básico de cualquier organización social es el de igualdad y cuando se usan expresiones denigrantes lo que se hace con esa expresión es, precisamente, negar que los sujetos señalados tengan igual valor.

Para Sophia Moreau (2010), (2013), (2018), (2020), el valor de la igualdad es importante cuando se cualifican los perjuicios que sufren las personas

discriminadas. Está de acuerdo con Hellman en que el principio de igual consideración y respeto es básico cuando se trata de discriminación, pero ese principio más que una alternativa es una especificación de la noción de libertades deliberativas. La igual consideración distribuye un conjunto de libertades que permite a los individuos escoger los valores de la vida que desean vivir, sin tener que asumir los costos de los rasgos que no deberían considerar cuando deciden. En ese sentido, la teoría basada en las libertades es comprensiva del ideal de igual consideración.

El principio de igual consideración especifica lo que supone el respeto de las libertades individuales, pero no subordina ese reconocimiento a decisiones distributivas. Cada individuo es titular de un derecho abstracto a ciertas libertades y eso no se relaciona con las titulaciones, iguales o diferentes, de otras personas. La capacidad de ser libres depende, en últimas, de la habilidad más fundamental de ser autónomos, y esto no es relativo a las capacidades de los otros.

Las libertades, en general, y las deliberativas, en particular, tienen valor inherente, con independencia de su distribución entre sujetos y de sus vínculos con otras cosas importantes. Si se quiere entender las quejas de las víctimas de discriminación hay que apelar, necesariamente, a las libertades que se les han negado. La discriminación, entonces, bloquea la posibilidad de los sujetos, individuales o colectivos, de acceder a bienes sociales valiosos. Esa diferenciación inmoral opera a través del señalamiento de un rasgo que esos sujetos tienen, o se cree que tienen. Como consecuencia, el objeto del bloqueo es la posibilidad de que los intereses concretos de las víctimas cuenten sustantivamente en el debate público. Las libertades deliberativas de los agentes son, entonces, el fundamento normativo de la prohibición de discriminación inmoral.

Tarunabh Khaitan (2015) considera que la vulneración del valor de la autonomía es lo que fundamenta el reproche a discriminación. Esta conducta profundiza y reproduce las desventajas históricas y actuales que afectan a ciertos grupos sociales. Los integrantes de esos grupos, o que

se cree que los integran, no tienen las mismas oportunidades de vivir de acuerdo con su idea de vida buena. En otras palabras, las libertades de las personas discriminadas están restringidas ilegítimamente, lo que bloquea la práctica del autogobierno y autorrealización. La discriminación es injusta porque es estructural e impide que los integrantes de grupos desaventajados ejerzan sus libertades.

Khaitan considera que hay 4 bienes básicos indispensables para tener una vida segura y florecer: (i) la satisfacción de necesidades biológicas básicas; (ii) la garantía de libertades negativas; (iii) el acceso a un rango adecuado de oportunidades valiosas; (iv) y las bases sociales del autorrespeto. La posibilidad de disfrutar de estos bienes es una demanda liberal y el foco en los grupos desaventajados se debe a las barreras estructurales que les impide disfrutar de esos beneficios.

La discriminación obstaculiza el acceso de grupos desaventajados a ciertos bienes socialmente valiosos. Los rasgos que el grupo comparte, o eso se cree, son características personales que condicionan la decisión de exclusión y que, en términos normativos, deberían ser irrelevantes para la decisión. La fundamentación normativa de las acciones antidiscriminatorias es, entonces, la protección de un aspecto del bienestar de las personas mediante la reducción de sus desventajas permanentes. Esas desventajas suponen el acceso precario a las condiciones necesarias para una vida buena, esto es, a libertades negativas, autorrespeto y acceso a un rango adecuado de oportunidades valiosas.

Según la versión del igualitarismo atacada por el autor, esta propuesta afirma que las oportunidades adecuadas son las repartidas en porciones idénticas. La comparación sería, en consecuencia, el mecanismo moral y metodológicamente adecuado para determinar la corrección de los repartos. Pero la igualdad en la distribución, a diferencia de lo que creen los igualitaristas, no tiene importancia intrínseca. El principio de igualdad económica soslaya la consideración de lo que los bienes producen en los sujetos. El compromiso igualitario con la distribución aritmética igual,

como si esto tuviera valor en sí mismo, choca con la búsqueda individual de la vida buena y es indiferente frente a las necesidades propias de las personas y los grupos.

La propuesta de Khaitan sobre la discriminación es anti-igualitarista, suficientista y preferencial. Cuando se trata de oportunidades, lo importante es si las personas tienen lo suficiente para llevar una vida valiosa y eso no tiene que ver con la asignación de porciones equivalentes. La suficiencia se define a partir de los bienes sociales disponibles, los objetivos de los sujetos y los valores con base en los cuales se determina qué es una vida buena. La evaluación de suficiencia es, entonces, comparativa en tanto depende en alguna medida de lo que otros tienen que, como ya lo dije, no tiene por qué ser lo mismo.

El preferencialismo define el orden en el cual se reparten las porciones de bienes sociales, entre ellos, las oportunidades. Prescribe que la prioridad en la distribución sea definida con base en la necesidad de los destinatarios: los que más necesitan reciben primero. Las oportunidades valiosas tendrían que ser repartidas, en primer lugar, a quienes tienen necesidades más urgentes y en cantidad suficiente para la realización de sus fines. La reducción de la brecha entre los sectores más privilegiados de la sociedad y los más precarizados no tiene valor en sí misma, como tampoco lo tiene la igualdad. Lo que importa es el acceso de los grupos discriminados a oportunidades cualificadas.

Las propuestas de estos tres teóricos de la discriminación son mucho más extensas, matizadas y abordan una cantidad de problemas más amplio que lo que acabo de exponer. Lo que me interesa resaltar es que estas versiones sofisticadas sobre qué valores fundamentan la condena a la discriminación se comprometen sólo con tesis muy básicas de la igualdad. Quiero decir, cada una edifica conceptualmente su propuesta con base o bien en la igual consideración y respeto, en las libertades deliberativas o en la autonomía como lo que resulta lesionado cuando se incurre en esa conducta incorrecta. Los tres apuntan a las oportunidades y

los bienes como lo lesionado por la discriminación, pero elaboran muchísimo más cuál es la importancia de las oportunidades y en qué consisten. En relación con los bienes, su preeminencia se presenta en términos también de oportunidades, pero se habla mucho menos de si no sólo la falta de acceso, sino también la falta material de bienes tiene algún peso cuando se habla de discriminación.

Otras cuestiones en la que coinciden cuando se piensa en el lugar que ocupa la discusión sobre desigualdad económica en su propuesta es, primero, que consideran que la igualdad de estatus entre los seres humanos es un tema superado y que lo que tienen que hacer la teoría y la práctica es avanzar al escalón siguiente. Quiero decir, ya que estamos de acuerdo en que todas las personas son igualmente dignas y que merecen igual consideración y respeto, lo que queda es especificar qué implica ese estatus moral en términos de prácticas institucionales frente a grupos integrados por seres humanos dignos e iguales, pero excluidos ilegítimamente del acceso a ciertos bienes y oportunidades. En términos de Hellman, la igualdad de estatus es un concepto magro, esto es, es tan intuitivamente cierto y hay tal consenso respecto de su universalidad que puede tomarse como punto de partida para definir las conductas o instituciones que vulneran ese postulado.

El otro punto en el que están de acuerdo es que, dada la igualdad universal entre los seres humanos, lo que ofende ese estatus moral no es que haya brechas entre los bienes que tienen, sino que haya gente que no tiene ni lo mínimo para vivir dignamente. Que los tres enfatizan la cuestión de la pobreza extrema como violatoria de la dignidad humana y que señalen que estos sujetos sufren discriminación, pero que no digan mucho más que eso, es una coincidencia interesante. Tal vez el que desarrolla más este punto, aunque eso no es decir mucho, es Khaitan, quien sostiene que el problema es que haya grupos sociales que no tienen lo suficiente para realizar su proyecto de vida. El deber moral de las instituciones, entonces, es darles prioridad a estos grupos en la distribución de bienes sociales, dado que pueden resultar discriminados por sus carencias

materiales. Lo que importa en términos morales, sociales y jurídicos no es la distancia entre los muy ricos y los muy pobres, sino que haya pobres que no tienen lo mínimo para vivir dignamente. Si quienes tienen menos tienen lo suficiente para florecer, la desigualdad económica no viola ningún estándar moral. Quienes piensan lo contrario, es decir, que la igualdad económica tiene importancia intrínseca más allá del cumplimiento de necesidades básicas, tienen sus prioridades desordenadas y su teoría también.

Esta idea de que lo crucial moral y jurídicamente es luchar contra la discriminación parece pasar de lado o, cuando menos, muy rápidamente, tanto por la relación entre pobreza estructural y acceso de grupos a bienes y oportunidades debido a cierta característica que comparten y el vínculo entre discriminación y desigualdad económica. Debido a esto, creo que una buena manera de presentar los argumentos en favor de la igualdad material como importante en sí misma y como síntoma de que la igualdad de estatus no es un tema superado es exponer antes la propuesta que niega que esto sea así, pero que afirma la necesidad de volcarse sobre lo que sí es central: la suficiencia de recursos para vivir y la prioridad de los pobres extremos en el reparto de esos recursos.

2. Iguales como seres humanos, pero no más: las tesis de la suficiencia y de la prioridad

En el apartado anterior decía que varios teóricos de la discriminación consideran que el valor, o uno de los valores, fundante del trato adecuado es el de la igualdad moral. También coinciden en que la pobreza extrema obstaculiza el acceso de grupos muy precarizados a oportunidades valiosas y, dado que todos somos iguales en tanto que seres humanos, esas carencias tienen un enorme potencial discriminador. No elaboran demasiado la idea, pero comulgan con las propuestas de que lo que se debe a esta población es garantizarle el acceso a bienes sociales suficientes para vivir de manera decente y que se les dé prioridad en la distribución

de recursos. A continuación, quisiera exponer con más detalle en qué consisten estas tesis en términos positivos y como negación del valor intrínseco de la igualdad sustantiva. Voy a empezar con las ideas que niegan su lugar como valor moral en general para, después de eso, explorar en qué sentido eso se vincula con la negación estándar de la teoría de la discriminación. Después de eso diré algo sobre el mandato de priorización de los que están peor.

2.1 Suficiencia y oportunidades

Quienes defienden la tesis de la suficiencia como aquello que requieren las sociedades decentes sostienen, en primer lugar, que la igualdad económica no es un valor en sí mismo (Frankfurt, 2015). Si ese valor tiene alguna relevancia es debido a su impacto en otro tipo de desigualdades, éstas sí, moralmente objetables debido a su tendencia a subvertir los principios democráticos. La desigualdad económica, por el contrario, sería un estado de cosas inocente de por sí y, en consecuencia, las teorías y programas sociales tendientes a equiparar a todas las personas en términos de bienes son indeseables e incorrectas. Los modelos morales, políticos y jurídicos, al igual que las instituciones sociales deberían dirigir sus esfuerzos a garantizar que la gente tenga lo que necesita para vivir dignamente.

Lo que resulta verdaderamente inaceptable es que haya tantas personas viviendo en condiciones de pobreza extrema y esa no es una cuestión que esté vinculada con las desigualdades de ingreso. Si eso fuera así, una solución aceptable al asunto de la desigualdad y la pobreza sería nivelar la situación de todos en términos de la misma precariedad. De esa manera se honraría el supuesto valor intrínseco de la igualdad material y no habría diferencias comparativas entre sujetos, al menos, en términos de bienes asignados.

El argumento, entonces, de filósofos como Harry Frankfurt (2015) es que si las personas muy ricas son culpables de algo es de glotonería económica, pero la glotonería ni es incorrecta moralmente, ni le quita "el

pan de la boca" a quienes o no son tan ambiciosos o lo son, pero no pueden adquirir esa riqueza. En ese sentido, y dada la tendencia acaparadora de quienes tienen muchísimo, es comprensible que algunas personas vean a la desigualdad material como lo objetable de esta situación. Y, según Frankfurt, esa posición política, moral y jurídica es comprensible, pero está equivocada respecto de cuál es el auténtico desafío en este caso. Los enemigos son la pobreza y la riqueza extremas, cuya reducción tendría como impacto la reducción de la desigualdad económica, que, como ya lo señalé, es un efecto probable, pero no necesario, ni valioso en sí mismo.

Veamos, quienes defienden la suficiencia como el estándar de lo moralmente deseable en una sociedad democrática y justa resumen la tesis de la igualdad económica como la creencia de que es bueno que todas las personas tengan el mismo nivel de ingreso y riqueza (Casal, 2007). En consecuencia, esa postura implica un compromiso con una política económica igualadora para el logro de otros fines sociales. La manera de garantizar que todas las personas tengan al menos lo suficiente sería propender, precisamente, porque todos tengan lo mismo. Esta suficiencia universal cuyo camino es la búsqueda de la igualdad económica sería una condición necesaria para la obtención de bienes intrínsecamente valiosos y una distribución mucho más igualitaria del ingreso (Phillips, 2021).

Ahora bien, los modelos igualitaristas de este tipo están equivocados y su intento de implementación generaría la vulneración de su mismo fundamento: la igualdad de estatus. Como lo dicen de manera enfática Moreau y Khaitan: el igualitarismo sustantivo soslaya el conflicto que sus tesis implican entre la libertad y la igualdad. En el supuesto, indeseable, pero posible, de que se implementara una política social y económica de ese tipo, la igualdad aritmética de bienes entre sujetos duraría muy poco. Las personas tienden de manera natural a buscar el incremento de su capital cuyo resultado depende en buena parte de los talentos innatos o cultivados. De esa manera, los desequilibrios de ingresos empezarán pronto a resurgir. La única manera de mantener ese patrón distributivo igualitario

es la represión de las libertades. Esa represión de las libertades viola directamente el principio de igualdad moral entre los seres humanos que es, precisamente, el bien intrínseco que justifica el valor mediático de la igualdad económica (Frankfurt, 2015), (Anerson, 2013).

Este igualitarismo de bienes tiene un problema más fundamental (Frankfurt, 2015), (Phillips, 2021): cuando la gente busca la igualdad económica su satisfacción dependerá de cierto nivel de ingreso. Pero esa satisfacción se basa en la comparación permanente con lo que tienen los otros y no con los fines e intereses propios. Eso pone a los sujetos en la situación de tener que calcular permanentemente lo que necesitan según lo que tienen los demás y no a partir de sus circunstancias individuales. En otras palabras, el espíritu comparativista de esa propuesta distrae a la gente de la definición y el logro de su proyecto de vida, es decir, la aliena. Por eso, si las relaciones fraternales entre personas son indispensables para tener una sociedad decente y funcional, la búsqueda de la igualdad material rompe esos vínculos de fraternidad y vuelve a los sujetos espías permanentes de lo que tienen los otros. Los sujetos ya no se ven como integrantes de una empresa cooperativa, sino que se vuelven vigilantes de que el otro no tenga más de cualquier cosa, sin importar sus necesidades o características individuales.

Pero hay que reconocer, según el suficientismo, que es más fácil, en términos teóricos y prácticos, ser un igualitarista aritmético. El cálculo de las porciones iguales a repartir es una tarea más clara que definir qué es lo suficiente para que la gente tenga un nivel de vida decente. Eso desorienta a muchos: lo que requiere la teoría incorrecta es más fácil de definir e implementar; los imperativos de la teoría correcta demandan análisis más ponderados y aproximativos (Frankfurt, 2015).

El dilema aparente se presenta, entonces, entre igualdad y respeto: si una persona tiene los recursos suficientes para cubrir sus necesidades e intereses, entonces, esos bienes son adecuados para ella. Ese ajuste de los recursos no se define con base en la magnitud de lo que tienen los otros

sino, más bien, de las oportunidades de ese sujeto para acceder a los bienes sociales necesarios para prosperar. En otras palabras, la calidad de las alternativas disponibles entre las cuales es posible escoger no se define con base en la cantidad de opciones que otros tienen, sino de las necesidades, capacidades e intereses de los individuos.

Lo mismo ocurre con la asignación de derechos que atiende al principio de igual consideración y respeto. Es decir, la titulación de derechos que refleja la preocupación y el respeto por una persona no está relacionada con los derechos que se reconocen a los otros. Cada sujeto, de manera individual, tiene derecho a recibir igual consideración y respeto y a que, derivado de ese principio, se le reconozca la titularidad de los derechos consolidados por su actuación y se reconocimiento no depende de los derechos asignados a los demás. El que alguien tenga algo, ese algo puede ser un derecho, no es una razón que sustente la pretensión de alguien más de tener eso mismo y en igual cantidad.

De nuevo, la igualdad material no tiene importancia moral, social, política, ni jurídica. La tendencia generalizada a defenderla como bien intrínseco se deriva de la confusión entre tratar a una persona con respeto y darles a todos lo mismo. Quienes demandan trato igual en términos de repartición aritmética calculan sus pretensiones con base en lo que tienen los otros y no lo que esa persona requiere para vivir dignamente. En ese afán de igualdad así planteado no hay afirmación del sujeto mismo, sino definición de sus metas e intereses con base en cuestiones exógenas a su naturaleza.

En suma, para la tesis de la suficiencia lo que exige el respeto por las personas es tratarlas como iguales morales y de estatus. Eso requiere la consideración de sus intereses y proyectos en tanto que definidos por ellas mismas, esto es, el respeto de sus libertades. Aunque la glotonería económica extrema de los muy muy ricos es desagradable, no hay nada en ella en sí mismo objetable. Lo que sí resulta inaceptable son la pobreza y carencia extremas en las que vive mucha gente. La pretensión de elevar

a valor intrínseco la igualdad económica, y fundamentar acciones con base en éste, sólo distrae de lo que es realmente urgente: el alivio de las carencias humanas extremas. La energía que debería dedicarse a esa tarea de dignificar la vida de mucha gente se desperdicia en tratar de imponer de manera autoritaria distribuciones iguales de bienes y a generar sociedades no fraternas, sino regidas por la envidia y la vigilancia permanente de las personas entre sí. Por el contrario, el foco moral y jurídico debería estar en las opciones que se ofrecen a la gente para alcanzar vidas decentes. En el siguiente apartado quisiera explorar brevemente esa idea de las oportunidades como una de las métricas adecuadas para definir si las personas tienen lo suficiente para vivir.

2.2 A veces esperando las oportunidades...

La categoría "oportunidades" es algo así como el santo grial de quienes se dedican al estudio

de la igualdad, la pobreza y la discriminación. Es una de las palabras favoritas de los políticos en campaña, de tendencias ideológicas muy variadas, y de funcionarios que diseñan e implementan política pública. Un elemento central de la defensa de la importancia nuclear de la igualdad económica pasa por poner en duda, no que las oportunidades sean importantes, sino que sean suficientes para definir a una sociedad como igualitaria, en cualquier sentido. Pero antes de exponer el escepticismo frente a esta noción, quisiera presentar, en términos muy latos, en qué consiste.

La igualdad de trato como imperativo social y moral se deriva de la idea de igualdad de estatus. Esa igualdad supone, en primer término, el respeto por los intereses y objetivos de las personas, es decir, de la libertad de los sujetos. Por su parte, la igual consideración impone la obligación de ver con más detenimiento la situación de los sujetos y revisar las condiciones en las que ejerce esa libertad que debe respetarse. Esa es, entonces, una de las razones que sustentan el deber de poner en marcha

instituciones que garanticen igualdad de oportunidades para la gente, sensibles a sus capacidades, intereses y necesidades. En otras palabras, las sociedades deben cumplir con las oportunidades de progresar, pero, también, respetar qué tanto y cómo quieren florecer los sujetos.

Según Richard Arneson (2013), la idea de igualdad de oportunidades es producto del crecimiento de las economías de mercado y el requerimiento de que los puestos de trabajo estén abiertos a todos los aspirantes y que estos sean evaluados debido a su mérito. Ese mérito estaría dado por la productividad que pueden alcanzar esos aspirantes. La igualdad de oportunidades sería, entonces, la orientación de las sensibilidades de quienes tienen el poder político, social y jurídico hacia quienes están en peores condiciones. La economía política distribuiría las posiciones que tienen las mayores ventajas, estas deberían estar abiertas para todos y el criterio de selección tendría que ser el talento. El destino de los sujetos en Estados regidos por ese principio sería definido por la combinación de la habilidad inicial y la habilidad para ofrecer bienes valorados por el mercado.

Pero, dado que no hay una igualdad inicial entre las personas que compiten por esos cargos, la tesis de la igualdad de oportunidades sostiene que es imperativo contar con políticas y sistemas jurídicos que permitan a la gente competir en igualdad de condiciones: escuelas para recibir educación adecuada, sistemas de salud decentes, alimentación suficiente y de calidad, por nombrar sólo algunas. Si ese principio se cumple, el reparto de bienes básicos en esa sociedad podrá ser calificado como justo y el trato que se le da a sus habitantes como respetuoso y decente.

Desde esta perspectiva, lo que se debe igualar para honrar el estatus igual de los individuos es, precisamente, las oportunidades. También, y de manera armónica con la tesis de la suficiencia, lo que no es necesario, ni deseable igualar son el ingreso y la riqueza. Es cierto que tener recursos materiales permite a la gente involucrarse en diferentes actividades. Lo que no es cierto es que las personas disfrutan de esas libertades sólo si se les

distribuye un paquete idéntico de bienes. Como dicen los suficientistas, esos repartos igualitarios finales sólo pueden ser garantizados mediante intervenciones arbitrarias en el ánimo acumulativo de los sujetos, lo que, por supuesto, termina violando precisamente sus libertades.

Además, la igualdad económica como ideal no sólo desincentiva el trabajo duro y la intención de ahorro de los más talentosos, sino que trivializa la importancia del mérito para alcanzar el éxito social y económico. Si todas las personas van a tener los mismos bienes, ¿qué razón puede haber para esforzarse por alcanzar una mejor vida? Este ideal es equivocado, entonces, porque desestimula el emprendimiento y el impulso de crear opciones para que todos puedan acceder a los bienes que se derivan de ese trabajo y porque se focaliza en un problema que no es fundamental. La desigualdad material no tiene importancia si todos tuvieron opciones decentes y adecuadas de prosperar y, debido a eso, lograron lo suficiente para vivir, al menos, dignamente.

Debido a la urgencia en términos humanitarios de la situación de precariedad de muchas personas, esas oportunidades adecuadas deben ser distribuidas con base en un criterio de priorización. Es decir, debe empezarse por crear alternativas valiosas para los sujetos que están en condición de pobreza extrema y, una vez hecho eso, subir en la escala hasta llegar al umbral de la gente que tiene condiciones de vida decorosas. Es decir, debe priorizarse a las personas que están peor, pero sólo hasta el punto en el que todos tengan lo suficiente. Más allá de eso, la repartición de bienes sociales dependerá del esfuerzo, la suerte y el talento de los individuos.

Otra manera de presentar estos mismos principios de suficiencia, prioridad y oportunidades es a través del principio de igualdad constitucional y las obligaciones que impone al Estado en relación con los grupos en desventaja estructural, como los pobres extremos. A diferencia de la interpretación más tradicional del principio de igualdad jurídica como el mandato de no arbitrariedad en el trato, éste impondría la obligación de atacar la situación de desventaja histórica de esas personas.

Roberto Saba (2019) ha estudiado este tema de la desigualdad estructural con los lentes del derecho constitucional y ha enfatizado la necesidad de pasar de una indagación de la discriminación como un problema individual a la evaluación de las características estructurales de ese fenómeno. Su tesis es que lo que provoca la exclusión de ciertos grupos sociales con base en algún rasgo que comparten tiene mucho más que ver con relaciones históricas de sometimiento y opresión que con acciones objetables de individuos. La exclusión sistémica de esas categorías de personas del acceso a cargos, actividades y espacios obedece a prácticas sociales complejas, prejuicios y creencias que bloquean su acceso al disfrute de bienes sociales básicos. En suma, lo que busca el principio constitucional de igualdad ante la ley, más que condenar instancias de discriminación discretas basadas en un listado de criterios sospechosos, es evitar que continúen y se perpetúen las prácticas sistémicas de opresión y exclusión de esos grupos.

Ahora bien, si se dan las condiciones adecuadas de igualdad de oportunidades para acceder a los bienes sociales mencionados, puede pasarse del reproche a la desigualdad estructural a la censura individual que supone el principio de no discriminación. La cuestión con la pobreza estructural es, a juicio de Saba, precisamente esa: que esas personas no pueden superar su situación con base en su esfuerzo porque esa precariedad se transmite de generación en generación y es un asunto de falta de derechos. En esos casos, la respuesta del Estado tiene que venir por el lado del reconocimiento de derechos sociales, de seguros de desempleo y de ingreso mínimos universal, entre otras.

Al igual que Frankfurt, en relación con la idea de suficiencia, y que Khaitan con sus propuestas sobre desigualdades sistémicas entre grupos y suficiencia, Saba considera que el verdadero problema cuando se habla del mandato constitucional de igualdad sustantiva es el binomio pobreza extrema e interseccionalidad. En ese sentido, lo que se debe examinar, por ejemplo, en vía judicial, cuando se acusa al Estado de haber desconocido su obligación de respeto a ese principio, es si los grupos excluidos

sufren opresión histórica y tienen bloqueada la posibilidad de desarrollar planes autónomos de vida.

Es más, si la pobreza extrema viola el mandato superior de igualdad, ese grupo precarizado tiene derecho a que el Estado implemente las políticas públicas necesarias para salir de ella. Esas acciones estatales deberían aplicar, en orden lexical, principios de priorización que van de los pobres extremos a los pobres menos precarizados. En suma, en esta propuesta de lectura del principio de igualdad constitucional en términos sustantivos, que se mueve de los agravios individuales de la discriminación a las ofensas de la opresión sistémica, el problema de la desigualdad estructural es la pobreza extrema, la falta de oportunidades y la insuficiencia de medios de vida adecuados. En una situación en la cual esos grupos tienen lo suficiente para vivir dignamente y las oportunidades adecuadas e interseccionales para ascender socialmente, la desigualdad dejaría de ser un problema.

3. ¿Está la desigualdad económica conectada con la desigualdad sistémica o la discriminación estructural?

Algunas propuestas sobre en qué consiste el principio de igualdad empiezan por intentar contestar a la pregunta "igualdad de qué". Quisiera referirme tanto a las propuestas que justifican incluir a la igualdad material en el catálogo de valores que integran ese principio, como a las que afirman que la pregunta por los objetos y la métrica de la igualdad empiezan tarde a pensar en el tema.

La mayoría de las teorías que reconocen a la igualdad como un valor intrínseco dan por sentado que la igualdad de estatus entre seres humanos es un consenso logrado. Lo que quedaría es, entonces, precisar los bienes sociales básicos que todas las personas deberían tener y el mecanismo de distribución de esos bienes. Por ejemplo, algunos sostienen que lo justo es darle a cada persona lo que se le debe, aunque haya desacuerdos

profundos sobre qué es eso que se le debe a la gente (Cohen, 2008). Estas posiciones consideran que la justicia es cuestión, principalmente, de distribución, y que cualquier reparto desigual de bienes primarios que no pueda ser justificado por la elección, falta o merecimiento de los afectados es inequitativa y, en tanto que inequitativa, es injusta.

La pregunta, entonces, que buscan responder estos filósofos es hasta qué punto el principio de igualdad de estatus alcanza a regir cuestiones económicas y sociales. Muchas de estas propuestas afirman que es deseable extender el principio de igualdad más allá de lo que hasta ahora lo han hecho tanto los académicos, como los mismos estados. La idea es que la convivencia con las desigualdades sociales y económicas hace que la gente se insensibilice frente a su injusticia (Nagel, 1995).

Ahora bien, si, de acuerdo con el principio de la igualdad de estatus, los sujetos tienen el mismo valor, es sorprendente que casi todos los sistemas sociales permitan que tantas personas nazcan en condiciones de privación profunda; en condiciones que, precisamente, aplastan sus prospectos de tener una vida decente. Mientras tanto, un porcentaje muy pequeño de individuos controla desde su nacimiento recursos enormes y puede sacar ventaja de bienes que están muy por encima de las condiciones de decencia. La consecuencia de esto es que las desigualdades materiales hacen parte de una inequidad más extendida de estatus social, libertad personal y bases sociales del autorrespeto. Lo que parece que está mal con todo esto no es, en sí mismo, que haya desigualdades materiales y de ventajas en general, sino que sean desventajas de las cuales no son responsables.

La defensa de la igualdad económica con base en sus efectos sobre la igualdad política, social y legal no es la afirmación de su valor intrínseco, esto es, de la importancia de por sí de tener iguales beneficios (Nagel, 2012). En todo caso, debido a la enorme relevancia de los bienes para funcionar en sociedad, la igualdad material ofrece una razón independiente para considerarla como un bien por derecho propio. De nuevo, si

las desigualdades económicas no amenazaran las que tienen peso independiente, éstas serían mucho menos objetables.

Un principio moderado de igualitarismo material se construye, en consecuencia, con base en un mandato de distribución que empieza por asignar bienes necesarios a quienes están peor y, luego de eso, a los que están un poco menos mal y así hasta llegar al punto en el que el bienestar de los sujetos no haga necesario intervenir (principio de priorización). Una defensa más fuerte del igualitarismo sostendría que algunas desigualdades son indeseables, aun si benefician a los que están en condiciones más precarias. En ese sentido, una posición en la que todos estén peor, pero que sean más iguales es preferible en tanto, precisamente, se reducen las desigualdades. Según ese igualitarismo de la distribución, el argumento funciona si se defiende a nivel individual vía la relación entre desigualdad política y económica. Como veremos más adelante, la defensa de una igualdad económica más fuerte y generalizada considera que esta defensa individual es inútil y que lo que genera discriminación o desigualdad estructural es, precisamente, el carácter sistémico de esas inequidades.

Pero, cuando las libertades políticas y personales están protegidas, los derechos sociales garantizan igualdad básica de oportunidades y el sistema atiende de manera prioritaria las necesidades de los más pobres, el estándar de justicia distributiva establece que esa es una sociedad justa. La teoría no favorece, entonces, la reducción de las desigualdades en sí mismas, sino como medio para mejorar a los que están peor (Nagel, 2008).

Contra esta idea de que la justicia es sólo una cuestión de instituciones sociales, algunos han respondido que las cuestiones de equidad e igualdad que se quedan como problemas de arreglos institucionales y dejan de lado a la conducta individual están llamados a fracasar. Esto es, los mismos valores que respaldan políticas redistributivas terminan por frustrarse debido al afán de mejoramiento individual. Si el costo de mejorar a los que están peor es permitir que la brecha entre ellos y los que

más tienen no tenga límite, esas personas empiezan a vivir en sociedades diferentes y el estatus, las situaciones política, social y legal de los más precarizados termina por ser impactada por esa grieta (Cohen, 2001), (Nagel, 2008).

Otros pensadores consideran que la igualdad económica debe figurar como principio moral y político autónomo y que la redistribución de bienes sociales no basta. Consideran que centrarse en la métrica y el objeto de reparto pasa por alto que la desigualdad no es un problema de justicia cósmica, de suerte o de elección responsable, sino que es, primordialmente, un principio contra la opresión. Dado que la opresión está, por definición, socialmente impuesta, la finalidad anti-opresiva del principio de igualdad está orientada a crear comunidades en las que la gente se relaciona, en niveles múltiples, de manera igualitaria. Una propuesta de este tipo, como la de Elizabeth Anderson (1997), apunta a que lo que se debe defender es una igualdad democrática que, más que esencias morales de los seres humanos, busque la construcción política de una comunidad de iguales e integre principios distributivos con demandas expresivas de igualdad de respeto.

Debido a que uno de los fines de los sujetos que viven en comunidad es, según esta propuesta, la construcción de un Estado que les asegure a todos el ejercicio de sus libertades, los principios distributivos de bienes no le dicen a la gente qué es lo que debe hacer con sus oportunidades, ni juzga qué tan responsables son por las consecuencias de sus decisiones. Este estado igualitarista no garantiza el acceso de todas las personas a los mismos funcionamientos y capacidades, sino a niveles suficientes que permitan ser un igual social durante toda la vida. Por eso, es muy importante tener acceso suficiente a recursos divisibles que impidan que los sujetos sean oprimidos debido a su precariedad.

Una defensa más enfática del principio de igualdad material, escéptica ante el principio de suficiencia como suficiente al momento de hablar de lo que requieren sociedades justas e igualitarias es ofrecida por Anne

Phillips. A continuación, voy a reconstruir sus tesis centrales para, a partir de eso, exponer porqué considero que no sólo no es una mera coincidencia que la desigualdad material sea soslayada por las tesis de la discriminación, sino que ese rechazo enfático y poco argumentado hace que se quede por fuera de la foto uno de los factores que más exclusión genera. No digo con esto que la igualdad económica sea la respuesta a todos los problemas denominados "discriminación", sino que, al menos por definición, los discriminólogos tienen la deuda de explicar por qué este obstáculo para el acceso a bienes sociales y, en últimas, para la igualdad de estatus no cuenta como categoría sistemática de exclusión.

3.1 ¿Es importante la relación entre la igualdad de oportunidades y la desigualdad de resultados?

Los modelos que apelan a los resultados, de manera exclusiva o junto con otras cuestiones que también importan, para definir la corrección de una acción, una política o una ley, entre otras, han sido muy cuestionados. En filosofía política y en teoría del derecho parece haber un cierto consenso en relación con lo incorrecto que es contar a las consecuencias o a los estados de cosas como un factor necesario al momento de juzgar una situación. En relación con el principio de igualdad y su alcance, la tesis dominante es que lo que importa es la situación de arranque de los sujetos, sus condiciones de inicio, y no en dónde terminan efectivamente. Como dice Phillips, suele afirmarse que las propuestas que defienden la importancia de la igualdad material o de estado final exhiben una falta de sofisticación teórica preocupante (Phillips, 2004).

Entre las críticas contra la tesis de la igualdad económica están que (i) no hay un consenso sobre qué es lo que se quiere igualar –recursos, bienestar, felicidad, satisfacción, dinero–; (ii) las medidas que persiguen igualdad de algo implican desigualdad de otras cosas; (iii) no le da la importancia suficiente a la diversidad individual de preferencias, necesidades y gustos. Por eso, la división estricta de bienes deja a la gente con muy poco

de lo quiere y mucho de lo que no desea y, en ese sentido, la igualdad de recursos es un indicador muy pobre de lo que las personas pueden lograr con esos bienes; (iv) termina dándole mucho más a los que siempre están insatisfechos que a los que se conforman con mucho menos; (v) asume que hay una respuesta fácil a la pregunta "¿igualdad de qué?" y soslaya las complejidades propias de los juicios de igualdad; (vi) le da muy poca importancia a cuestiones como la elección y responsabilidad individuales. Cree, de manera errada, que las desigualdades económicas son evidencia de injusticia social, cuando muchas de ellas se derivan de diferencias en esfuerzo, mérito y emprendimiento; (vii) se basa en una política de la envidia que hace de los sujetos vigilantes permanentes de lo que tienen los demás y demandantes constantes de la porción de bienes que los iguala; (viii) pasa por alto la importancia marginal de los bienes en la vida, especialmente, de que todos tengan lo mismo, frente a otras cosas que sí importan y que no tienen que ver con distribuciones aritméticas; (ix) desvía la atención de lo urgente y necesario: combatir la pobreza extrema y procurar que todos tengan suficiente para vivir.

La respuesta correcta a la pregunta respecto del principio de igualdad, es decir, "¿igualdad de qué?" sería que lo que se debe moral, política y jurídicamente a las personas es darles iguales oportunidades de inicio para florecer, pero no darles a todos bienes y garantizarles el mismo nivel de bienestar. Por eso, si un Estado logra que no haya, o que, si la hay, la va a sancionar, discriminación por raza, género, edad, estado civil, preferencia sexual o cualquier otra característica que impida el acceso en condiciones iguales a la competencia habrá procurado igualdad de oportunidades. Y, en consecuencia, ese Estado habrá protegido el principio de igualdad.

Según esta tesis dominante, hay una diferencia central entre desigualdades legítimas e ilegítimas (Phillips, 1999). Las desigualdades ilegítimas son las que se derivan de la suerte, esto es, de circunstancias sobre las cuales la gente no tiene control —como la raza, el sexo, el género— y demás categorías que pueden generar discriminación. Por otro lado, las personas que, sin culpa de su parte, están en una mala situación tienen dere-

cho a exigir una compensación que los iguale en oportunidades con los que tienen la suerte de ser más talentosos, trabajadores o capaces. Las desigualdades restantes que se siguen del ejercicio libre de los propios talentos en una sociedad que garantiza igualdad de oportunidades no son injustas. Por el contrario, son apenas naturales y sirven como estímulo para la innovación y la generación de riqueza. Phillips encuentra que en esta discusión suelen juntarse los argumentos sobre la igualdad económica con los de igualdad de estado final y, con base en las objeciones contra estos, se defiende una idea de empoderamiento individual y agencia justas, una vez promovido el principio de igualdad de oportunidades.

Una cosa a la que se le presta mucho menos atención de la que merece es a la relación entre igualdad de oportunidades y desigualdad de resultados (1999). Esto es, si un examen complejo de la situación del principio de igualdad requiere también ponderar los resultados con base en la situación y las promesas de la igualdad de oportunidades. Un análisis de este tipo requeriría hacer una evaluación que incluya cosas como los recursos, las ocupaciones y los roles. Pero cuando esa indagación asume que la diferencia de resultados puede justificarse con base en las diferencias personales admisibles en un contexto de igualdad de oportunidades, el argumento asume lo que tiene que probar: que las personas, de hecho, tuvieron opciones iguales de prosperar. Los resultados desiguales podrían remontarse a oportunidades dispares.

Por eso las desigualdades derivadas de la discriminación no son significativamente diferentes de las que resultan de las constricciones estructurales, como la económica. En otras palabras, las desigualdades estructurales pueden ser tan restrictivas como las que se siguen de actos o instituciones abiertamente discriminadoras. Contra esto podría decirse que la discriminación se ocupa de situaciones moralmente más reprochables porque, debido a ellas, se priva a ciertos grupos del acceso a bienes sociales valiosos. La diferencia es que la conducta individual se puede modificar, es decir, se puede corregir o sancionar el acto discriminatorio, en

cambio, las discriminaciones estructurales se dan en un nivel del ordenamiento social al que tenemos poco acceso.

Este tipo de argumentos suelen pasar de largo sobre la relación entre discriminación y estructuras de exclusión. Es decir, parece que la conducta moralmente adecuada, o lo que puede exigirse a los individuos, es que no excluyan a la gente con base en ciertos rasgos: raza, género, etc., pero no que incluyan en sus juicios morales, políticos y jurídicos la relación que hay entre desigualdad económica y discriminación o los efectos de que las brechas de ingreso sean tan grandes. Esto es, que personas que viven en un mismo país no compartan prácticamente nada y el impacto de eso sobre el presunto supuesto básico de la moralidad: la igualdad de estatus. También, si lo que se requiere para combatir la discriminación es tener una política efectiva de igualdad de oportunidades, el que haya resultados radicalmente desiguales es indicador de que algo falló con las oportunidades de inicio.

La lucha contra la discriminación es válida e importante, pero es un proyecto muy limitado de combate a las exclusiones expresas contra las personas que tienen, o se cree que tienen, un rasgo censurable. Phillips considera que esas causas, aunque valiosas, no hacen mucho por enfrentar ciertas desigualdades que son el reflejo de diferencias sociales explícitas. Aunque es cierto que los obstáculos discriminatorios tienen como efecto que algunas personas no sean más activas políticamente, también excluyen de ese tipo de participación la falta de confianza en sí mismo y en el sistema político debido a la propia posición económica y social (Phillips, 1999).

Para Phillips, entonces, el foco en instancias individuales de exclusión debido a un trato desigual no le da el peso necesario al impacto de las estructuras que generan y sostienen esas desigualdades. Esas desigualdades sistémicas, que sólo pueden ser generadas socialmente, y cuyo entendimiento y combate tienen que ir más allá del ánimo y la buena voluntad individual se conocen como "opresión". De ahí que volver a las

instituciones y las relaciones sociales que oprimen invita a pensar en desbalances de poder y no sólo en malas conciencias. Y la desigualdad de ingresos es un elemento fundamental tanto de la opresión, como del desbalance de poder.

La desigualdad económica o de ingresos sería, entonces, doblemente importante, en primer lugar, por su impacto en el ejercicio de otros derechos y, en segundo, por sí misma, aunque, claramente, no es lo único importante. Contra el consenso que, como señalé arriba, coincide en que la igualdad material promueve sociedades conformistas, es incoherente, niveladora y poco atractiva, Phillips sostiene que no sólo no es nada de eso, sino que es un problema central que muchos teóricos caricaturizan para no tener que enfrentar. Por ejemplo, el argumento de que la igualdad no importa, al menos la material, y que lo relevante es garantizar que la gente tenga lo suficiente, ha sido defendido por muchos teóricos que se identifican como igualitaristas. Sostienen que lo crucial está varios peldaños arriba en la escala de la importancia política y moral, es decir, en la igualdad de estatus, y no en el tamaño de las porciones que obsesiona a quienes abogan por el valor intrínseco de la igualdad material.

Esa desigualdad que se supera al centrarse en las oportunidades abstrae al modelo de las relaciones sociales y de dominio de unos grupos frente a otros. Es decir, las oportunidades aprovechadas por las personas ambiciosas y laboriosas no están simplemente ahí para ser tomadas. Precisamente, esas opciones están disponibles para esas personas porque no lo están para muchos más. Esa falta de disponibilidad no se debe al ímpetu discriminador de alguien, sino a que hay estructuras que crean y perpetúan esa desigualdad. No se trata, o no solamente, de que las circunstancias hayan favorecido a ciertas personas con suerte, sino que en muchos casos esa "buena fortuna" está montada sobre la "mala fortuna" de otros. Por ejemplo, uno de los bienes básicos en propuestas como la de Rawls es el acceso a cargos, esto es, igualdad de oportunidades de empleo. Pero esta apertura no supera por sí misma situaciones de explotación persistente, no se trata del individuo que puede optar entre una ocupación u otra si no también desde dónde elige y entre qué.

Ahora, hay desigualdades económicas que se justifican en elecciones individuales, sólo que, siguiendo a Phillips, la teoría sobre la desigualdad se ha ocupado de una manera desproporcionada de esos componentes de responsabilidad personal en la desigualdad y mucho menos de las relaciones de poder y de dominio en las cuales ocurren esas elecciones. La teoría estándar se centra en ejemplos de sujetos que están en la misma situación y escogen cosas diferentes. Y, de ahí, pasa a hacer, de manera bastante punitiva, juicios sobre si la persona que termina en una situación peor es responsable por lo que le pasó. Si, dada la igualdad de oportunidades, un sujeto queda en una situación ruinosa debido a sus malas decisiones, esas teorías igualitaristas parecen respaldar que la decisión correcta es abandonarlo a su suerte. Una posición suficientista podría responder en parte a este problema. Con independencia de la responsabilidad de los actores, ningún agente debería estar por debajo de lo mínimo necesario para sobrevivir.

Pero lo que se considera suficiente depende en gran medida de lo que tienen quienes más tienen. Phillips señala cómo esto no es sólo un problema de envidia, sino de los patrones de consumo y de lo que se considera suficiente para funcionar en sociedad. No es sólo la tendencia insana de una sociedad materialista a seguir los patrones de quienes pueden gastar más, sino que es un elemento importante en la definición de qué se necesita expresamente para participar en la comunidad. En suma, lo que es suficiente en una sociedad muy desigual para funcionar en público puede ser muy diferente de lo que se necesita para hacerlo en una sociedad menos desigual. Si esto es plausible, es posible, también, que los principios de suficiencia e igualdad material no estén desconectados ni en su lógica y si en su práctica.

Por otra parte, si las meras explicaciones individuales, de mérito, talento y trabajo, fracasan en su intento de justificar las desigualdades materiales, ese no debería ser un dato soslayable para alguien que se identifique como igualitarista. Esto es, aunque puede ser, y es, muy difícil fijar el objeto y la métrica de la comparación cuando se hacen juicios de igualdad

material y que lo que requiera la igualdad económica puede no ser identidad aritmética de bienes, la pregunta por la justificación de las brechas económicas tiene que considerarse. A lo que invitan los argumentos sufficientistas es precisamente a hacer lo contrario: ignorar los efectos de la desigualdad material en la fijación de lo que es suficiente y lo injustificable de muchas de las diferencias económicas y de los órdenes políticos y jurídicos que las permiten y promueven.

Filósofos políticos como Michael Walzer (1984) alegan que, si bien las desigualdades son importantes, las de dinero lo son muchísimo menos. Los igualitaristas simples, o aritméticos, repiten una y otra vez que debe garantizarse igualdad económica sin que cuente qué pasa en otras esferas sociales, pero pierden de vista que la lucha no es contra esa desigualdad simple y de importancia menor, sino contra la subordinación y el dominio. Esto es, Walzer sostiene que estos niveles sociales de desigualdad complejos no se explican con el recurso fácil de la desigualdad económica. Los igualitaristas complejos, en cambio, advierten que las relaciones de dominio permiten que la gente que accede a ciertos bienes también acceda al poder, lo que le da ventaja para tener más bienes y así sucesivamente.

Esta idea de Walzer avanza al nivel social del problema, el dominio, pero, según Phillips, le da un lugar marginal a uno de los motores centrales de las diferencias de poder en las sociedades contemporáneas: el dinero (1999). El dinero tiene un poder descomunal y, en muchas de las sociedades, significa no sólo acceso, sino autoridad. Por eso, la pregunta por la redistribución no está sólo al nivel de las desigualdades simples tolerables, sino que va directamente a la desigualdad material como fuente de opresión y dominio de unos grupos frente a otros. De nuevo, la respuesta a la pregunta por la desigualdad económica, la opresión y las relaciones de dominio puede no ser que lo que se necesita es distribuir la misma cantidad de bienes, ni que sea lo único o lo que más importe. En todo caso, la cuestión de la desigualdad económica no debería descartarse tan fácilmente como se ha venido haciendo.

3.2 Y, por último, lo primero, ¿impacta la desigualdad económica en la igualdad de estatus?

Al principio de este escrito dije que las discusiones sobre igualdad, al menos las más publicadas y comentadas, se dan respecto de la pregunta "igualdad de qué". Esto es, dado que el problema de igualdad entre quiénes ya está resuelto –igualdad moral de estatus entre todos los seres humanos– lo que queda por definir es qué cosas secundarias y discutibles habría que equiparar. Phillips defiende una idea desconcertante y muy persuasiva: no sólo las desigualdades económicas importan en sí mismas, sino que la igualdad de estatus –que supuestamente ya es un problema superado– está también en entredicho. Y esta fragilidad de la supuesta universalidad de la igualdad de estatus no es nueva: sus formulaciones iniciales ni incluían a todos, ni querían hacerlo. Por su parte, las propuestas contemporáneas con las listas de atributos que deben tener los iguales también ponen en cuestión quienes pertenecen a ese club.

Según Phillips, la exclusión del club de los iguales de algunos individuos ocurrió de manera temprana, no fue un desliz o una mera coincidencia que muchos teóricos hicieran lo mismo. Por eso, una de las tareas pendientes de la historia de las ideas es la explicación de cómo se conectan esas exclusiones con otras como el sexismo, el racismo y el colonialismo, entre otras. Es más, la creencia de que la modernidad se caracteriza por un acuerdo cada vez mayor respecto de la igualdad de todas las personas también debería revisarse porque es bastante dudoso que haya ese acuerdo universal sobre la igualdad de estatus –formal– y ya solo queden por afinar los detalles redistributivos secundarios –igualdad sustantiva–.

Parece haber una paradoja en relación con, por un lado, el consenso global sobre el valor igual de todos los seres humanos, la idea de que lo que los define como importantes en sí mismos no es quiénes son sino lo que hacen y, por el otro, lo débiles que parecen los principios igualitarios para combatir desigualdades estructurales. Convivimos con inequidades

enormes de ingreso y riqueza, de género, de raza, de educación, entre muchas otras. Habría que repensar, entonces, de qué manera se relacionan las instituciones democráticas que parten de la idea de la igualdad humana y las desigualdades de hecho.

Phillips reconstruye la tesis de Jeremy Waldron de la igualdad de estatus como la cuestión profunda y fundacional, comparada con los asuntos de distribución de ingreso y riqueza, que estarían a un nivel superficial. Según Waldron, la historia del principio de igualdad empieza con un alcance muy limitado de los sujetos cubiertos y de las cosas que abarca, hasta llegar a un entendimiento más claro y profundo de las condiciones sociales y económicas necesarias para su garantía. Dado, entonces, que lo básico, la igualdad de estatus y, en consecuencia, de derechos civiles y políticos, son la base sólida de inicio, ¿cuáles serían los compromisos necesarios para tener una sociedad justa en términos socioeconómicos?, ¿cuáles son los bienes y la métrica de intercambio en este caso?

La tesis de la autora es que, contrario a este planteamiento, la igualdad de estatus y la socioeconómica no están relacionadas de manera escalar y lexical, es decir, que una sea más importante, universal y consensuada y la otra secundaria y aplazable. Es posible que un compromiso serio y permanente con la igualdad básica impulse a la gente a comprometerse con la socioeconómica, pero la exposición permanente a las desigualdades económicas puede deteriorar ese compromiso básico. La cuestión no es, entonces, que el compromiso con el avance de la igualdad se haya detenido, sino que las desigualdades actuales han causado un movimiento regresivo. Cuando la gente no comparte, entre otros, escuelas, hospitales, sistemas de transporte o los medios de comunicación con los que se informa es posible que empiece a perder la capacidad de verse como igual, de identificarse entre sí como personas que merecen el mismo respeto. La igualdad se vuelve, entonces, más algo que se valora de dientes para afuera, pero no algo que se viva o se sienta.

El punto no es, entonces, que las desigualdades económicas sean secundarias o menos urgentes. De hecho, su efecto corrosivo debería dejar eso claro. Lo que Phillips reprocha a las tesis dominantes sobre la igualdad es que sean tan complacientes con el supuesto de que la igualdad básica está superada en tanto está garantizada y que lo que resta es avanzar con lo menos perentorio. Pero la igualdad de estatus sigue en entredicho en sociedades en las que la desigualdad material es enorme y palmaria. Por eso, la igualdad más que seguir una trayectoria en escalas y ascendente, es una pretensión y un compromiso político constante, no sólo un primer paso. La igualdad de estatus y la económica no son etapas relacionadas por un orden de prioridad, sino que son aspectos interdependientes del mismo principio. Así, reconocer a otros como iguales es algo que no puede hacerse únicamente a través del ajuste de creencias o actitudes porque, si faltan las condiciones materiales de ese reconocimiento, ese acto tiene muy poco impacto. Lo contrario también es cierto: hay avances hacia la igualdad material que subvierten el principio de igualdad básica de las personas.

Si la igualdad básica y la económica son interdependientes, la tesis de que lo que importa es la suficiencia y no la desigualdad material o bien queda refutada o lo que implica que algo sea suficiente tiene que cambiar. Phillips sostiene que la noción de suficiencia funciona como un umbral de lo que se entiende por vida decente y lo que se necesita en una sociedad, pero no es útil para entender las relaciones sociales de dominación y opresión que alimentan tanto la desigualdad de estatus, como la económica. Las enormes concentraciones de riqueza tienden a traducirse en poder e influencia política. De esa manera, la desigualdad económica también impacta la igualdad política de los sujetos.

Lo suficiente, entendido en términos de Frankfurt, termina siendo lo mínimo requerido para funcionar, pero no alcanza para garantizar igual estatus político. Es decir, su resultado es contrario a su pretensión: prioriza las necesidades básicas de las personas bajo cierto umbral de pobreza, pero niega la igualdad de estatus de base y político, dado la manera

en la cual el poder económico se traduce en poder político. No sólo son injustas las sociedades que permiten que parte de su población viva en pobreza extrema; también lo son las que consienten tal nivel de desigualdad económica que un grupo puede monopolizar el poder político con sus recursos y socavar prácticamente la igualdad política de los que sólo tienen lo suficiente. Es decir, las que avalan sociedades en las que la opresión es la relación social dominante.

El lenguaje de la suficiencia es también desorientador porque invita a pensar que, una vez cubiertas ciertas cosas mínimas, las desigualdades que subsisten no tienen potencial opresivo o que esa categoría ni siquiera es relevante para calificar relaciones sociales. En otras palabras, no hay un nivel en el cual los recursos sean suficientes para garantizar la igualdad de estatus y política que los suficientistas abanderan. Ahora bien, si "lo suficiente" es entendido como el supuesto en el cual la gente puede vivir sin opresión, o el riesgo de sufrirla, parece que lo suficiente debería incluir, de alguna manera, el principio de igualdad económica.

IV. Bibliografía

ANDERSON, E., 1997. "What is the point of equality?". *Ethics*, 109(2), pp. 287-337.

ANDERSON, E. y PILDES, R., 2000. "Expressive Theories of Law: A General Re-Statement". *University of Pennsylvania Law Review*, Volumen 148, pp. 1503-1575.

ANDERSON, R., 2013. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [En línea]

Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/egalitarianism/>

CASAL, P., 2007. "Why sufficiency is not enough?". *Ethics*, 117(2), pp. 296-326.

COHEN, G., 2001. *If you're an egalitarian, how come you're so rich?*. Cambridge: Harvard University Press.

COHEN, G., 2008. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge: Harvard University Press.

FRANKFURT, H., 2015. *On Inequality*. Princeton: Princeton University Press.

GONZÁLEZ CARVALLO, D. B., 2011. *Consecuencialismo y deontologismo en la teoría de los derechos de Amartya Sen*. Universidad Nacional Autónoma de México. [En línea]

Disponiblen: https://repositorio.unam.mx/contenidos/consecuencialismo-y-deontologismo-en-la-teoria-de-los-derechos-de-amartya-sen-157922?c=pQ8wXB&d=false&q=diana._.beatriz._.gonzalez._.carvallo&i=1&v=1&t=search_1&as=0

GONZÁLEZ CARVALLO, D. B., 2021. "¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación", en IBARRA OLGUÍN, A. M. (ed.). *Discriminación. Piezas para armar*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 1-52.

HELLMAN, D., 2011. *When is Discrimination Wrong?* Cambridge: Harvard.

HELLMAN, D., 2013. "Equality and Unconstitutional Discrimination", en HELLMAN, D. y SOPHIA, M. (eds.). *Philosophical Foundations of Discrimination Law*. Nueva York: Oxford, pp. 51-70.

HELLMAN, D., 2013. "Discrimination and Social Meaning", en LIPPERT-RASMUSSEN, K. (ed.). *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*. s.l.:s.n., pp. 97-107.

- KHAITAN, T., 2015. *A Theory of Discrimination Law*. Nueva York: Oxford.
- MOREAU, S. ". e. N., 2013. "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", en *Philosophical Foundations of Discrimination Law*. Nueva York: Oxford University Press, pp. 71-86.
- MOREAU, S., 2010. "What is Discrimination?", en *Philosophy and Public Affairs*, 38(2), pp. 142-179.
- MOREAU, S., 2018. "Discrimination and Freedom", en Lippert-Rasmussen, K. (ed.). *The Routledge Handbook of Ethics of Discrimination*. Nueva York: Routledge, pp. 164-173.
- MOREAU, S., 2020. *Faces of Inequality*. s.l.: Oxford University Press.
- NAGEL, T., 1995. *Equality and Partiality*. Oxford: Oxford University Press.
- NAGEL, T., 2008. "Cohen on Inequality", en *Conclement and Exposure*. s.l.: Oxford University Press, pp. 107-112.
- NAGEL, T., 2012. *Mortal Questions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PHILLIPS, A., 1999. "Which Equalities Matter". Polity Press.
- PHILLIPS, A., 2004. "Defending Equality of Outcome", en *Journal of Political philosophy*, 12(1), pp. 1-19.
- PHILLIPS, A., 2021. *Unconditional Equals*. Princeton: Princeton University Press.
- RAWLS, J., 2021. *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

SABA, R., 2019. Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo XXI.

SEN, A. ,. A. L. c. d., 1998. "Capacidad y bienestar", en SEN, A. y NUSSBAUM, M. (eds). La calidad de vida. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

SEN, A., 2019. La idea de justicia. s.l.: Taurus.

SEN, A. I., 1995. "Equality of What?", en Inequality Re-examined. Cambridge: Harvard University Press, pp. 12-30.

WALZER, M., 1984. Spheres Of Justice: A Defense Of Pluralism And Equality. s.l.: Basic Books.

WILLIAMS, B., 1973. "The Idea of Equality", en Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972. Cambridge: Cambridge University Press.

WILLIAMS, B., 1985. "Internal and External Reasons", en Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980. Cambridge: Harvard University Press, pp. 101-113.

CAPÍTULO 3

**Un «enfoque trifurcado» hacia la(s)
desigualdad(es) desde el derecho.**

**La igualdad formal, la sustantiva y la
socio-económica**

José Luis Caballero Ochoa*

José Ricardo Robles Zamarripa**

* Académico de tiempo completo del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

** Candidato a doctor por el programa Human Rights in Contemporary Societies, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal.

SUMARIO: I. Introducción. Las desigualdades afrontadas desde el derecho. II. Los abordajes predominantes hacia la igualdad desde el derecho. III. Hacia la igualdad socio-económica desde el derecho: Un tercer camino necesario. IV. Algunas preguntas para caminar hacia la igualdad y pensar y actuar contra las desigualdades. V. Bibliografía.

"La humanidad hoy, en su conjunto, es incomparablemente más rica que en el pasado. Sin embargo, es también, si se consideran las masas exterminadas y crecientes de seres humanos, incomparablemente más pobre. Los hombres son incomparablemente más iguales, en el plano jurídico que, en cualquier otra época, gracias a las innumerables cartas, constituciones y declaraciones de derechos. Pero son también, en los hechos, incomparablemente más desiguales en lo concreto. El «tiempo de los derechos», como lo llamó Norberto Bobbio, es también la edad de la más profunda e intolerable desigualdad"

(Ferrajoli, 2018:59-60). [Énfasis añadido]

En el presente texto defenderemos la necesidad de impulsar —desde el derecho— un «enfoque trifurcado» hacia las desigualdades. Para ello primero expondremos brevemente la «igualdad ante la ley» como el "punto de partida" desde el cual —principalmente en las sociedades occidentales— han partido los «camino jurídicos» para pensar y afrontar las desigualdades. Luego, haremos una referencia a la «igualdad formal», principalmente en su vertiente de «no-discriminación» y cómo ésta —hasta ahora— ha sido el eje en torno al cual ha girado la mayoría de los enfoques jurídicos hacia la igualdad. De manera posterior, expondremos algunos desarrollos que han buscado "ampliar" la igualdad para incluir también la «igualdad sustantiva», muy cercana a la igualdad como «no-sometimiento». En la tercera sección —en un tono más exploratorio e interrogativo— defenderemos la necesidad de dar un paso más y añadir también la desigualdad «socio-económica» como un camino más para concebir la «igualdad» y confrontar las «desigualdades» desde el derecho. El texto concluye con algunas interrogantes. Consideramos que este llamado a ampliar nuestras concepciones y acciones jurídicas

sobre la igualdad resulta imprescindible en contextos de desigualdades tan brutales y profundas como las que hoy enfrentamos.

I. Introducción. Las desigualdades afrontadas desde el derecho

Hace más de dos décadas Luis Villoro defendió una serie de ideas por las cuales consideraba crucial que al pensar en la «justicia», lejos de la tendencia generalizada que partía desde su afirmación, y se centraba en la búsqueda de consenso sobre lo que ésta «es» y lo que «debería ser», sería mejor partir de la ausencia de ella para tener mayores posibilidades para afrontar realidades injustas. Nos sugiere partir de la percepción de injusticia real para proyectar lo que idealmente podría remediarla (Villoro, 2000). En otras palabras, nos proponía partir de la injusticia para buscar la justicia y no a la inversa.

Algo muy similar podríamos sugerir sobre la igualdad. Partir desde las desigualdades para procurar la construcción de igualdad. En esa medida —sin menospreciar los avances que hasta hoy día se han dado para buscar la defensa y materialización de la igualdad en nuestras sociedades— consideramos que "comenzar a caminar" desde las «desigualdades» podría ayudar a generar respuestas más efectivas a los problemas que se derivan de la existencia de éstas y que impactan cotidianamente la vida de múltiples seres humanos. Concretamente desde los cauces jurídicos, esto podría traducirse en una respuesta más sensible y reactiva a los niveles históricos, constantes y cada vez más extremos de desigualdad, que, en gran medida, determinan las posibilidades y limitaciones de la vida de millones de personas y el goce y capacidad de materialización de sus derechos en su día a día. Se trata de "andar" desde las «desigualdades» no para abandonar el «ideal de la igualdad», pero sí para tener presente cuánto hoy día es todavía eso: un ideal. También para tener un diagnóstico más certero de la crudeza de nuestras realidades e incrementar

la claridad sobre lo mucho que tenemos por hacer. Países tan desiguales como México (Esquivel Hernández, 2015) hacen esto imprescindible.

Una última precisión general resulta importante. Afirmar y defender la igualdad como algo positivo no debería entenderse como una búsqueda de «homogeneización». Defender la igualdad no debería significar buscar la eliminación de las diferencias. Al contrario, este principio debería orientarse, por una parte, a lograr el igual respeto de las diferencias humanas y, por la otra, a la reducción de las desigualdades (Ferrajoli, 2018: 20-23). Se trata más bien de "tene[r el] derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza, [y] tene[r el] derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza"(Santos, 2010: 37, 49-50). En suma, defender la igualdad no significa buscar una especie de «homologación» de toda la diversidad humana, si no una oposición a que con base en esas diferencias se jerarquice, oprima o excluya a diversos grupos o individuos humanos.

Con esa perspectiva en mente, la idea central de este texto es la siguiente: brindar a la persona lectora algunas reflexiones y definiciones básicas de cómo —por medio del derecho a nivel estatal e internacional— se han afrontado —o no— las múltiples desigualdades que atraviesan, constituyen e impactan a la humanidad.

Para lograr lo anterior, en estas páginas se resaltaré la relevancia de pensar y afrontar la desigualdad desde el derecho; desde la justicia constitucional y convencional. Se presentará la «afirmación de la igualdad», entendida como la afirmación y defensa de sociedades más igualitarias o menos desiguales como un «valor positivo»; valioso para afrontar múltiples problemas presentes en las sociedades contemporáneas. Se abordará también cómo desde el derecho estatal, para afrontar el problema de la desigualdad entre diversos individuos y grupos humanos, se han propuesto varias lecturas que buscan, por una parte, defender el proyecto, el «ideal de la igualdad» entre todos los seres humanos y, por la otra, impulsar las medidas que sean necesarias para remover los obstáculos y erradicar las causas que impiden que esa «igualdad» pase de su "mera enunciación"

a su efectiva consecución y materialización en la vida cotidiana de todos los grupos e individuos humanos.

Particularmente, en las sociedades occidentales ese acercamiento hacia las desigualdades desde el derecho se ha movido desde la «igualdad ante y en la ley» (Nogueira Alcalá, 2006; Pérez Portilla, 2010), como una especie de «punto de partida» desde el cual caminar hacia la construcción de igualdad y hacia la disminución de desigualdades de diverso carácter. Consideramos que posteriormente ese punto de partida ha tenido «dos bifurcaciones» que en las últimas décadas han concentrado el mayor número de abordajes hacia la desigualdad, principalmente en espacios institucionales —tanto nacionales como internacionales—. Uno de los caminos que se deriva de esa bifurcación puede ser leído como la «igualdad formal o de derecho», que coincide significativamente con una concepción de la «igualdad como no-discriminación»¹ (Weiwei, 2004; Pérez Portilla, 2010; Ibarra Olgúin, 2021). Por otra parte, podemos referir a la «igualdad sustantiva o en los hechos», cuya lectura contemporánea predominante coincide con una lectura de la «igualdad como no-sometimiento» (Saba, 2005, 2013; Ibarra Olgúin, 2021). Esto si se tiene en claro que dicho «desdoblamiento» no significa jerarquía entre esos abordajes de la igualdad, sino que esas dos concepciones pueden y deberían ser concebidas de forma dinámica y complementaria.

Además, en este espacio se resaltaré la importancia de ampliar esa forma «bifurcada» de aproximarse a las desigualdades desde el derecho. Por tanto, se propondrá pasar de una bifurcación hacia un enfoque trifurcado hacia las desigualdades. Se sugerirá añadir otro camino que se dirija explícitamente a pensar en las posibilidades del derecho para afrontar las desigual-

¹ Como referimos, esta coincidencia no es total, por lo que «igualdad formal» y «no-discriminación» no son sinonímicas. La primera se refiere al ejercicio de derechos sin distinciones que incidan en alguna discriminación; la segunda, a una prohibición absoluta oponible frente a terceras personas o al Estado. Sin embargo, en este texto tomaremos como base aquellos elementos en los que la coincidencia entre ambos conceptos sí existe.

dades socio-económicas. Es decir, una vía que conciba la desigualdad en sí misma como un problema. Una concepción que se plantee como un problema de relevancia constitucional y convencional la desigualdad material/socio-económica creciente y presente en la totalidad de las sociedades contemporáneas. Esa desigualdad que se expresa crudamente en la confrontación entre «el 99%» (la humanidad cada vez más empobrecida y precarizada) frente al «1%» (la humanidad cada vez menos numerosa y más ultra-rica) de la población mundial (OXFAM y Hardoon, 2017).²

Para lograr lo anterior se presentarán de forma concisa, pero hilvanada, propuestas de entendimiento sobre cómo puede concebirse la «igualdad ante y en la ley», la «igualdad formal o de derecho» y la «igualdad sustantiva o de hecho» con base en diversos desarrollos teóricos y jurisprudenciales (tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), que han generado elementos valiosos para afrontar la desigualdad a través de los cauces jurídicos. Asimismo, se indicarán diversas herramientas conceptuales que se han retomado para hacer frente a situaciones de desigualdad, tales como el *test* de igualdad, las categorías sospechosas, la interseccionalidad, las acciones afirmativas y otros abordajes que buscan hacer posible que las igualdades antes mencionadas sean respetadas y materializadas.

En sintonía con la propuesta de «enfoque trifurcado» hacia las desigualdades, se propondrán algunas interrogantes que podrían ayudar a emprender el camino contra las «desigualdades socio-económicas» desde el derecho sugiriendo algunas definiciones y potenciales herramientas conceptuales para ello. Por ejemplo, se indicará la posibilidad de generar o impulsar una perspectiva «pro-igualdad» que podría ser

² Esta propuesta no desconoce que todas las autoridades estatales y sujetos internacionales actúan limitados por una serie de vínculos que definen sus facultades y competencias. Por ende, habrá cuestiones vinculadas con este abordaje de la desigualdad difícilmente atajables en su totalidad, a través, por ejemplo, de vías jurisdiccionales. No obstante, esas limitaciones no impiden que los mandatos y competencias constitucionales y convencionales sean interpretados hasta su máximo alcance para tratar de hacer frente a las realidades tan desiguales en las que estamos inmersos.

retomada de forma transversal en la conducta de todas las autoridades estatales y sujetos internacionales, más allá de los desarrollos actuales que se han concentrado en la «igualdad como no-discriminación» y, en menor medida, en la «igualdad como no-sometimiento».

Por último, se introducirá una serie de cuestionamientos y reflexiones que —lejos de buscar ser conclusivas— pretenden insinuar algunas propuestas para complementar los abordajes jurídicos hacia la desigualdad desde la justicia constitucional, así como indicar posibles puntos de partida hacia discusiones que permitan abrir debates necesarios sobre las posibilidades y las limitaciones del derecho frente a las múltiples desigualdades que atraviesan todas nuestras sociedades contemporáneas.

II. Los abordajes predominantes hacia la igualdad desde el derecho

Como se indicó previamente, existen varias formas en las cuales se han desarrollado las aproximaciones a las desigualdades desde el derecho. Estos abordajes, a pesar de coincidir en ser diversas manifestaciones de la afirmación de la igualdad, no están ausentes de tensiones entre ellos. Por ello, podría decirse que el que haya acuerdo en la importancia y defensa de la igualdad no implica coincidencia total entre lo que ésta significa y sobre lo que se requiere para que sea efectivamente alcanzada y respetada.³

Dicho esto, en estas páginas expondremos una narrativa sobre la igualdad que consideramos preponderante —al menos en gran mayoría de las sociedades occidentales— construida en gran medida a partir de

³ Una muestra destacada de esas tensiones deriva del trabajo generado desde hace varios años por Roberto Saba, otras autoras y otros autores que han señalado cómo el mandato de igualdad contenido en varias constituciones e instrumentos internacionales no está ausente de tensiones que podrían en ciertos momentos dar lugar a contradicciones, véase Saba R. (2008), "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 695-742. Otra muestra destacable de esa diversidad de entendimientos y hasta tensiones puede verse en Ferrajoli, Luigi (2018), *Manifiesto per l'uguaglianza*, Bari, Laterza & Figli, pp. 15-51.

los textos constitucionales de varios países,⁴ así como de diversos instrumentos internacionales⁵ que abordan este principio,⁶ y algunas teorizaciones realizadas al respecto.

i. La igualdad ante la ley: Punto de partida de los caminos para afrontar las desigualdades

Como adelantamos, proponemos aquí considerar a la igualdad ante la ley como una especie de base desde la cual se ha partido para afrontar las desigualdades a través de los medios jurídicos. Esta igualdad es, sin duda, una gran deudora de los procesos y luchas sociales —con todos sus límites y contradicciones— que derivaron en la configuración de los estados occidentales modernos. Concretamente los estados —marcadamente liberales— que en gran medida se inspiraron en los procesos sociales que dieron lugar y fueron generados por la independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y la revolución francesa, y su expresión en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁴ Para el caso de México, la SCJN ha ubicado el principio adjetivo de igualdad jurídica en el artículo 1, párrafo primero y quinto; los artículos 2, apartado B; 4, primer párrafo; 31, fracción IV; 123, apartado A, fracción VII de la constitución federal, véase SCJN (2015). Amparo Directo en Revisión 1125/2014. Primera Sala. Sentencia de 8 de abril de 2015. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. páginas 16-17, párrafos 24-25.

⁵ Algunos de los instrumentos internacionales donde se hace referencia y desarrolla el principio de igualdad y no discriminación son los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los artículos 2º y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Para el ámbito americano pueden indicarse el preámbulo y artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; así como el 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A ello habría que añadir diversas convenciones e instrumentos internacionales cuya vocación está orientada hacia el respeto en igualdad de todos los seres humanos en cuestiones como los derechos de la mujer, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, los derechos laborales, regulaciones contra el racismo, el colonialismo, y otro tipo de manifestaciones de desigualdad que buscan afrontarse desde esos espacios. Sin embargo, es importante no reducir la igualdad a sus menciones explícitas, sino que lo más relevante sería comprender la medida en que todos estos instrumentos internacionales en cierta forma son parte de la «afirmación en pro de la igualdad».

⁶ Una gran compilación de estándares sobre igualdad y no discriminación y aplicación de los mismos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos puede encontrarse en Corte IDH (2019), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: igualdad y no discriminación*, San José, Corte IDH. Disponible en «<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>» [Consultado el 30 de agosto de 2021].

Sin descalificar las múltiples críticas que se han hecho a estos procesos revolucionarios⁷ puede reconocerse que, concretamente, la afirmación de igualdad contenida en la declaración francesa de 1789 incorporó una innovación jurídica —reflejo del proyecto social impulsado por dicha revolución— de suma relevancia y con gran influencia hasta hoy día. Dicha innovación consistió en reconocer el principio de igualdad como una norma jurídica. Esto contrastaba significativamente con la organización política previa de múltiples estados en el mundo occidental, según la cual el derecho reflejaba plenamente las diferencias y jerarquías entre las distintas personas y estratos sociales que coexistían en dichas sociedades (Ferrajoli, 2018: 41-42). Es decir, el derecho —hasta entonces— no afirmaba igualdad, sino que afirmaba jerarquías y diferencias entre los seres humanos.

Lo anterior nos da perspectiva para poder entender con mayores razones la importancia de afirmar y defender la igualdad ante la ley como un valor positivo en nuestras sociedades contemporáneas. Esto supone que esa igualdad no es entendida como una realidad sino como un ideal. Como una norma jurídica que no describe como la realidad es, sino que enuncia como se busca que la realidad sea.⁸

Con base en esas consideraciones podemos indicar que el principio de igualdad ante la ley suele traducirse en fórmulas normativas similares a las siguientes: «todas las personas nacen libres e iguales», «todas las personas son iguales ante la ley» o «todas las personas son iguales en dignidad y derechos». Esto quiere decir, básicamente, que todas las personas que integran la especie humana tienen igual valía y merecen el

⁷ Entre dichas críticas puede mencionarse que estos han sido referidos como marcadamente occidentales pero presentados como universales; fuertemente dominados por la burguesía de las sociedades donde ocurrieron, con todo lo que ello conlleva; excluyentes de diversos sujetos políticos que no fueron considerados en los proyectos de emancipación impulsados en esos procesos, tales como las mujeres, las personas esclavizadas, entre muchas otras.

⁸ Esto —consideramos— no entra en contradicción con la importancia de la «inversión de enfoque» que sugerimos antes partiendo de las desigualdades y no de la igualdad. Esto porque en este apartado la intención es expresar las razones que dieron lugar a esa afirmación de la igualdad ante la ley, y su importancia. A pesar de que hoy día sea importante invertir los énfasis al pensar y actuar sobre las desigualdades.

mismo respeto por el hecho de pertenecer a dicha especie. En otras palabras, este ideal significaría que ya no sería jurídicamente aceptable que algunas personas fueran consideradas más valiosas o superiores que otras. El derecho ya no justificaría dichas jerarquizaciones.⁹

Sobre esa base, la igualdad ante la ley puede ser entendida como el punto de partida desde la cual se emprenden los caminos hacia la igualdad desde el derecho.¹⁰ Puede añadirse que además este principio ha sido desagregado en la igualdad *ante* la ley y la igualdad *en* la ley. La igualdad *ante* la ley se centra en afirmar que todas las personas tienen que ser tratadas de forma igualitaria cuando se encuentran confrontadas con la aplicación de la ley. Mientras que la igualdad *en* la ley exige el respeto de la igualdad en la *formulación* de las leyes (Nogueira Alcalá, 2006: 801-802).

Resulta importante resaltar que la igualdad ante la ley ha sido considerada como un principio tan fundamental para múltiples sociedades contemporáneas que es un principio que ha sido calificado como *ius cogens* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana). Es decir, como una norma imperativa de derecho internacional que no acepta pacto en contrario.¹¹ Ese carácter ha sido reconocido también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN

⁹ Por supuesto, esto dejó abierta una lucha más. La lucha por ser consideradas como personas humanas y por tanto iguales ante la ley. Sirvan de ejemplo las luchas de las mujeres, así como las personas racializadas y las clases empobrecidas por exigir ser reconocidas como seres humanos plenos; luchas vigentes hasta nuestros días.

¹⁰ Podríamos añadir que durante bastante tiempo se pensó que el concepto de equidad era una forma adecuada para adaptar esa generalidad de la igualdad ante la ley frente a circunstancias concretas y particulares de cada persona. No obstante, consideramos evidente que eso no fue suficiente en tanto esa consideración no impidió la negación del matrimonio igualitario a las parejas del mismo sexo; ni la consideración de pueblos y comunidades originarias como "entidades de interés público" y no como sujetos públicos de pleno derecho; ni la falta de adopción de medidas para revertir la exclusión y opresión ejercida contra la mayoría de mujeres de los espacios públicos o el menosprecio de su trabajo en labores de cuidado y la consideración de éste como "no-trabajo", entre otras situaciones.

¹¹ Corte IDH (2003), Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párrafo 101. En el mismo sentido, véase Corte IDH (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. *Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo*, párrafo 61; así como Corte IDH (2018), *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párrafo 270.

o Suprema Corte) en algunas de sus decisiones,¹² en las que ha reconocido que la igualdad y no discriminación es un binomio de derechos que ha alcanzado consenso internacional que debe ser protegido tanto constitucional como convencionalmente. El reconocimiento de la alta intensidad de la fuerza normativa de ese principio sirve como indicativo para comprender el carácter de piedra angular que se ha conferido a la igualdad como uno de los ejes estructurales de las sociedades contemporáneas.

En suma, la noción clásica de igualdad ante la ley puede funcionar como una base o como un punto de partida porque conlleva afirmar el ideal de igualdad como algo deseable que se impulsará, defenderá y se buscará que sea materializado. Sin embargo, contar con esa base aún deja cosas por resolver. En concreto, determinar cómo entendemos la igualdad que se afirma y lo que se requiere para su respeto o materialización. Ante ello es que se propone el enfoque trifurcado que mencionamos previamente, por lo que en las próximas líneas abordaremos brevemente los tres caminos hacia la igualdad. Primero, la igualdad como no-discriminación, luego la igualdad como no-subordinación y, finalmente, en otro apartado, la igualdad material/socioeconómica.

ii. Un camino. Hacia la igualdad formal y la no-discriminación

A) La aproximación conceptual

Una de las formas en la que se le ha dado contenido a la igualdad es su abordaje como no-discriminación.¹³ La discriminación ha sido entendida como una distinción arbitraria, es decir, no sustentada en criterios objetivos y razonables por la cual se trata diferente a quien debería ser tratado igual. Éste es un entendimiento de la igualdad que suele funcionar de la

¹² Cfr. SCJN. (2018). Amparo Directo en Revisión 4865/2018. Sentencia de 30 de octubre de 2019.

¹³ Para acceder a una obra extensa y que presenta sólidamente muchas de las potencialidades de este enfoque abordando tanto perspectivas teóricas como desarrollos jurisprudenciales, tanto de la SCJN como de la Corte Interamericana, véase Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

siguiente forma: "dado que todos los seres humanos somos iguales en derechos, no está justificado que se nos trate de manera distinta a menos que haya una justificación objetiva y razonable para ello."

De lo anterior pueden resaltarse varias cosas. Primero que, de cierta forma, la igualdad como no-discriminación es un desdoblamiento¹⁴ que precisa lo que la igualdad formal significa: dado que buscamos defender el ideal de igualdad entre todos los seres humanos —en principio— no estaría justificado que se les trate de manera distinta. Porque, si el principio de igualdad fuera una realidad, todas las personas deberían ser tratadas igual. Por ende, tratarles de forma diferenciada carecería de respaldo. Por otra parte, este entendimiento nos permite precisar que no todo trato diferenciado puede considerarse como un trato discriminatorio. Es decir, distinguir no es siempre discriminar. Toda discriminación es una distinción, pero no toda distinción es una discriminación.¹⁵

En concordancia con este abordaje, la SCJN ha indicado que la igualdad formal puede entenderse como "[...] una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido

¹⁴ Para una lectura algo contrastante que defiende la importancia de distinguir entre la igualdad de trato y la prohibición de discriminación véase Cerdá Martínez-Pujalte, C. M. (2005), "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 67, núm. 50/51, pp. 193-218.

¹⁵ Por razones como ésta, es que la Corte IDH se ha esforzado en referirse a «discriminaciones» exclusivamente en aquellos casos que se trate de distinciones no autorizadas convencionalmente. En otras palabras, considera el uso de discriminación sólo para aquellas distinciones calificadas como inconvenionales. Mientras que cualquier otro trato diferenciado de carácter positivo podrá ser calificado como distinción. De esa forma, desde el criterio de la Corte IDH —para disminuir confusiones— fórmulas como la discriminación positiva o discriminación inversa no serían deseables. *Cfr.* Corte IDH (2003). *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafos 84 y 89.*

amplio.¹⁶ Y que "la igualdad jurídica es un derecho humano expresado a través de un principio adjetivo, el cual invariablemente se predica de algo y consiste en que toda persona debe recibir el mismo trato y gozar de los mismos derechos en igualdad de condiciones que otra u otras personas, siempre y cuando se encuentren en una situación similar que sea jurídicamente relevante."¹⁷

Concretamente la «no-discriminación ha sido referida por la Suprema Corte como la faceta más ejemplificativa del derecho a la igualdad y refiere que dicho principio:

radica en que ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho humano ni deberá de ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes; especialmente cuando tal diferenciación tenga como motivos el origen étnico, nacional o social, el género, la edad, las discapacidades, las preferencias sexuales, el estado civil, la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, la posición económica o *cualquier otra [diferenciación] que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas* (artículo 1, último párrafo, constitucional).¹⁸

Por su parte, la Corte Interamericana también ha tenido múltiples desarrollos al respecto,¹⁹ pero aquí destacaremos concretamente que dicho tribunal interamericano ha resaltado la estrecha vinculación entre la igualdad y la no-discriminación. Este tribunal regional ha señalado que la "no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección

¹⁶ SCJN (2018). Amparo Directo 9/2018. Segunda Sala. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán. Sentencia de 5 de diciembre de 2018. SCJN. página 12.

¹⁷ SCJN (2013). Amparo Directo en Revisión 1464/2013. Primera Sala. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortíz Mena. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. México. página 25.

¹⁸ SCJN (2013). Amparo Directo en Revisión 1464/2013. Primera Sala. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortíz Mena. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. México. página 25.

¹⁹ Véase Corte IDH (2019), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: igualdad y no discriminación*, San José, Corte IDH. Disponible en « <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> » [Consultado el 30 de agosto de 2021].

de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación.²⁰

Como puede advertirse de los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales antes citados, existe un fuerte protagonismo de la no-discriminación al momento de pensar y abordar las desigualdades de las que esos tribunales han tenido conocimiento. Esto por supuesto tiene un potencial incuestionable para hacer frente a distinciones arbitrarias que vulneran los derechos de las personas de diversas formas e impiden que su derecho a ser tratadas sin discriminaciones sea respetado.

B) El test de igualdad

Un entendimiento así hace necesario contar con herramientas para poder determinar cuándo una distinción de trato, de positivización o de aplicación de la ley fue objetiva y razonable, y cuándo no. Una de esas herramientas ha sido el test de igualdad que ha sido utilizado para evaluar si una determinada medida fue arbitraria o no y, en caso de que lo sea, poder declararla inconstitucional y/o inconvencional.²¹ Aunque, como se referirá más adelante, este énfasis tan marcado en la igualdad como no-discriminación impacta también en alguna medida en que estos test respondan a dinámicas tanto de discriminación como de sometimiento.

²⁰ Corte IDH. (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Por supuesto, la postura de esta Corte internacional frente a la igualdad se ha ido complejizando con el paso de los años. Para acceder a un texto actualizado que hace una exposición destacada y reflexiva de los avances de la Corte IDH en esta materia, véase Serrano, Silvia (2021), "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH. Avances y retos pendientes", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 271-322.

²¹ Para un análisis en extenso sobre el *test de igualdad*, concentrado -aunque no únicamente- en las labores de la SCJN véase Latapié Aldana, R. (2021), "¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad?", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 141-210.

El test de igualdad ²² deberá estar transversalizado por el principio de proporcionalidad para evaluar el problema que se confronta, y por el principio de razonabilidad para definir el grado de intensidad del control judicial —es decir de análisis necesario— al que se someterán las razones que se argumentan para validar o no el trato desigual.²³

En respuesta a la diversidad de casos que pueden significar una afrenta al derecho a la igualdad, se han propuesto distintas intensidades de escrutinio frente a las situaciones bajo conocimiento de las autoridades. Así pueden identificarse -al menos- las tres intensidades siguientes:

- de *intensidad leve*: Si la distinción que produce la norma o medida está razonablemente vinculada a un propósito legítimo del Estado;
- de *intensidad intermedia*: Cuando no sea suficiente saber que el medio o norma analizada fomenta de alguna forma el fin perseguido por la norma, sino que será necesario que ésta guarde una relación sustancial con un fin considerado estatal importante;²⁴
- de *intensidad alta* (test de escrutinio estricto).

Este último se activa si se presentan indicios para sospechar de las categorías en las que se basa la distinción, por lo que la vigencia de la norma se mantendrá sólo cuando se demuestre fehacientemente que el medio

²² Al respecto, la Corte IDH ha precisado que cada vez que los órganos jurisdiccionales juzguen una diferencia basada en una categoría sospechosa, ésta debe ser valorada bajo un escrutinio judicial estricto y transversalizado por el principio de proporcionalidad. Corte IDH (2015). *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrafo 257.

²³ Ronconi, L., (2019), "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real", en *Isonomía*, núm. 49, p. 122.

²⁴ Un buen ejemplo de esto lo sería el caso *Massachusetts Board of Retirement v. Murguía*, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1976, donde el Oficial Murguía, un policía de 50 años, entabló una demanda en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, alegando que la Ley de Jubilación de la Policía del Estado de Massachusetts, que obligaba a que los policías se retiraran a los 50 años, era discriminatoria al negarle la misma protección de la que gozaban personas de 50 años en otras profesiones. Véase, *US- Supreme Court. Massachusetts Bd. of Retirement v. Murguía* 427 U.S. 307, 1976. Disponible en <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep427/usrep427307/usrep427307.pdf> (última revisión: 11 de abril de 2021).

utilizado es idóneo y necesario para lograr un fin constitucionalmente imperioso. Ello implica abandonar la presunción de constitucionalidad de las normas para dar paso a una revisión judicial extensa y exhaustiva de las mismas. Podría decirse, incluso, que las presunciones se invierten. Por ende, en estos casos, se activaría una presunción de inconstitucionalidad, de allí que la intensidad de la evaluación sea tan elevada.

La Primera Sala de la SCJN ha establecido que el escrutinio estricto será obligatorio cuando el trato diferenciado se fundamente en las siguientes categorías sospechosas de diferenciación o potencialmente discriminatorias:²⁵ las establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos; las que afecten a minorías o grupos sociales constitucionalmente protegidos; las que se funden en rasgos permanentes de las personas que no pueden prescindir de estos por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; las que afecten a grupos históricamente y estructuralmente sometidos.²⁶

De esta manera, el escrutinio estricto deberá realizarse sobre las disposiciones normativas que limitan los derechos de un solo grupo sin que ello signifique que se deberá declarar necesariamente la inconstitucionalidad de dicha disposición; los tribunales tendrán que someterla a un escrutinio más rígido por tener la sospecha de que constituyen una distinción injustificada, pues la norma o disposición contempla un trato desigual basado en algunas de las categorías sobre las cuales la Constitución (e incluso diversas convenciones internacionales) prohíben —de manera general— establecer tratos diferenciados.

²⁵ Véase SCJN (2019). Amparo en Revisión 331/2019. Primera Sala. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara. Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párrafos 74-75.

²⁶ Incluso la propia SCJN ha intentado impulsar una cierta metodología para realizar el escrutinio estricto consistente en los siguientes pasos: 1) Examinar si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad constitucionalmente imperiosa; 2) Analizar si la distinción legislativa está totalmente encaminada a conseguir los objetivos constitucionales, sin que se considere suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos; y 3) La distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. Véase SCJN (2019). Amparo en Revisión 331/2019. Primera Sala. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara. Sentencia de 21 de noviembre de 2019, párrafos 74-75.

En este sentido, la Primera Sala de la SCJN ha sido categórica al considerar que, ante el alegato de que una norma o disposición afecta a una persona o grupo de personas que pueden ubicarse dentro de alguna de las categorías sospechosas reconocidas en el párrafo quinto del artículo primero de la Constitución,²⁷ existe el deber de que ésta sea analizada bajo un modelo de escrutinio estricto, pues imponer una norma discriminatoria tendría el efecto de impedir que la persona o grupo de personas afectadas por dicha disposición tenga la posibilidad de tomar decisiones fundamentales relacionadas con el desarrollo de su vida y su identidad.²⁸

Aquí podríamos hacer una aportación para reflexionar sobre la forma en la que solemos pensar estas «pruebas o *test* de igualdad», sobre todo, el de escrutinio estricto. De alguna forma parecería que, al ser éste comúnmente considerado aplicable cuando estén involucradas las llamadas «categorías sospechosas» (sospechosas de ser inconstitucionales), esta vertiente del *test* expresaría la tensión existente entre las concepciones de igualdad como no discriminación y como no-sometimiento, pues al activarse frente a situaciones que involucran personas y grupos que han padecido desigualdades estructurales, si bien suele ser leído como un *test* para determinar la existencia o inexistencia de discriminación, quizá debería ser más bien un *test* concebido para determinar la existencia o no de medidas que mantengan, agraven o generen situaciones de exclusión y opresión. Es decir, sería *test* no tanto para determinar la existencia de discriminación, sino más bien de sometimiento o subordinación.²⁹

²⁷ La disposición establece: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

²⁸ SCJN, (2019). Amparo en Revisión 152/2013. Primera Sala. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 23 de abril de 2014, párrafo 143.

²⁹ Roberto Saba señala que resulta central tener claro qué es lo verdaderamente «sospechoso» de las «categorías sospechosas», razón por la que lleva años sugiriendo la importancia de pensar varias cuestiones más en términos de «no-sometimiento» que de «no-discriminación». Cfr. Saba, R. (2008), "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, R. *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

No obstante, estamos conscientes de que esta propuesta requiere mayor trabajo y sofisticación que permita comprobar o descartar su pertinencia.

En estrecha conexión con lo anterior, debe reconocerse que si bien el enfoque predominante hacia la igualdad ha sido comprenderla como no-discriminación, esto no ha impedido la existencia de varios esfuerzos para ampliar lo que esa discriminación puede abarcar. Por ende, se ha buscado ir más allá de aquella igualdad que exige sólo el trato igual para todas las personas y se ha buscado considerar también como discriminatorias aquellas conductas que no tratan de manera distinta a personas que, por su situación y condiciones de vida, requieren de un trato diferenciado para alcanzar el goce en igualdad de sus derechos. Es decir, tampoco será ni objetivo ni razonable que no se adopten las medidas —de diverso tipo— que podrían hacer que personas que viven situaciones de exclusión, subordinación u opresión, sean tratadas como si no vivieran esas opresiones. Por tanto, será discriminatorio también aquello que trate igual a quien debería ser tratado diferente.

Otra muestra de esos esfuerzos de ampliación sería el desarrollo de categorías como la discriminación encubierta o discriminación indirecta,³⁰ entendida como aquella que se genera como consecuencia de normas o conductas aparentemente neutrales que —dadas las desigualdades realmente existentes— tienen un impacto perjudicial desproporcionado en la vida y derechos de individuos y grupos históricamente desaventajados.³¹ Esto sin duda ha sido fundamental para comenzar un camino que desde el derecho es mucho más sensible a situaciones de desigualdad

³⁰ Para acceder a una muy buena base de partida sobre ese abordaje, sugerimos la obra de Ibarra Olguin, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN. Concretamente el capítulo "La discriminación indirecta" a cargo de Pilar Betrián Cerdán en el que se hace un abordaje totalmente centrado en esta figura con base tanto en desarrollos teóricos como jurisprudenciales.

³¹ Otro abordaje muy específico y detallado centrado en la labor de la SCJN y su uso de esta categoría se encuentra en el capítulo "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", elaborado por Francisca Pou Giménez, parte de la obra de Ibarra Olguin, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 357-363.

histórica, cuestionando incluso —bajo ciertas circunstancias— la pretendida neutralidad del derecho que muchas veces se da por hecho pero que, considerando los procesos socio-históricos, las asimetrías de poder que generan, y los impactos diferenciados en la vida de los seres humanos según su condición y situación concreta, resulta ser sólo aparente.³² Conviene analizar qué tanto es conveniente considerar estos supuestos como situaciones de discriminación, y no más bien a través de otros caminos para pensar las desigualdades. Quizá este tipo de desigualdades y violaciones de derechos podrían abordarse con mayor potencia y eficacia desde enfoques más centrados en la igualdad como no-sometimiento. Por supuesto, para ello habría que hacernos cargo de que los avances generados hasta ahora han mezclado estas concepciones de forma que cuestiones de desigualdad estructural han sido leídas, preponderantemente, como cuestiones de discriminación indirecta.

Podemos aprovechar esto para señalar un cierto desequilibrio en el abordaje predominante hacia la igualdad desde el derecho. Este desequilibrio consiste en que, a pesar de que la desigualdad no se reduzca a la discriminación, durante mucho tiempo esa pareció ser la tendencia mayoritaria. Por lo tanto, al acercarse hacia problemas vinculados con las desigualdades pareciera que sólo fuese posible hacer esto a través de la puerta de la no-discriminación. Esto sin duda tiene sus potencialidades,³³ por ejemplo, para hacer frente a distinciones arbitrarias buscando erradicar la desigualdad que se manifiesta de esa forma. Pero también tiene sus limitaciones. Por mencionar algunas, podríamos interrogarnos ¿qué hacer frente a las desigualdades que van más allá de arbitrariedades concretas?, ¿qué hacer con los problemas de desigualdad estructural y sistemática que difícilmente se traducen o reducen a tratos arbitrarios?

³² Sobre esto la SCJN ha sostenido que resulta necesario que la alegación de impactos desproporcionados generados por una determinada medida deba ser respaldada con evidencia empírica, la cual, además, tiene que ser fiable. Véase Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 196-197 y 359-360.

³³ La multitudinaria obra *Discriminación. Piezas para armar* es una muestra detallada y destacable de las múltiples potencialidades de este enfoque que, sin duda, ha permitido abordar cuestiones de suma relevancia para la lucha contra varias desigualdades desde el derecho. Cfr. Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

Por supuesto, como muestran algunos de los esfuerzos de ampliación que hemos destacado, esto no impide que tal abordaje con mayor énfasis en la no-discriminación sea ampliado. Sin embargo, lo que aquí queremos sugerir es que quizá sería mejor ampliar nuestras concepciones y abordajes de las desigualdades en lugar de hacer que todas las desigualdades tengan que ser atajadas a través de la no-discriminación. Esto permitiría evitar potenciales contradicciones y dejar de forzar interpretaciones para extenderla de formas innecesarias que puedan, incluso, disminuir sus potencialidades y efectividad contra las desigualdades que se manifiestan como discriminaciones. Este desequilibrio en la forma de afrontar las desigualdades parece activar una dinámica en la que, al reafirmar la igualdad y no-discriminación hubiéramos saltado demasiado rápido —casi sin detenernos— del componente de igualdad hacia la no-discriminación y nos hubiéramos detenido —preponderante y exclusivamente— sólo en esta última. Nos ayudaría revertir esa tendencia.

De ninguna manera para abandonar el abordaje de la igualdad como no-discriminación, pero sí para dimensionarlo como uno de los caminos hacia la igualdad, poder complementarlo con otros y hacer más adecuados y equilibrados los abordajes hacia las desigualdades a través del derecho.

iii. Otro camino. Hacia la igualdad sustantiva y el no-sometimiento

A) Consideraciones generales

La desigualdad no se reduce a la discriminación. Si esto es aceptado entonces la igualdad no debería reducirse a la «no-discriminación». Por ende, es importante no limitar los encuadres y enfoques con los que pensamos la «igualdad» a uno solo de sus aspectos (Saba, 2021: 92 y 95). En este apartado abordaremos brevemente «otro camino» hacia la igualdad: la «igualdad sustantiva» muy estrechamente vinculada con la igualdad como «no-sometimiento».

La SCJN ha sostenido que la igualdad sustantiva o en los hechos es aquella que "se configura como una faceta o dimensión del derecho humano a

la igualdad jurídica que tiene como objetivo **remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos humanos en condiciones de paridad** con otro conjunto de personas o grupo social (Énfasis añadido).³⁴

Por su parte, la Corte Interamericana ha defendido un entendimiento similar y ha resaltado además cómo esas situaciones de desigualdad estructural pueden dar lugar a que los grupos o personas que las padecen se encuentren en una situación de riesgo agravado de sufrir otras múltiples violaciones a sus derechos, vinculadas con su posición o condición de vulnerabilidad (por ejemplo, mujeres que por serlo se enfrentan a riesgos más elevados; personas en pobreza extrema trabajadoras agrícolas en situaciones prácticamente de trabajo esclavo; así como personas con discapacidad que son frecuentemente excluidas por la sociedad en general; comunidades y personas originarias que suelen ver violentado su derecho a la autonomía y su relación especial con el territorio que habitan, entre otras circunstancias). Además, podría decirse que la Corte IDH ha impulsado una prohibición de neutralidad con la finalidad de hacer frente a estas situaciones de desigualdad real (muchas veces, leídas como manifestaciones de discriminación indirecta); ante las que ser neutral no está permitido.³⁵

³⁴ Y continúa la cita: "En complemento a lo detallado sobre el principio de igualdad formal en la aplicación de la ley y en la norma jurídica, esta segunda modalidad del principio de igualdad jurídica impone a las distintas autoridades del Estado la obligación de llevar a cabo ciertos actos que tiendan a obtener tal correspondencia de oportunidades entre los distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población. Por ende, esta modalidad de la igualdad se cumple a través de una serie de medidas de carácter administrativo, legislativo o de cualquier otra índole que tengan como finalidad última evitar que se siga dando la diferenciación injustificada o la discriminación sistemática o revertir los efectos de la marginación histórica y/o estructural del grupo social relevante."

SCJN (2013). Amparo Directo en Revisión 1464/2013. Primera Sala. Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 13 de noviembre de 2013, página 33.

³⁵ Véase Serrano Guzmán, S. (2021), "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 305-321. También en un sentido similar que asocia «igualdad real» con «discriminación estructural», véase Betrián Cerdán, P. (2021), "La discriminación indirecta", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

Estas dos lecturas jurisprudenciales dejan muy claro cómo el énfasis hacia la igualdad se altera. El foco de atención en esta forma de acercarse a las desigualdades está centrado en las situaciones reales de exclusión y de opresión. Es decir, contextos de desigualdad realmente existentes que impactan de diversas formas en las vidas concretas de las personas por lo que lo constitucional y convencionalmente exigido no es implementar un trato indistinto frente a las personas sino, al contrario, se requiere dar mucho peso a las situaciones concretas de desventaja, exclusión y opresión. Por ende, se requiere tomar medidas diferenciadas que vayan incluso más allá de la aparente neutralidad de las normas y conductas; y aún más, que vayan más allá de esa presunción estructural y sistémica de muchos sistemas jurídicos contemporáneos que asumen la igualdad como si fuese una realidad, y reconducir la atención hacia lo mucho que hay por hacer para confrontar las múltiples desigualdades que afectan a personas y grupos parte de colectivos histórica, estructural y sistémicamente desaventajados, excluidos y/u oprimidos.

Esta concepción de la igualdad, además, requerirá un compromiso activo de las autoridades estatales —aunque no sólo de ellas— para tomar acciones positivas para revertir esas situaciones de desigualdad en los hechos. Desde esta perspectiva, no basta con ir contra la arbitrariedad sino también contra los patrones y causas que generan la existencia de esas situaciones de desventaja, exclusión y opresión estructurales; no hacerlo, y limitarse al respeto de la igualdad en el derecho, haría muy poco para alterar situaciones históricas de desventaja, con lo que haría prácticamente imposible la nivelación de las condiciones de vida de las personas parte de esos grupos, con las de aquellas que no ven perjudicadas sus vidas significativamente por esas exclusiones y/u opresiones. Como se ha dicho, esto dota a la igualdad sustantiva de una perspectiva de transformación social (Betrián Cerdán, 2021: 76).

Por otra parte, también se ha enfatizado que estas dos concepciones de igualdad (no-discriminación y no-sometimiento) compiten entre sí en el imaginario de las personas que reflexionan y resuleven casos sobre

desigualdades, sobre todo juristas (Saba, 2021: 87). Hay que decir que el entendimiento predominante de la igualdad sustantiva está muy vinculado con el entendimiento de la igualdad como no-sometimiento. Esta última exige

[...] que aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente tratados de forma más desventajosa no reciban un trato que, a pesar de no ser arbitrario, genere efectos que hacen que les resulte imposible desarrollar autónomamente sus planes de vida. La situación de desventaja estructural es contradictoria con el ideal de la igualdad y, por lo tanto, este último exige acciones estatales tendientes a dismantlar las condiciones estructurales que provocan el sometimiento de un grupo por otro o por el resto de la sociedad." (Saba, 2021: 92).

Y que, a "diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, la igualdad como no-subordinación se asocia al imperativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas o por prácticas colectivas, públicas y privadas, que los colocan en esa situación de desventaja sistémica" (*Idem*).

Esto reitera la intensidad y la exigencia proactiva contra múltiples desigualdades que conlleva comprender la igualdad como no-subordinación o no-sometimiento. Concretamente, esta concepción requiere ir más allá de una lógica de mera funcionalidad entre medios y fines para evaluar si una medida determinada va o no contra el ideal de igualdad protegido tanto constitucional como convencionalmente. Concebir la igualdad de esta forma hace que, contrario a lo que supone el entendimiento básico de igualdad como no-discriminación, para juzgar si existió o no desigualdad lejos de ignorar las características y condiciones de vida concretas de cada persona, éstas sean particularmente tomadas en cuenta pues, muy probablemente, sean esas condiciones las que impacten de manera significativa en la afectación de sus derechos. Un ejemplo de ello sería la exigencia de trato diferenciado en favor de las mujeres frente a los hombres cuando las primeras han sido sistemáticamente excluidas de

participar en varios espacios públicos y privados, cosa que sería claramente compatible con una comprensión anti-subordinación, pero —quizá— sería cuestionada por una perspectiva centrada en una concepción estricta de igualdad como no-arbitrariedad (Saba, 2021: 96-99).³⁶

B) Las acciones positivas y la interseccionalidad

Para hacer realidad este tipo de igualdad se han impulsado varias estrategias. Aquí abordaremos mínimamente el caso tanto de las acciones positivas, incluso afirmativas, y del uso de la interseccionalidad como mecanismos para hacer frente a las formas estructurales, sistémicas y complejas en las que las desigualdades impactan las vidas de diversos grupos e individuos. Se trata de acciones positivas que conllevan —deklaradamente— un trato diferenciado pero que está justificado porque el mismo busca revertir desigualdades estructurales. Y de abordajes interseccionales que responden a que —en los hechos— las distintas condiciones e identidades de una persona son múltiples y están entrelazadas. Un mujer no es sólo una mujer, sino también puede ser una mujer afrodescendiente que, además, es una mujer trabajadora, muchas veces, en sectores precarizados.

a) Acciones positivas

Las acciones positivas pueden ser entendidas como tratos diferenciados que buscan acelerar el proceso de desmantelamiento de las desigualdades de hecho, con lo que se busca por una parte erradicar las que ya existen y, de ser posible, impedir que las mismas se reproduzcan en un futuro.³⁷

³⁶ Para acceder a una reflexión más detallada sobre la igualdad como no-sometimiento, así como sus contrastes y hasta potenciales conflictos con la igualdad como no-discriminación véase Saba, R. (2021), "Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 93-104.

³⁷ Medidas como éstas han sido implementadas también por la Corte IDH para evaluar la responsabilidad internacional de los Estados ante casos en los que no se hayan tomado acciones decididas

Se ha indicado que estas acciones requieren de tres situaciones para que su adopción esté justificada: "a) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (afrodescendientes, mujeres, asiáticos, inmigrantes, descendientes de inmigrantes, pobres estructurales, ancianos, personas con discapacidad, etcétera); b) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etcétera); y c) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de uno o más de esos ámbitos por un tiempo considerable, de modo" (Saba, 2021: 133). Cabe precisar además que estas acciones nunca estarán justificadas si éstas se utilizan para generar, mantener o agravar desigualdades estructurales (Saba, 2008: 740-741).³⁸

En este ámbito, las acciones positivas en sentido amplio pueden concebirse como aquellas medidas que, en efecto, están dirigidas a contribuir al desmantelamiento sistémico de desigualdades estructurales pero necesariamente tienen una afectación directa e intensa en el goce y ejercicio de los derechos de otros grupos. Un ejemplo de esto podría ser el establecimiento de un "instituto de la mujer", cuya finalidad sea mejorar las condiciones de vida de este grupo e impulsar diversas medidas para erradicar las violencias, exclusiones y opresiones que se ejercen contra ellas. Por otra parte, mucho más específicas y de mayor intensidad, estarían las acciones afirmativas, que ostentan un grado mayor de intensidad, especificidad y de impacto en las vidas de otros grupos, pero

para ir contra desigualdades ("discriminaciones") estructurales que impactan la vida de las personas en particular situación de vulnerabilidad. Véase Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrafos 334-343.

³⁸ Cabe indicar que esta "herramienta" de «acciones positivas» ha sido también retomada en algunas legislaciones y ha dado lugar incluso a precisiones entre "tipos de acciones" contra las desigualdades sustantivas. Así, podría hablarse de distinciones entre "medidas de nivelación", "medidas de inclusión" y "acciones positivas en sentido estricto". Véase Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Capítulo IV: De las medidas de nivelación, medidas de inclusión y acciones afirmativas. No obstante, restaría pensar qué tanto las observaciones que hemos hecho aquí sobre el «desequilibrio» que hace casi exclusivo el abordaje a la igualdad como no-discriminación podría impactar también estas clasificaciones.

también están orientadas a revertir de formas más concisas situaciones de opresión y exclusión históricas. Una muestra de éstas podrían ser las acciones para garantizar la paridad de género en cargos de representación pública, por lo que, al adoptarse, por ejemplo, se asegurará al menos 50% de mujeres en esos cargos, incluso si para ello debe impedirse la participación de los hombres en esos mismos espacios.

b) Interseccionalidad

Este enfoque responde a situaciones muy concretas, y se retoma para resolver problemas específicos que se enfrentan cuando se percibe que las personas nos configuramos por una multiplicidad de factores que nos componen y afectan cotidianamente nuestras vidas. Por ello, este concepto propuesto por la abogada y activista Kimberlé Crenshaw (Crenshaw, 1989) buscó impulsar una crítica y enfoque desde el feminismo negro que no llevara a tener que elegir una opresión o exclusión como si fuera la única que afecta la vida de personas y colectivos: sexo, género como raza y clase van de la mano, y ese entrelazamiento genera afectaciones específicas. Ésta fue, por ende, una respuesta para reflejar la realidad compleja constituida por múltiples elementos o «secciones» que configuran a cada ser humano y que generan impactos específicos como consecuencia de las diversas y múltiples violencias, exclusiones y opresiones que se padecen.³⁹

Este enfoque ha comenzado a ser retomado incluso por la Corte IDH ante casos en los que resaltó la existencia entrelazada de múltiples discriminaciones, factores y categorizaciones que muestran cómo las personas, a pesar de poder ser consideradas como parte de un grupo específico (mujeres; comunidades y pueblos originarios; personas con discapacidad;

³⁹ Para un abordaje detenido y bastante amplio sobre la interseccionalidad y muchos de los impactos que ha tenido, véase Lutz, H. (2011), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Surrey, Ashgate.

entre otros), no por ello reciben un impacto homogéneo en sus vidas, ni éste se deriva de una sola de sus adscripciones a dichos grupos.⁴⁰ Así, podría decirse que los seres humanos tenemos pertenencias múltiples que hacen necesario complejizar el análisis de las afectaciones a los derechos que se evalúen. Sin duda, la consecución de la igualdad sustantiva se verá beneficiada por enfoques como éste, que lejos de rehuir la complejidad humana la afrontan, con todos los desafíos que eso conlleva.

Es innegable que existen varios esfuerzos que pueden interpretarse como el compromiso de diversos sistemas jurídicos por hacer realidad el ideal de igualdad, que tras superar enfoques durante mucho tiempo, parecieron reducir la igualdad a la no-discriminación. En otras palabras, parece que se ha emprendido un camino de respuesta sensible desde varias instituciones a las exigencias de varios actores sociales que durante años han luchado porque la igualdad sea más que una bella palabra y pase a traducirse en hechos concretos.

Sin embargo, aún hay mucho por hacer. Y una de las estrategias necesarias, como ya ha sido sugerido (Saba, 2021: 136-137), es combinar las dos concepciones de la igualdad que hasta ahora hemos abordado: la no-discriminación cuando se haga frente a distinciones arbitrarias, con la finalidad de asegurar el respeto a la igualdad formal que debe asegurarse a todo ser humano; y el no-sometimiento cuando se haga frente a desigualdades estructurales que impactan de manera profunda y diferenciada en personas y grupos histórica y contemporáneamente desaventajados, excluidos y/u oprimidos para que, además de la igualdad formal, también se tomen medidas decididas para lograr la igualdad sustantiva.

⁴⁰ Véase Corte IDH (2015). *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298. Asimismo, para acceder a otros casos en los que la interseccionalidad ha sido retomada por el tribunal interamericano, véase Corte IDH (2019), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: igualdad y no discriminación*, San José, Corte IDH, pp. 32-37. Disponible en « <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> » [Consultado el 30 de agosto de 2021].

Como bien se ha indicado, y quizá por los desequilibrios que hemos venido mencionando, aún estamos esperando a la igualdad estructural.⁴¹ Sólo que, a diferencia de aquella obra de Becket, los propios desarrollos aquí retomados no nos permiten esperar por esa igualdad como se esperaba a Godot. Por ello, en estas páginas nos sumamos a aquellas voces y desarrollos jurisprudenciales que han resaltado la importancia de ir activamente contra las desigualdades estructurales, removiendo los obstáculos que impiden a muchas personas vivir sus vidas de manera autónoma y en condiciones de igualdad.

No obstante, consideramos que es necesario plantearse la posibilidad de ir todavía más allá. Aunque advertimos, hay mucho por hacer y demasiados caminos inexplorados que no por ello deberían ser evitados o rechazados. Consideramos que, más allá de la desigualdad como discriminación, así como la desigualdad como sometimiento, deberíamos plantearnos ¿qué puede o podría hacer el derecho frente a la desigualdad material en sí, frente a la desigualdad socio-económica? Por ello, en la siguiente sección desarrollaremos brevemente algunas ideas e interrogantes que quizá muestren la pertinencia de abrir un camino más —desde el derecho— hacia la igualdad pues tal vez, hasta ahora, los sistemas jurídicos no han funcionado a su máxima capacidad para afrontar esos niveles de desigualdad, opresión y exclusión, sobre todo aquellas de carácter socio-económico.

III. Hacia la igualdad socio-económica desde el derecho: Un tercer camino necesario

Esta parte del texto tiene una función más exploratoria que consolidada, y más interrogativa que resolutive. Dicho eso, podríamos resumir la

⁴¹ Véase Pou Giménez, F, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte" en Ibarra Olguín, A. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN, pp. 368-379. Pareciera claro que esta evocación hace referencia al aún incipiente abordaje de la SCJN sobre la «igualdad estructural» que hasta ahora ha centrado más sus esfuerzos en la no-discriminación. Cosa que, por supuesto, puede cambiar en los años por venir.

intención de estas últimas ideas en lo siguiente: si las desigualdades no se agotan en aquellas que se expresan en «discriminación» y «sometimiento», en los términos que compartimos antes, ¿qué hacer desde el derecho para ir contra esas otras desigualdades, concretamente aquellas socio-económicas?, ¿qué hacer frente a las desigualdades económicas que parecen no haber sido consideradas como un problema de relevancia constitucional y/o convencional? ¿Es esto algo que podría y debería ser atajable a través del derecho, específicamente a través de la labor jurisdiccional y la impartición de la justicia constitucional y convencional?

Estas ideas buscan ser —como mínimo— un puente que conecte los abordajes de las desigualdades desde el derecho con los que se han hecho preponderantemente desde otras disciplinas como la economía. Las condiciones de desigualdad socio-económica tan extrema parecen hacer imprescindible que se haga algo más desde el derecho o, al menos, que desde allí se comiencen a plantear seriamente los cuestionamientos sobre lo que podría hacerse, especialmente en contextos sociales de desigualdades tan extremas de las cuales México —y prácticamente todo el continente americano— son un ejemplo.

Ya en 2015 desde OXFAM México se hablaba de la dramática situación que atraviesa nuestro país,⁴² y en relación con lo que acontece a nivel mundial esta organización no tuvo reservas en afirmar que el planeta "sigue inmerso en una crisis mundial de desigualdad" y añadía que "[s]i sigue esta tendencia, el incremento de la desigualdad económica

⁴² "Nuestro país está inmerso en un ciclo vicioso de desigualdad, falta de crecimiento económico y pobreza. Siendo la decimocuarta economía del mundo, hay 53.3 millones de personas viviendo la pobreza. La desigualdad ha frenado el potencial del capital físico, social y humano de México; haciendo que en un país rico sigan persistiendo millones de pobres. ¿En dónde está esa riqueza mexicana? En términos de renta y capital, se encuentra concentrada en un grupo selecto de personas que se han beneficiado del poco crecimiento económico del que ha gozado México en las últimas dos décadas. Así, mientras el PIB *per cápita* crece a menos del 1% anual, la fortuna de los 16 mexicanos más ricos se multiplica por cinco." [...] Resulta, pues, imperativo hablar del tema en México, en donde más de veintitrés millones de personas no pueden adquirir una canasta básica, pero que alberga a uno de los hombres más ricos del mundo. Ahora bien, esta desigualdad que caracteriza a México no sólo tiene implicaciones sociales: las implicaciones políticas juegan un rol preponderante" (Esquivel Hernández, 2015: 5-7).

amenaza con fracturar nuestras sociedades: incrementa la delincuencia y la inseguridad, socava la lucha contra la pobreza y hace que cada vez más personas vivan con más miedo y menos esperanza" (OXFAM y Hardoon, 2017: 2).

Esto además genera una multiplicidad de problemas para las sociedades contemporáneas. Por ello, desde esta organización internacional, se ha rechazado frontalmente la idea del «goteo» de la riqueza desde arriba hacia abajo. Incluso se ha sostenido que defender un presupuesto como ese en gran medida es responsable de los niveles tan amplios y profundos de desigualdad socio-económica vigentes hoy día (OXFAM y Hardoon, 2017: 2-8). Por esas razones no tiene duda en afirmar con datos duros y argumentación sustentada que "[l]a desigualdad extrema provoca una larga lista de consecuencias sociales y políticas"(OXFAM y Hardoon, 2017: 11).⁴³

Concretamente, sobre el "rol" del derecho se ha indicado cómo muchas veces estas asimetrías de poder, enmarcadas en una lógica de «capitalismo clientelar», dan lugar a que las élites ultra-ricas puedan moldear los sistemas jurídicos a su beneficio derivando en la manutención de las desigualdades (OXFAM y Hardoon, 2017: 5), y podríamos agregar, en la imposibilidad de cuestionar desde el derecho que el propio sistema social sea tan brutalmente desigual. Ante esto nos preguntamos: ¿hemos

⁴³ En palabras del Secretario General de las Naciones Unidas la catástrofe de la desigualdad no se detuvo con la pandemia de Covid-19 iniciada a finales de 2019 y principios de 2020. Al contrario, con bastante claridad y crudeza indica que: "Se ha comparado al COVID-19 con una radiografía que ha revelado fracturas en el frágil esqueleto de las sociedades que hemos construido y que por doquier está sacando a la luz falacias y falsedades: la mentira de que los mercados libres pueden proporcionar asistencia sanitaria para todos; la ficción de que el trabajo de cuidados no remunerado no es trabajo; el engaño de que vivimos en un mundo post-racista; el mito de que todos estamos en el mismo barco. Pues si bien todos flotamos en el mismo mar, está claro que algunos navegan en súper-yates mientras otros se aferran a desechos flotantes". Guterres, A. (2020), "Encarar la pandemia de la desigualdad: Un nuevo contrato social para una nueva era", *Conferencia Nelson Mandela, ONU*. Disponible en «<https://bit.ly/3zdXGKx>» [Consultado el 10 de septiembre de 2021]. En amplia coincidencia con este diagnóstico y llamado de urgencia para afrontar la desigualdad socio-económica —y muchas otras— con todas las herramientas posibles, véase OXFAM (2021), *El virus de la desigualdad. Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible*, Oxford, OXFAM.

leído cuestiones como ésta, como un problema de desigualdad desde el derecho? ¿Es un problema respecto del cual la justicia constitucional y/o convencional tendría algo que decir?

Estas insuficiencias de nuestros sistemas jurídicos contemporáneos para afrontar este tipo de desigualdades han generado también eco en varias lecturas tanto de movimientos y organizaciones sociales como desde varios sectores de la academia. Sirva como provocación aquel diagnóstico lapidario de Samuel Moyn que indica que -al menos en su versión dominante- los derechos humanos "no son suficientes" (Moyn, 2018) e incluso podrían calificarse como "débiles compañeros" (Moyn, 2014) contra las desigualdades materiales contemporáneas. Sin embargo, creemos que la crudeza de ese diagnóstico sin duda debe ser considerada seriamente, pero no debe llevar ni al derrotismo ni al espasmo incapacitante. Reconocemos que quizá hasta ahora se haya hecho muy poco contra este tipo de desigualdades, pero que ello no nos impida comenzar a pensar y actuar para poder hacer mucho más.

Y para ir hacia allá puede haber varios caminos desde el derecho. Desde aquellos que se plantean la necesaria distinción entre derechos patrimoniales y los fundamentales, el efectivo respeto y garantía de los derechos sociales como una estrategia frontal contra la desigualdad socio-económica (Ferrajoli, 2018), así como aquellos que resaltan la importancia de visiones críticas conscientes de las limitaciones de los derechos y del derecho en sí; pero no por ello rechazan la relevancia de su uso aunado a muchas otras acciones, sobre todo si se consideran los esfuerzos sostenidos e históricos de muchas luchas y movimientos sociales y los cambios institucionales que impulsan (Rodríguez Garavito, 2019). Así, están quienes resaltan la relevancia de considerar también las injusticias epistémicas y de sub-humanización que hoy día siguen activas y tienen lazos profundos con el sistema patriarcal, racista y capitalista vigente (Sena Martins y Santos, 2019).

Habría que añadir también aquellas voces que adelantamos antes, las cuales resaltan que los derechos pueden no ser suficientes, pero no por

ello dejan de ser importantes en la lucha contra las desigualdades socio-económicas (Moyn, 2018). Y, claro, aquellas que enfatizan la necesidad e importancia de cambios sistémicos y estructurales en nuestras economías para que éstas dejen de ser economías al servicio del 1% (OXFAM, 2014; Esquivel Hernández, 2015; OXFAM y Hardoon, 2017; Berkhout *et al.*, 2021). Para ello, es además central tener un entendimiento más amplio de las desigualdades (Santos, 2010) que no las reduzca a una sola de sus manifestaciones. Podríamos decir que todas estas lecturas coinciden en considerar a la desigualdad socio-económica como un anti-valor (que no se reduce ni a la discriminación ni al sometimiento de grupos específicos). Ello, creemos, debería —al menos— motivar a toda persona que pueda tener un rol en contrarrestar las desigualdades —de diverso tipo— a una serie de reflexiones y acciones orientadas hacia la reducción y erradicación de esos niveles de desigualdad socio-económica.

Ahora bien, no podemos dejar de reconocer que desde el derecho ya se han hecho algunas cosas que podrían considerarse orientadas a contrarrestar las expresiones más extremas de esta desigualdad. Una muestra de ello sería considerar la pobreza extrema como un factor sistémico y multidimensional que impacta de múltiples formas los derechos y condiciones de vida de las personas que la padecen (Corte IDH, 2016: párrafos 337-341). Sin embargo, aún falta mucho por hacer o, mínimamente, mucho por pensar. Por ejemplo, debe pensarse que quizá considerar como problemas de relevancia constitucional y/o convencional sólo aquellos vinculados con pobreza extrema no es suficiente para hacer frente a los problemas que se generan derivado de la desigualdad socio-económica extrema. Una muestra de ello serían los datos y argumentos que resaltan que —de hecho— es la propia desigualdad socio-económica la que impide que la pobreza extrema sea reducida y erradicada (OXFAM, 2014: 10-16).

De nuevo, no se trata aquí de generar conclusiones ante estos desafíos; pero sí buscamos, por una parte, resaltar la importancia de que desde el

derecho también se consideren esas desigualdades y, por la otra, motivar la reflexión y acción conjunta desde este enfoque ampliado hacia las desigualdades.

Lo anterior podría pasar por tener claro que la desigualdad socio-económica no se reduce ni a la discriminación ni al sometimiento de grupos específicos. Respecto a la no-discriminación podríamos decir que sería inadecuado leer la desigualdad socio-económica a través de ella porque los problemas que genera esta última van mucho más allá de la arbitrariedad. Respecto de la segunda, sostenemos que, si bien en algunos sistemas jurídicos la situación o condición económica se considera como una cláusula prohibida de discriminación, o incluso como una categoría sospechosa y, por ende, permitiría argüir la pertenencia a un grupo históricamente oprimido y excluido, parece relevante no reducir la posibilidad de confrontar la desigualdad socio-económica desde el derecho sólo a la pertenencia de un grupo (muchas veces también concebido como una minoría). Sobre todo, cuando los problemas de desigualdad socio-económica que confrontamos son más bien de mayorías cada vez más numerosas, empobrecidas y precarizadas frente a otro tipo de minorías ricas, privilegiadas y poderosas.⁴⁴

Además, quizá exigir esa pertenencia a un grupo históricamente excluido y/u oprimido podría también dificultar la posibilidad de adoptar cambios más sistémicos y estructurales que puedan abonar a reducir las desigualdades socio-económicas que —como muestran las fuentes que hemos compartido— afectan a toda la sociedad en su conjunto.

⁴⁴ No desconocemos que desde varios sistemas jurídicos tanto nacionales como internacionales ya se han hecho esfuerzos para complejizar la forma en la que se entiende el concepto de «minorías» en tanto son calificadas como tales, no por criterios meramente numéricos, sino de poder. No obstante, consideramos que desde la propuesta ampliada para confrontar las desigualdades que aquí hemos propuesto, seguir por esa vía y, por ende, no considerar como central el contraste tanto de poder como numérico entre mayorías empobrecidas y precarizadas y minorías cada vez menos numerosas, más ricas y poderosas, derivaría en no atender frontalmente el problema de la desigualdad socio-económica.

No es nuestra intención sugerir aquí que el derecho y, concretamente, la justicia constitucional y convencional, tengan que servir para todo. Sin duda habrá cosas que quizá será mejor tratar por otros canales o situaciones en las que el derecho no tenga un papel preponderante. No obstante, consideramos que esas posibles limitaciones no impiden que busquemos hacer lo máximo posible desde los cauces jurídicos contra el mayor número de desigualdades vigentes, y no sólo contra algunas. Quizá, por ejemplo, podría pensarse de forma similar a como se ha hecho antes con el principio *pro persona*, ¿sería posible o deseable pensar e implementar un principio pro-igualdad, que sea considerado de forma transversal ante casos que puedan contener expresiones de las desigualdades?

Hasta ahora pareciera que —en general— la desigualdad socio-económica en sí misma no ha sido considerada como una transgresión a la regularidad constitucional o convencional de nuestros sistemas jurídicos dominantes.⁴⁵ Por ello en estas páginas hemos sugerido que deberíamos encaminar nuestros esfuerzos hacia la construcción, ya no sólo de un derecho anti-discriminatorio, sino ir hacia la construcción de un derecho anti-desigualitario.

Preguntémonos, ¿cómo podrían el derecho y la justicia constitucional y convencional ser útiles para contrarrestar y cerrar las brechas que cada vez generan más distancia entre personas desproporcionadamente ricas, y una mayoría de personas empobrecidas o en condiciones de vida cada vez más precarias? ¿El derecho, los derechos humanos —estas justicias— podrían y deberían hacer algo frente a esa desigualdad material/económica, que además se traduce en muchas otras? ¿Se podría hacer algo

⁴⁵ Esto podría pasar también por cuestionarnos nuestros referentes. No debería pasar desapercibido que —sin dejar de reconocer los desarrollos valiosos contra la discriminación y cierta desigualdad estructural (a través de acciones afirmativas y categorías sospechosas, entre otras herramientas) — la Corte Suprema de los EUA ha generado su jurisprudencia también en una de las sociedades económicamente más desiguales del mundo. Deberíamos pensar cuánto de eso influye en lo que pensamos como posible o deseable para generar herramientas para afrontar las desigualdades en nuestras sociedades. En el propio contexto de los EUA, ¿el derecho ha servido para confrontar de forma efectiva la desigualdad económica, la desigualdad de 99% vs. 1%? ¿Sí? ¿No? ¿Qué nos dice eso del derecho y de las cosas que tenemos que hacer para confrontar desigualdades?

desde el derecho contra las desigualdades que permiten la riqueza y vida óptima de muy pocas personas, a costa de la precariedad y la miseria de la mayoría de la población mundial? Pensaríamos que sí, que algo debería hacerse; sobre todo en sociedades profundamente desiguales donde pueden coexistir en el mismo territorio las personas más ricas del planeta y los municipios más empobrecidos del mundo, y donde pueden compartir la misma nacionalidad, pero vivir un país brutalmente diferente en su día a día.

El derecho, y la justicia constitucional, si busca ponerse al servicio de la lucha contra las desigualdades —de todo tipo— debería plantearse estos problemas, reconocer su crudeza y desde allí caminar hacia un mundo menos desigual. Con menos discriminaciones, con menos sometimientos, con menos desigualdades. Para ello sin duda tenemos que partir de nuestros mundos no-ideales para que nuestros diagnósticos sean más certeros, y debemos ampliar al máximo nuestras concepciones sobre la(s) (des)igualdad(es). El derecho hasta ahora quizá haya hecho muy poco, pero podría comenzar a hacer mucho más. Hagamos que eso suceda.

En suma, durante estas páginas buscamos resaltar la importancia de un enfoque trifurcado contra las desigualdades. Se trata de vincular de forma dinámica, complementaria y contextualmente sensible tanto las medidas contra la discriminación, como el sometimiento de grupos históricamente excluidos y oprimidos; así como la desigualdad socio-económica. Al proponer esto reconocemos todo lo que se ha hecho, pero también lo que falta por hacer. Es fundamental no reducir todas aquellas desigualdades que se engloban en la discriminación y la subordinación de grupos dejando fuera las desigualdades socio-económicas. Se trata de ampliar los caminos a través de los cuales pensamos y buscamos materializar la igualdad, sin caer en reduccionismos perjudiciales. Parte del desafío es comenzar a pensar que la desigualdad conlleva esos tres aspectos: discriminación, subordinación de grupos y desigualdad socio-económica, y desde allí caminar.

Unamos esfuerzos para que el «tiempo de los derechos» deje de ser también el tiempo de las más profundas desigualdades. Los contextos de extrema y lacerante desigualdad en que vivimos así nos lo exigen.

IV. Algunas preguntas para caminar hacia la igualdad y pensar y actuar contra las desigualdades

- a) ¿Qué impactos y limitaciones genera el desequilibrio que tiende a reducir la igualdad a la no discriminación, y qué virtudes pero también qué problemas genera centrarse exclusivamente en ese enfoque?
- b) Al partir de la igualdad como no-discriminación, en nuestro sistema jurídico —y en el de muchos otros países y regiones— la lógica dominante parece ser: "se presume que todas las personas son consideradas con igual valía y respeto hasta que se demuestre lo contrario". Es decir, lo que se tiene que probar es la desigualdad. ¿No convendría, más bien, en contextos de desigualdades tan rampantes, invertir el proceso y pasar a considerar las desigualdades como hechos notorios, cosa que también sin duda tendría impactos significativos en los sistemas probatorios aplicables a casos de posibles desigualdades?
- c) ¿Por qué la SCJN no ha generado sentencias abordando directamente la desigualdad socio-económica? ¿Qué nos dice eso de nuestro sistema de justicia constitucional y su rol más amplio en la sociedad mexicana y mundial? ¿Eso es algo positivo o negativo? Si se considera positivo, o entendible, ¿por qué? Si se considera negativo, ¿qué podríamos hacer para comenzar a alterar el camino y afrontar más directamente la desigualdad a través del derecho y la justicia constitucional?
- d) Siendo la desigualdad en México una cuestión que determina tan profunda y estructuralmente la vida de las personas, comunidades

y pueblos en el país, ¿la SCJN no debería plantearse la posibilidad de comenzar a desarrollar e impulsar una especie de principio de interpretación constitucional pro-igualdad si se quiere que se aplique transversal y sistemáticamente a sus fallos? Podría pensarse que un sistema de justicia comprometido con confrontar injusticias de carácter sistémico y estructural, y sobre todo en países tan profundamente desiguales, deberían, al menos, plantearse seriamente la cuestión.

- e) ¿Qué nos dice de la justicia desarrollada hasta ahora en México, pero también en muchos otros países e incluso en sistemas internacionales de derechos humanos, que —como regla general— la confrontación de la desigualdad a través del derecho haya sido principalmente conducida a través de la no-discriminación, con algunos desarrollos sobre desigualdad estructural? ¿A qué responde? ¿Cuál es la importancia de cambiar esa tendencia ante un contexto tan profundo y estructuralmente desigual como el mexicano?

V. Bibliografía

- BERKHOUT, E. *et al.* (2021), *El Virus de la Desigualdad: Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible*, Oxfam International. doi: 10.21201/2020.6409.
- BETRIÁN CERDÁN, P. (2021), "La discriminación indirecta", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. M. (2005), "Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación", en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, vol. 67, núm. 50/51, pp. 193-218.

- Corte IDH (2019), *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 14: igualdad y no discriminación*, San José, Corte IDH. Disponible en « <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf> » [Consultado el 30 de agosto de 2021].
- CRENSHAW, K. (1989), *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum.
- ESQUIVEL HERNÁNDEZ, G. (2015), *Desigualdad Extrema en México. Concentración del Poder Económico y Político*, México, OXFAM.
- FERRAJOLI, L. (2018), *Manifiesto per l'Ugaglianza*, Editori Laterza, p. 285.
- IBARRA OLGUÍN, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/discriminacion> [Consultado el 31 de agosto de 2021].
- GUTERRES, A. (2020), "Encarar la pandemia de la desigualdad: Un nuevo contrato social para una nueva era", en *Conferencia Nelson Mandela*, ONU. Disponible en « <https://bit.ly/3zdXGKx> » [Consultado el 10 de septiembre de 2021].
- LATAPIÉ ALDANA, R. (2021), "¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad?", en Ibarra Olguin, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.
- LUTZ, H. (2011), *Framing Intersectionality. Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies*, Surrey, Ashgate.
- MOYN, S. (2014) "A Powerless Companion: Human Rights in the the Age of Neoliberalism", en *Law and Contemp. Probs.*, 77(2007), pp. 147–169. doi: 10.1038/nmeth.3152.

MOYAN, S. (2018), *Not Enough. Human Rights In an Unequal World*, Edited by H. U. Press. Cambridge: The Belknap Press.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006), "El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas", en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 13(2), pp. 61-100. doi: 10.22199/s07189753.2006.0002.00004.

OXFAM (2014), *Iguales: acabemos con la desigualdad extrema. Es hora de cambiar las reglas*, OXFAM Internacional. Disponible en: https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/cr-even-it-up-extreme-inequality-291014-es.pdf [Consultado el 17 de septiembre de 2021].

OXFAM y Hardoon, D. (2017), *Una economía para el 99%: Es hora de construir una economía más humana y justa al servicio de las personas*. Disponible en: www.oxfam.org [Consultado el 9 de septiembre de 2021].

OXFAM (2021). *El virus de la desigualdad. Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible*. Oxford. OXFAM.

PÉREZ PORTILLA, K. (2010), *Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja*, 978-607-02-1473-8, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/30929> [Consultado el 9 de septiembre de 2021].

POU GIMÉNEZ, F. (2021), "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Ibarra Olgún, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.) (2019), *¿Cómo pensar la desigualdad desde los derechos humanos? Nuevos abordajes para las injusticias sociales y económicas del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI.

RONCONI, L. (2019), "Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real", en *Isonomía* núm. 49.

SABA, R. (2005), "(Des)igualdad estructural", en *Revista Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 479-514. Disponible en: https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Des_igualdad_Estructural-Saba.pdf?x20748 [Consultado el 30 de agosto de 2021].

SABA, R. (2008), "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, tomo II, Abeledo Perrot, pp. 695-742.

SABA, R. (2013), "Desigualdad estructural y acciones afirmativas", en Díaz Romero, Pamela; Varas, A. (ed.), *Fundación Equitas*, Santiago, Ril Editor, pp. 85-125.

SABA, R. (2021), "Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad", en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

SANTOS, B. de S. (2010), "Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia", en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, Quito, Ministerio de Justicia de Ecuador, pp. 3-52.

SERRANO, S. (2021), "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH. Avances y retos pendientes" en Ibarra Olguín, A. M. (coord.) (2021), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales/SCJN.

SENA MARTINS, B. y Santos, B. de S. (eds.) (2019), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Madrid, Akal. Disponible en: https://www.akal.com/libro/el-pluriverso-de-los-derechos-humanos_50795/ [Consultado el 30 de abril de 2019].

VILLORO, L. (2000), "Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (VIII Conferencias Aranguren, 1999)", en *Isegoría*, Departamento de Publicaciones del CSIC, 0(22), pp. 103-142. doi: 10.3989/ISEGORIA.2000.I22.524.

WEIWEI, L. (2004), *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo (0130).

Decisiones judiciales utilizadas

Suprema Corte de Justicia de la Nación

SCJN (2013). Amparo Directo en Revisión 1464/2013. Primera Sala. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 13 de noviembre de 2013. México.

SCJN (2015). Amparo Directo en Revisión 1125/2014. Primera Sala. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Sentencia de 8 de abril de 2015. México.

SCJN (2018). Amparo Directo 9/2018. Segunda Sala. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán. Sentencia de 5 de diciembre de 2018. México.

SCJN (2019). Amparo en Revisión 152/2013. Primera Sala. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 23 de abril de 2014. México.

SCJN (2018). Amparo Directo en Revisión 4865/2018. Primera Sala. Ministra Norma Lucía Piña Hernández. Sentencia de 30 de octubre de 2019. México.

SCJN (2019). Amparo en Revisión 331/2019. Primera Sala. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH (2003). Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

Corte IDH (2015). *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH (2016). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Corte IDH (2017). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo.

Corte IDH (2018). *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica

Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia 427 U.S. 307 (1976). Disponible en <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep427/usrep427307/usrep427307.pdf> (última revisión: 11 de abril de 2021).

CAPÍTULO 4

Una mirada comparada a la discriminación indirecta: consensos, divergencias y desafíos

Silvia Serrano Guzmán*

* Profesora Adjunta y Directora Asociada de la Iniciativa del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown

SUMARIO: I. Introducción. 1. La discriminación indirecta en el DIDH. 2. La adjudicación de la discriminación indirecta en jurisdicciones nacionales. 3. Conclusión y agenda. 4. Bibliografía.

I. Introducción

El concepto de discriminación indirecta (DI) es el resultado de una preocupación genuina con la igualdad sustantiva y el reconocimiento de que las aproximaciones formales a la discriminación —por ejemplo, aquellas que son indiferentes a las desigualdades reales o que limitan el reproche a la discriminación directa— son insuficientes para responder a dicha preocupación.

Sin embargo, la prohibición legal de la DI no es sencilla y los casos concretos a los que se enfrenta el poder judicial no suelen ser casos fáciles de subsunción directa de supuestos fácticos. Al contrario, suelen revestir particular complejidad. Por ello, esta prohibición no sólo ha activado un debate académico intenso en las últimas décadas, sino que —a pesar de perseguir una finalidad común en diversas jurisdicciones— la adjudicación judicial o cuasi-judicial de la DI a nivel universal, regional y nacional, no es del todo consistente y refleja un abanico de aproxima-

ciones, al igual que distintos niveles de compromiso de los ordenamientos jurídicos respectivos con el objetivo de enfrentar la desigualdad real.

Aunque en el mundo jurídico se empezó a hablar de DI hace ya varias décadas, la pandemia del Covid-19 visibilizó nuevamente la importancia fundamental de que los ordenamientos jurídicos no se limiten a prohibir la discriminación directa y que las normas antidiscriminatorias también estén en capacidad de responder a los efectos adversos desproporcionados de medidas aparentemente neutrales. La cantidad y variedad de los impactos adversos desproporcionados por los motivos previstos en las normas antidiscriminatorias son alarmantes. Al inicio de la pandemia, el virus fue calificado como democrático y neutral, pero muy pocos días después quedó evidente todo lo contrario.

La prevalencia racial, étnica o por estatus socioeconómico de las hospitalizaciones y muertes por Covid-19 en ciertos países es uno de los ejemplos más perturbadores, pero sólo es uno de ellos. Vivimos en un mundo en el cual medidas relativamente simples de salud pública —como el aislamiento o lavarse las manos— simplemente no están al alcance de un porcentaje significativo de la población. Para muchas personas, la implementación de dichas medidas resultó en la inmediata imposibilidad de satisfacer las necesidades más básicas. Para las mujeres, el aislamiento resultó en un riesgo elevado de violencia doméstica o en la profundización de la desproporción en las tareas de cuidado. En el caso de niños, niñas y adolescentes, muchos vieron afectada su educación debido a la brecha digital.

Este listado está lejos de ser exhaustivo, pero hay dos hilos conductores claros. Por un lado, todos estos fueron impactos desproporcionados de una enfermedad infecciosa y de unas medidas de salud pública que debieron ser neutrales en sus impactos adversos. Por otro lado, los grupos afectados por estos impactos coinciden con grupos tradicionalmente desaventajados, subordinados o sometidos a discriminación.

Las desigualdades estructurales visibilizadas en la pandemia ponen de manifiesto, a su vez, la importancia de fortalecer las herramientas jurídicas para luchar contra las mismas, de modo que la prohibición de la DI toma especial relevancia. En este texto pretendo, en primer lugar, hacer un recorrido por el abordaje de la DI en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). En segundo lugar, abordaré algunas decisiones relevantes sobre DI en jurisdicciones nacionales, incluyendo México. En cuarto lugar, plantearé algunas conclusiones y una agenda hacia el fortalecimiento de la prohibición de la DI a fin de que pueda ser una herramienta idónea para lograr condiciones de igualdad sustantiva.

1. La discriminación indirecta en el DIDH

1.1 Las fuentes convencionales y sus interpretaciones

La mayoría de los tratados generales¹ de derechos humanos no prohíben explícitamente la DI. Por ejemplo, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) (1966: arts. 2.1 y 26), el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) (1966: art. 2.1), la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) (1969: arts. 1.1 y 24) y el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH) (1950: art. 14) incluyen una prohibición general de discriminación basada en un listado no exhaustivo de categorías protegidas.² Sin embargo, esta prohibición ha sido entendida por el Comité de Derechos Humanos (CDH) (1989: párr. 7), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¹ Para efectos de este texto, consideraré como tratados generales a aquellos cuyo ámbito de aplicación son todas las personas; y como tratados específicos a los que tienen como objeto de regulación o bien una violación de derechos humanos en particular o la situación de grupos particulares de personas.

² Las disposiciones antidiscriminatorias en este grupo de tratados incluyen referencias a "otros estatus" u "otra condición social", las cuales han llevado a los órganos y cortes respectivas a incluir otras categorías protegidas en el desarrollo de sus interpretaciones y en el conocimiento de casos concretos.

(Comité DESC) (2009: párr. 7), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica* 2012) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (*D.H. y Otros c. República Checa*, 2007), en el sentido de incluir una prohibición de discriminación tanto directa como indirecta.

De otro lado, varios de los tratados específicos de derechos humanos que tienen como objeto de regulación de la situación de grupos particulares o tipos concretos de violaciones de derechos humanos incluyen una prohibición explícita de la DI. Tal es el caso, por ejemplo, de la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (CEDR) (1965: art. 1.1), la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW) (1979: art. 1) y la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CDPD) (2007: art. 2).

En ambos escenarios —disposiciones que incluyen prohibiciones tanto explícitas como implícitas— los órganos y cortes a cargo de la interpretación y aplicación de los tratados han desarrollado un entendimiento detallado de la DI que revela un consenso general, aunque con algunas diferencias en la formulación.

En el ámbito del sistema universal, el CDH define la DI así:

(...) el efecto discriminatorio de una norma o medida que es aparentemente neutra o no tiene propósito discriminatorio puede dar lugar a una violación del artículo 26. No obstante, no toda distinción, exclusión o restricción por los motivos enumerados en el Pacto constituye discriminación, siempre que esa distinción se base en criterios razonables y objetivos y persiga un propósito que sea legítimo con arreglo al Pacto (Elena Genero c. Italia 2020: párr. 7.3).

El Comité DESC considera que "la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación" (2009: párr. 10.b; *Trujillo Calero c. Ecuador*, 2018: párr. 19.2).

El Comité CEDR describe la DI como "aquellas que no son discriminatorias en un sentido aparente, pero que lo son de hecho, y por los efectos que producen" (*L. R. c. República Eslovaca*, 2005, párr. 10.4).

El Comité CEDAW señala que la DI tiene lugar "cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra" (2010: párr. 16). El Comité explica que éste es el caso aun cuando la discriminación no es intencional y que "la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre" (2010: párrs. 5 y 16).

El Comité CDPD define la DI como la que ocurre cuando "las leyes, las políticas o las prácticas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a las personas con discapacidad" (2018a: párr. 18.b; *Domina y Bendtsen c. Dinamarca*, 2018: párr. 8.3). Según este Comité, "un trato constituye discriminación indirecta si los efectos perjudiciales de una norma o decisión afectan de manera exclusiva o desproporcionada" a personas con discapacidad (*Domina y Bendtsen c. Dinamarca*, 2018: párr. 8.5).

A nivel de los sistemas regionales, el TEDH ha conceptualizado la DI en los siguientes términos:

[...] una política o medida que tiene efectos perjudiciales desproporcionados en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria, con independencia de que la política o medida esté dirigida específicamente a ese grupo. En consecuencia, la DI [...] puede ocurrir bajo circunstancias en las cuales una política o medida produce un impacto particularmente perjudicial en

ciertas personas como resultado de una categoría protegida [...]. En línea con los principios generales relativos a la prohibición de discriminación, esto es así sólo si la política o medida no tiene justificación "objetiva y razonable" (J.D. y A c. Reino Unido, 2020: párr. 85) (traducción libre).

Por su parte, la Corte IDH entiende que el concepto de DI "implica que una norma o práctica aparentemente neutra tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial (...)" (*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 2012: párr. 286).

En resumen, existe un consenso general del entendimiento de la DI en el DIDH y su relación intrínseca con la igualdad real o sustantiva³ en contraste con la igualdad puramente formal. En el DIDH, la DI toma la forma de los efectos o resultados adversos desproporcionados de medidas aparentemente neutrales en grupos protegidos por las cláusulas de no discriminación, con independencia de la intención.

1.2 La adjudicación de la discriminación indirecta en el DIDH

Habiendo establecido que la mayoría de los tratados generales y específicos de derechos humanos en el ámbito universal y a nivel regional prohíben la DI, en esta sección presentaré algunos de los hallazgos más importantes del análisis comparado de los casos de DI resueltos bajo el DIDH.

³ Es importante aclarar que la prohibición de DI no es la única herramienta jurídica para luchar contra la desigualdad sustantiva o real. Existen otras que también cuentan con un desarrollo importante en el DIDH como el uso de estereotipos o el llamado a medidas afirmativas en el contexto de la CEDAW; ajustes razonables o diseño universal en el contexto de la CDPD; o discriminación debido a la omisión de tratar distinto a personas situadas de forma diferente o de intentar corregir desigualdades *de facto* o estructurales en la jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH.

Los órganos y cortes internacionales han decidido un grupo relevante de casos en los cuales se han planteado debates sobre DI. A nivel universal los principales casos de DI han sido resueltos por el CDH,⁴ el Comité CEDR,⁵ el Comité CEDAW,⁶ el Comité CDPD⁷ y el Comité DESC;⁸ y a nivel regional por el TEDH⁹ y la Corte IDH.¹⁰

De este grupo de casos, es posible derivar la estructura básica de análisis de un caso de DI bajo los tratados internacionales de derechos humanos. En la gran mayoría de los casos dicha estructura consta de dos grandes pasos. El paso 1 es la demostración de la existencia de una medida aparentemente neutral que causa un impacto adverso desproporcionado en una persona o grupo protegido; y el paso 2 es el análisis de si existe una justificación objetiva y razonable que, en general, se determina mediante el uso de un juicio de proporcionalidad que no es aplicado de manera idéntica por los órganos y cortes relevantes.

A continuación, describiré los consensos y divergencias en la adjudicación de los dos pasos de esta estructura básica.

Un primer consenso es sobre los tipos de medidas que pueden ser materia de un reclamo de DI, incluyendo normas en el sentido formal al igual que políticas y prácticas. El CDH se refiere a una "norma o medida" (*Elena Genero c. Italia*, 2020: párr. 7.3); el Comité DESC se refiere a "leyes, políticas o prácticas" (2009; *Trujillo Calero c. Ecuador*, 2018); el Comité CERD se refiere a "medidas" (*L. R. c. República Eslovaca*, 2005: párr. 10.4); el Comité CEDAW se refiere a una "ley, una política, un programa o una práctica" (2010); el Comité CDPD se refiere a "las leyes, las políticas o las prácticas" (2018a; *Domina y Bendtsen c. Dinamarca*,

⁴ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en el PIDCP.

⁵ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en la CEDR.

⁶ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en la CEDAW.

⁷ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en la CDPD.

⁸ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en el PIDESC.

⁹ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en el CEDH.

¹⁰ Tiene jurisdicción para decidir casos con base en la CADH.

2018); el TEDH se refiere a una "política o medida" (*J.D. y A c. Reino Unido*, 2020: párr. 85; *DH y Otros c. República Checa*, 2007: §§ 175 y 184-185); y la Corte IDH se refiere a "norma o práctica" (*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 2012).

El consenso del entendimiento amplio del tipo de medidas que pueden ser materia de reclamo se confirma con los hechos de los casos adjudicados. En algunos casos en los que se consideró una potencial DI (independientemente de su resultado) la norma aparentemente neutral analizada era una ley formal. Por ejemplo, la legislación sobre seguridad social en Ecuador (*Trujillo Calero c. Ecuador*, 2018; *Cecilia Derksen c. Países Bajos*, 2004), la legislación sobre prescripción del delito de violación sexual en Nepal (*Purna Maya c. Nepal*, 2013), la regulación sobre los requisitos para ser bombero en Italia (*Elena Genero c. Italia*, 2020), la criminalización del aborto en Irlanda (*Siobhán Whelan c. Irlanda*, 2017), la prohibición legal del uso de cannabis en Sudáfrica (*Prince c. Sudáfrica*, 2007), la legislación que prohíbe ocultar la cara en público en Francia y Bélgica (*Sonia Yaker c. Francia*, 2018; *Dakir c. Bélgica*, 2017; *S.A.S. c. Francia*, 2014), la legislación sobre beneficios de vivienda en Reino Unido (*J.D. y A. c. Reino Unido*, 2020), la legislación sobre reunificación familiar en Dinamarca (*Biao c. Dinamarca*, 2016), y la legislación sobre la concesión del espectro radioeléctrico a medios de comunicación en Guatemala (*Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel De Sumpango y Otros vs. Guatemala*, 2021).

En otros casos, la medida aparentemente neutral fue una política regulada administrativamente o una práctica. Por ejemplo, la resolución de una municipalidad en la República Eslovaca (*L.R. c. República Eslovaca*, 2005), las regulaciones migratorias y sobre permisos de residencia en Dinamarca (*Domina y Bendtsen c. Dinamarca*, 2018), los requisitos administrativos de aparecer con la cabeza descubierta en las fotografías de los documentos de identidad en Francia (*Singh c. Francia*, 2011), las regulaciones para determinar el grado de discapacidad en Suiza (*Di Trizio c. Suiza*, 2016), y las políticas y prácticas de ubicación de niños y niñas en el

sistema educativo en República Checa, Croacia y Hungría (*Horváth y Kiss c. Hungría* 2013; *Oršuš y Otros c. Croacia*, 2010; *D.H y Otros c. República Checa*, 2007). Incluso, en un caso, la medida aparentemente neutral fue adoptada mediante una decisión judicial que prohibió la fecundación in vitro en Costa Rica (*Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 2012).

Un segundo consenso es sobre que la medida aparentemente neutral puede ser resultado de acciones de actores estatales o no estatales. Ésta es una consecuencia lógica de las normas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados en el DIDH que incluyen obligaciones de prevención y respuesta frente a acciones de actores no estatales que incidan en el goce de los derechos protegidos en los tratados que los obligan. No hay controversia sobre que estas obligaciones aplican a la prohibición de discriminación, incluyendo la de DI.

Un ejemplo es el caso *Sefic c. Dinamarca* (2005) decidido por el Comité CERD. Este caso trata de la política de una compañía privada de seguros que afectó la posibilidad de que los vendedores pudieran venderle seguros a personas que no hablaban danés y que se alegó como una política que tenía un impacto desproporcionado con base en etnicidad. Aunque en este caso el Comité concluyó en el fondo que no hubo violación, es pertinente invocarlo porque fue admitido como un caso de potencial DI. Otro ejemplo es el caso *FA. c. Francia* (2018) decidido por el CDH sobre la posible discriminación indirecta de una regulación disciplinaria respecto de las personas docentes de un jardín infantil privado.

Un tema que aparece como consenso en las definiciones de la DI en el DIDH, y que es uno de los elementos esenciales definitorios de este tipo de discriminación, es que no es necesario acreditar la intención de discriminar, pues lo relevante en este tipo de discriminación es el impacto de las medidas impugnadas y no sus intenciones. Sin embargo, en el análisis de casos concretos, pareciera que existe cierta confusión entre DI y discriminación encubierta.

Por ejemplo, en el caso *L.R. c. República Eslovaca* (2005), una municipalidad adoptó una resolución aprobando un plan para construir viviendas de bajo costo para habitantes romaníes con el fin de aliviar los problemas de vivienda de este grupo étnico. Tras una petición de 2700 habitantes del municipio que expresaba que el proyecto llevaría a un flujo de personas "desadaptadas de origen gitano", la municipalidad decidió cancelar la primera resolución sin mayor motivación. El caso fue analizado por el Comité CERD como un caso de DI, pero su razonamiento es más parecido a un caso de discriminación encubierta pues la resolución fue redactada intencionalmente de manera neutral con el objetivo de encubrir su verdadero motivo.

Esta confusión es problemática porque, en los casos de discriminación encubierta, el ejercicio de adjudicación debe estar centrado en descubrir la verdadera intención que se esconde detrás de un velo de legalidad o de una facultad discrecional, mientras que en casos de DI el ejercicio de adjudicación debe enfocarse en los impactos adversos de las medidas impugnadas.

En cuanto a los estándares probatorios aplicables en casos de DI, el análisis comparado de los casos a nivel internacional muestra al menos dos aproximaciones distintas que parecen responder a diferentes tipos de casos de DI.

La primera aproximación tiene que ver con el uso de datos estadísticos para determinar el impacto adverso desproporcionado. Por ejemplo, en el caso *Trujillo Calero c. Ecuador* (2018), relativo a los efectos en un esquema de seguridad social y sus impactos desproporcionados en las mujeres, el Comité DESC fundamentó su determinación en información pública que demostraba que dentro de las personas en edad laboral pero fuera del mercado formal, aquellas que se dedicaban exclusivamente al trabajo doméstico, eran casi exclusivamente mujeres (párr. 19.4). En el caso *Elena Genero c. Italia* (2020), relacionado con el rechazo de la postulación de la víctima para unirse al cuerpo de bomberos

debido a que no cumplía con el mínimo de estatura, el CDH determinó que ese requisito tuvo el efecto de excluir a la mayoría de las mujeres italianas cuya estatura, en promedio, era menor al exigido (párr. 7.4).

En el caso *D.H. y Otros c. República Checa* (2007), relativo a la segregación *de facto* de niños y niñas romaní en el sistema educativo como consecuencia de exámenes aparentemente neutrales, el TEDH tomó en especial consideración las estadísticas presentadas por los peticionarios sobre la prevalencia de niños y niñas romaníes en las instituciones educativas para estudiantes con necesidades especiales. Además, el TEDH agregó que esta evidencia no fue controvertida por el Estado y que éste no produjo datos estadísticos alternativos. Aunque el TEDH anotó que las estadísticas disponibles no eran enteramente fiables, consideró que las mismas relevaban una tendencia dominante que ha sido confirmada por otras fuentes. Concluyó que aún si el número exacto de niños y niñas romaníes en escuelas especiales era difícil de establecer, dicha cifra sí era desproporcionadamente alta (párr. 193). El punto relevante es que, a pesar de la ausencia de cifras exactas, el componente "impreciso" de los datos fue complementado por el TEDH mediante información adicional, incluyendo los hallazgos contextuales de otros organismos internacionales de derechos humanos sobre la situación. Otros casos de DI en los que el TEDH se ha apoyado —en términos probatorios— en estadística son *Di Trizio c. Suiza* (2019) y *Horváth y Kiss c. Hungría* (2013).

La segunda aproximación respecto de la evidencia consiste en el uso de inferencias generales, en ausencia de datos estadísticos. Un ejemplo de esta aproximación es el caso *S.C. y G.P. c. Italia* (2019), relativo al impacto en las mujeres de la imposibilidad de revocar el consentimiento de la implantación de embriones tras un tratamiento de fecundación *in vitro*. El Comité DESC consideró, sin usar datos estadísticos y mediante su propia inferencia, que esta norma afecta desproporcionadamente a las mujeres que quedaban expuestas a intervenciones médicas e incluso embarazos forzados aun si, en apariencia, esta restricción afecta a hombres y mujeres (párr. 10.3).

Otro ejemplo de esta segunda aproximación es el caso *Biao c. Dinamarca* (2016), en el que el TEDH le requirió al Estado aportar datos estadísticos del impacto étnico de una norma que establecía un requisito de 28 años de ciudadanía para la reunificación familiar. El Estado respondió que no contaba con dicha información y el TEDH indicó que, aunque no le era posible establecer exactamente el número de beneficiarios de la norma y cuántos de ellos eran daneses de origen étnico danés y cuántos eran daneses de otro origen étnico, en todo caso sí era posible extraer conclusiones con base en su apreciación de la norma, incluyendo sus trabajos preparatorios. El TEDH consideró "razonable asumir" que al menos la vasta mayoría de las categorías de personas que podrían beneficiarse de la norma serían de origen étnico danés, mientras la categoría de personas que adquirieron su nacionalidad en etapas más tardías de su vida —y por lo tanto no podrían beneficiarse de la norma— serían generalmente de origen étnico extranjero (párr. 112).

Estas dos aproximaciones al tema de prueba del impacto adverso desproporcionado no necesariamente muestran inconsistencia. Al contrario, parecen visibilizar la posible relevancia de distinguir tipos de casos de DI en contraste con un enfoque que considera que los casos son homogéneos y que siempre es necesaria la estadística. Además, esta flexibilidad es consciente de la dificultad probatoria que pueden enfrentar peticionarios en casos de DI y deja abierta la posibilidad de presentar, con alguna perspectiva de éxito, ciertos casos aun cuando no existe estadística, incluso cuando esta ausencia es atribuible a omisiones del Estado llamado a contar con dicha información.

Uno de los hallazgos más importantes del análisis comparado de los casos es respecto del paso de la "justificación", una vez establecido el impacto adverso desproporcionado en una persona o grupo de personas perteneciente a una categoría protegida. Los Comités de Naciones Unidas, en su mayoría, así como el TEDH, importaron automáticamente un test que mide la proporcionalidad de los medios y los fines, tradicionalmente usado —con diferentes modalidades e intensidades— como

juicio de igualdad en casos de discriminación directa. La utilidad y pertinencia de un test de proporcionalidad en casos de discriminación directa está bien justificado, en la medida en que se trata de una metodología de adjudicación que gira en torno a la intención o la voluntad.

Así, lo que los Estados deben demostrar es que están persiguiendo un interés legítimo con su actuación y que dicho interés guarda una relación de proporcionalidad con la diferencia de trato (evidentemente intencional puesto que la diferenciación es el medio usado por el Estado para lograr la finalidad que alega como legítima). En casos de discriminación directa, esta pregunta es fácil de contestar. Si el Estado logra demostrar que una diferenciación persigue un fin legítimo y es proporcional, entonces el trato diferente no será considerado discriminatorio. En esta determinación, el punto central del análisis es la finalidad perseguida y su proporcionalidad *en relación* con la diferenciación. Pero en casos de DI el escenario es distinto porque la intención (es decir la finalidad que persigue la medida aparentemente neutral) es irrelevante y la medida aparentemente neutral muy probablemente no tiene una justificación *en relación* con sus efectos no anticipados sino *en relación* con el objetivo que intencionalmente persigue que, por obvias razones, en la gran mayoría de los casos, no tiene que ver con la diferenciación causada por su impacto.

Por ello, esta metodología para evaluar el paso de la justificación, aplicada a casos de DI, crea el riesgo de poner el énfasis en el lugar equivocado, esto es, en la legitimidad y proporcionalidad de la medida aparentemente neutral en sí misma, y no en si el impacto adverso es tolerable bajo la prohibición de discriminación. Cabe mencionar que la Corte IDH, a diferencia de la mayoría de los Comités del sistema universal y del TEDH, en los pocos casos de DI que ha conocido,¹¹ no ha aplicado un juicio de proporcionalidad. Sin embargo, conforme a su aproximación,

¹¹ Estos son los casos *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 2012, y *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel De Sumpango y Otros vs. Guatemala*, 2021.

parece que la Corte IDH considera que la DI puede determinarse únicamente tras constatar el impacto adverso desproporcionado sin posibilidad de justificación, lo que parece, al menos, cuestionable considerando que aun las diferenciaciones más directas e intencionales son susceptibles de ser justificadas.

Finalmente, tras la mirada comparada de los casos es posible identificar, con excepción del TEDH, una apertura progresiva a incluir reparaciones amplias y no sólo medidas de indemnización pecuniaria. Dentro de las reparaciones dispuestas más recientemente en casos de DI se incluyen reformas que trascienden a las víctimas y que están dirigidas tanto a la adecuación de la medida aparentemente neutral que tiene un efecto discriminatorio, como a la situación subyacente de discriminación estructural que contribuyó al impacto diferenciado (*L.R. c. República Eslovaca*, 2005; párr. 12; *S.C. y G.P. c. Italia*, 2019: párr. 13; *Domina y Bendtsen c. Dinamarca*, 2018: párr. 9; *Purna Maya c. Nepal*, 2013: párr. 15; *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, 2012; *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel De Sumpango y Otros vs. Guatemala*, 2021).

2. La adjudicación de la discriminación indirecta en jurisdicciones nacionales

En esta sección analizaré la adjudicación de la DI en algunas jurisdicciones nacionales (Canadá, México, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos), usando cinco decisiones de altas cortes que son relativamente recientes o que son consideradas emblemáticas en los respectivos países. Estos casos provienen de jurisdicciones con tradiciones legales distintas y los debates jurídicos que abordan también varían dependiendo de la vía legal utilizada y de las especificidades del sistema jurídico. A pesar de ello, es posible hacer análisis comparado y extraer desafíos comunes, debido a que en todas se busca adjudicar el mismo tipo de discriminación en cuya estructura básica de análisis estas jurisdicciones tienden a coincidir.

A continuación, se presenta una descripción de cada caso y los aspectos más importantes de las decisiones, para posteriormente hacer un análisis conjunto de los consensos, divergencias y desafíos a partir de las aproximaciones en el DIDH y en las jurisdicciones nacionales.

a. Canadá

La *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* (1982) no prohíbe explícitamente la DI. La disposición general de no discriminación de la Carta, Sección 15, establece que:

(1) Todo individuo es igual ante la ley y tiene derecho a la misma protección y al mismo beneficio de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación fundada en raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidades mentales o físicas.

(2) La subsección (1) no prohíbe ninguna ley, programa o actividad cuyo objeto es mejorar la situación de individuos o de grupos desaventajados incluyendo quienes están en situación de desventaja en razón de su raza, origen nacional o étnico, de su color, de su religión, de su sexo, de su edad o discapacidades mentales o físicas (Carta Canadiense de Derechos y Libertades, 1982: sección 15) (traducción libre).

Sin embargo, la Corte Suprema de Canadá ha interpretado que esta disposición también prohíbe la DI, ha relacionado esta discriminación con la igualdad sustantiva y la ha definido como la que "ocurre cuando una norma aparentemente neutral tiene un impacto desproporcionado en miembros de grupos protegidos en razón de categorías enumeradas o análogas" (traducción libre). La Corte Suprema de Canadá considera que la intención de la legislación es irrelevante. En palabras de la Corte: "para establecer un reclamo [bajo la Sección 15.1 de la Carta Canadiense] nunca ha sido requerida prueba de la intención discriminatoria" (traducción libre) y un propósito benevolente no es suficiente para proteger a la legislación de escrutinio (*Fraser c. Canadá*, 2020: 6, 8).

En una sentencia reciente de 2020, la Corte Suprema de Canadá adjudicó nuevamente un caso de DI. El caso se refiere a la situación de tres mujeres retiradas de la *Royal Canadian Mounted Police* (RCMP) que tomaron licencia de maternidad a principios o mediados de la década de los 90. Debido a las dificultades para combinar su trabajo con labores de crianza, en 1997 se inscribieron en un "programa de trabajo compartido" según el cual las personas que se vincularan al programa podían dividir las funciones de un puesto de tiempo completo. Las tres mujeres esperaban que el plan de trabajo compartido fuera elegible integralmente para su jubilación, pero luego se les informó que ese tiempo trabajado podía contarse como tiempo completo para tales efectos. La mayoría de las personas de la RPMC inscritas en el programa eran mujeres con hijos. Existía también la posibilidad de licencia sin goce de sueldo por ciertos períodos y ese régimen sí era "plenamente pensionable" (*Fraser c. Canadá*, 2020: 5).

En su razonamiento la Corte Suprema de Canadá estableció que los dos pasos establecidos en la Sección 15 de la Carta deben ser materia de análisis, independientemente de si la discriminación es directa o indirecta (*Fraser c. Canadá*, 2020).

El primer paso se enfoca en el impacto desproporcionado con base en una categoría protegida. Para esta determinación, la Corte Suprema indicó que son particularmente relevantes dos tipos de pruebas. Uno es respecto de la situación del grupo afectado, por ejemplo, pruebas sobre barreras físicas, sociales, culturales, entre otras. El segundo tipo de evidencia es la relacionada con los efectos de la norma impugnada y su carácter adverso, incluida la estadística, con el objetivo de determinar un "patrón adverso de exclusión o daño que sea estadísticamente relevante y no simplemente el resultado de la casualidad" (traducción libre). Además, estableció que "el peso que se dé a las estadísticas dependerá, entre otras cosas, de su calidad y metodología" (*Fraser c. Canadá*, 2020: párr. 59).

La Corte Suprema de Canadá consideró que, idealmente, los demandantes deberían presentar ambos tipos de pruebas, pero que ello no es obligatorio. En algunos casos, "la evidencia sobre un grupo mostrará una asociación tan fuerte con ciertas características, de forma tal que el impacto desproporcionado en los miembros de ese grupo será evidente e inmediato", mientras que en otros "las disparidades estadísticas claras y consistentes pueden mostrar un impacto desproporcionado en los miembros de ese grupo protegido, incluso si se desconoce la razón precisa del impacto". Según la Corte Suprema de Canadá en este tipo de casos, "la evidencia estadística es en sí misma una señal convincente de que la norma no se ha estructurado de manera que tenga en cuenta las circunstancias del grupo". En definitiva, la relevancia de ambos o de cada uno de los tipos de prueba "varía según los casos" (*Fraser c. Canadá*, 2020: párr. 62) (traducción libre).

En cuanto a la causalidad (cuestión no debatida explícitamente en la adjudicación de los casos de DI en jurisdicciones internacionales), la Corte Suprema destacó dos posibles formas de entender esta cuestión. Una es la causalidad como el vínculo entre la característica protegida y la desventaja. La otra es el vínculo entre la medida cuestionada y la desventaja. La Corte determinó que, cuando los demandantes "demuestran exitosamente que una norma tiene un impacto desproporcionado en miembros de un grupo protegido, no tienen que demostrar también que la característica protegida fue la que causó el impacto desproporcionado" (traducción libre). Agregó que "también es innecesario que los demandantes prueben que la ley en sí misma fue la que causó el contexto de las barreras sociales o físicas que hicieron que la norma, requisito o criterio fuera desventajoso" (traducción libre). Una última consideración sobre causalidad es que los demandantes no tienen que demostrar que la norma impugnada afecta a todos los miembros del grupo protegido de la misma manera (*Fraser c. Canadá*, 2020).

El segundo paso, según la Corte Suprema, consiste en determinar si la medida tiene el efecto de reforzar, perpetuar o exacerbar la desventaja y determinó que este análisis es relevante tanto en casos de discriminación

directa como indirecta. En palabras de esta Corte, el objetivo es examinar el impacto del daño causado en el grupo afectado, el cual debe ser analizado a la luz de las desventajas sistémicas e históricas que ha enfrentado dicho grupo. Agregó que la presencia de prejuicios o estereotipos sociales no son factores necesarios y que la continuidad de la desventaja no es menos grave por el hecho de su relevancia para cumplir un objetivo legítimo del Estado (*Fraser c. Canadá*, 2020).

Conforme a la Corte Suprema, tal determinación —la relativa a la justificación— debe evaluarse a la luz de la Sección 1 de la Carta. Dicha sección incluye un test de justificación para todo tipo de limitaciones de derechos, incluyendo el derecho a la no discriminación (*Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, 1982, sección 1; *Fraser c. Canadá*, 2020).

Así, el modelo de adjudicación canadiense de la DI consiste en tres pasos. Los dos primeros, bajo la Sección 15 de la Carta (el impacto desproporcionado y la perpetuación de la desventaja); y el tercero, bajo la Sección 1 aplicable a todos los derechos y consistente en el paso de la justificación. La diferencia entre este modelo de adjudicación y los demás analizados en este texto es que, entre la determinación del impacto adverso desproporcionado y la evaluación de la justificación, hay un paso intermedio que permite evaluar el elemento estructural que en general es el que subyace a la DI.

Al aplicar este modelo de análisis al caso concreto, la Corte Suprema desechó el argumento según el cual las tres mujeres tomaron la decisión de ser parte del programa de trabajo compartido que no era pensionable en su integridad a pesar de haber tenido la opción de usar licencias no remuneradas que sí lo eran. La Corte aclaró que el impacto diferenciado puede ocurrir aún si está basado en elecciones hechas por los individuos o grupos afectados. Tras dicha aclaración, la Corte concluyó que sí existió DI en el caso: "el uso por parte de un miembro de la RCMP de la reducción temporal de horas como fundamento para sustentar la consecuencia de una pensión menos favorable abiertamente tiene un impacto despropor-

cionado en las mujeres". Esta conclusión fue el resultado de evidencia que mostró que las personas pertenecientes a la RCMP que trabajaron horas reducidas en el programa de trabajo compartido eran predominantemente mujeres con hijos pequeños. Además, la Corte consideró que contaba con evidencia convincente sobre las desventajas que enfrentan las mujeres al intentar encontrar un balance entre el trabajo profesional y el trabajo doméstico (*Fraser c. Canadá*, 2020).

Este razonamiento evidencia que en este caso los demandantes presentaron los dos tipos de evidencia referidos anteriormente, aunque no era requerido: por un lado, la estadística que mostraba la prevalencia de mujeres en el programa y, por otro, la información sobre la desventaja histórica de las mujeres en cuanto al trabajo y las labores de crianza. Lo anterior, respecto del primer paso del modelo canadiense, esto es, la determinación del impacto adverso desproporcionado. En cuanto al segundo paso —si la medida perpetúa la desventaja— la Corte concluyó que el diseño pensional de la RCMP analizado sí perpetúa una fuente histórica de desventaja económica de las mujeres. Para esta Corte, ambos pasos muestran una violación *prima facie* de la Sección 15 de la Carta, con base en el sexo (*Fraser c. Canadá*, 2020).

En relación con el tercer paso (o la justificación) bajo la Sección 1 de la Carta, la Corte Suprema dijo que el Estado debía demostrar la existencia de un objetivo "imperioso y sustancial". La decisión no aporta mayores elementos sobre este paso debido a que la parte demandada no ofreció ninguna justificación y la Corte procedió a establecer la violación (*Fraser c. Canadá*, 2020).

Respecto de las reparaciones, la Corte Suprema determinó que el gobierno debía desarrollar una metodología para obtener los créditos pensionales, destacando que dicha metodología debía tener efecto retroactivo a fin de que las demandantes "y otras personas en su posición" puedan contar con una reparación real (*Fraser c. Canadá*, 2020).

A. México

En México, la Constitución a nivel federal prohíbe "(...) toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917: art. 1). Aunque el texto hace referencia expresa a la intención o propósito como un elemento básico de la discriminación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha interpretado esta disposición en el sentido de prohibir también la DI y ha vinculado dicha interpretación con la noción de igualdad sustantiva.

En 2018, la Segunda Sala de la SCJN decidió el Amparo Directo 9/2018, en el cual declaró que la exclusión legal del esquema de seguridad social obligatorio de las personas que hacen trabajo doméstico violaba la prohibición de discriminación. Parte significativa de la decisión se basa en el impacto diferenciado de dicha exclusión en las mujeres, lo que dio lugar al encuadre del caso como uno de DI. Este tipo de discriminación fue definido por la SCJN como la que tiene lugar cuando normas públicas o privadas, políticas o prácticas que son neutrales en apariencia, afectan desproporcionadamente a un grupo o categoría específica de personas.

La disposición demandada excluía al trabajo doméstico de la obligación legal de registrar a sus empleados en el Instituto Mexicano de Seguridad Social. Debido a la inexistencia de una obligación legal, la incorporación de las personas dedicadas al trabajo doméstico al sistema de seguridad social era voluntaria (Amparo Directo 9/2018, 2018).

En su análisis, la SCJN consideró en primer lugar que, conforme a la Organización Internacional de Trabajo (OIT), para 2013 el 80% de las personas dedicadas al trabajo doméstico eran mujeres. La Corte también

consideró datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía conforme a los cuales 2.3 millones de personas estaban dedicadas al trabajo doméstico, de modo que 9 de cada 10 eran mujeres. Estas estadísticas, aunque no estaban actualizadas al momento de la decisión, fueron suficientes para que la SCJN estableciera el impacto desproporcionado de la exclusión legal en las mujeres y calificara dicho impacto como un indicio de discriminación contra las mujeres. Vale la pena destacar que la SCJN tomó en cuenta datos estadísticos, pero nada en su análisis sugiere que el impacto desproporcionado sólo puede ser probado mediante dichos datos (Amparo Directo 9/2018, 2018).

Como segundo paso de análisis, la SCJN evaluó si la exclusión legal tenía una explicación objetiva y razonable, acudiendo a un test de proporcionalidad para responder a dicha pregunta. Aunque la SCJN anunció los pasos de este test y mencionó la aplicabilidad de un escrutinio estricto en casos de género como categoría protegida, el análisis de este paso fue más bien escueto. La Corte determinó que no había una justificación constitucionalmente aceptable y agregó que la exclusión también constituyó una violación del derecho a la seguridad social (Amparo Directo 9/2018, 2018).

Desafortunadamente, las reparaciones ordenadas en este caso fueron muy modestas, al menos para la persona que presentó la demanda. La SCJN determinó que no era posible condenar al empleador o al Instituto Mexicano de Seguridad Social a pagar retroactivamente los aportes a la seguridad social, debido a que la norma impugnada —a pesar de haber sido declarada inconstitucional— tenía una "presunción de constitucionalidad" antes del reclamo judicial y, por lo tanto, no hubo omisión por parte de ninguna persona. Paradójicamente al hecho de que la decisión no implicó ningún cambio a favor de la víctima que ganó el caso, la SCJN sí ordenó al Instituto Mexicano de Seguridad Social que implementara un plan piloto para la inclusión de las personas dedicadas al trabajo doméstico en el sistema de seguridad social obligatorio y, pasados 18 meses, la presentación de una propuesta de ley al Congreso (Amparo Directo, 9/2018, 2018).

B. Sudáfrica

La Constitución de Sudáfrica explícitamente prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta:

(3) El Estado no puede discriminar injustamente a una persona, directa o indirectamente, por una o más causas, incluyendo la raza, género, sexo, embarazo, estado matrimonial, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, lengua y nacimiento.

(4) Ninguna persona puede discriminar injustamente a otra persona, directa o indirectamente, por una o más causas en los términos de la subsección (5) Debe adoptarse legislación para impedir o prohibir la discriminación injusta (Constitución de la República de Sudáfrica, 1996: sección 9) (traducción libre).

La *Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta* (2000) define discriminación como:

Cualquier acto u omisión, incluyendo una política, ley, regla, práctica, condición o situación que directa o indirectamente a) imponga cargas, obligaciones o desventajas sobre; o b) deniegue beneficios, oportunidades o ventajas de cualquier persona sobre la base de uno o más de los criterios prohibidos (Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta, 2000: sección 1) (traducción libre).

En 2007 la Corte Constitucional de Sudáfrica decidió el caso CCT 51/06, considerado como un caso emblemático de DI.

Sunali Pillay era una estudiante en el *Durban Girls' High School* desde 2002. Durante las vacaciones de septiembre de 2004 su madre le dio permiso para hacerse un *piercing* en su nariz con una pequeña tachuela de oro. Cuando volvió al colegio, su madre fue informada de que Sunali

no estaba autorizada para usar el *piercing* porque el mismo iba en contra del Código de Conducta del colegio, sin perjuicio de que pudiera mantenerlo sólo temporalmente para que el *piercing* pudiera sanar. Sin embargo, Sunali no se retiró el *piercing* y, cuando el colegio le solicitó una explicación, la madre expresó que ambas eran provenientes de una familia del sur de India que procura mantener la identidad cultural mediante el ejercicio de las prácticas de sus ancestros que usaban este medio para mostrar su "elegibilidad" para el matrimonio pero que ahora tenía el significado de que las niñas se habían convertido en jóvenes adultas. Agregó que, al cumplir los 16 años, la abuela de Sunali le reemplazaría el *piercing* de oro por uno de diamante como parte de un ritual religioso para "honrar y bendecir" a su hija. Después de evaluar la situación, el colegio le informó a la madre que su hija no estaba autorizada para usar el *piercing*. Debido al incumplimiento con la orden del colegio, el caso fue llevado a un tribunal competente para casos de igualdad ("Equality Court"), que determinó que, aunque se había acreditado un caso *prima facie* de discriminación, la misma estaba justificada (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 14).

El tribunal a cargo de resolver la apelación determinó que la discriminación sí era "injusta" argumentando que: "(...) nuestra sociedad prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta y procura eliminar desigualdades arraigadas" y, por lo tanto, "el tribunal en materia de igualdad no consideró adecuadamente el impacto de la Constitución y de la Ley de Igualdad sobre el código, recordando que la religión y la cultura estaban protegidas bajo la Ley de Igualdad y la Constitución (...) debido a que el *piercing* tenía un significado religioso y/o cultural para Sunali, la omisión en darle un trato diferente al de sus pares, obstaculizó que pudiera beneficiarse (...) del disfrute pleno de su cultura y/o practicar su religión y, por lo tanto, existió discriminación indirecta" (Caso: CCT 51/06, 2007: párrs. 15-18).

La Alta Corte no consideró la cultura o religión exclusivamente de manera simétrica, sino que destacó que "Sunali era parte de un grupo históricamente discriminado y el argumento de la escuela de que la regla

que prohíbe el uso de joyas es una regla general aplicable a todos los estudiantes solo tuvo el efecto de prolongar esa discriminación (...) la insistencia de la escuela en la uniformidad o tratamiento similar fue inapropiada dado que no logró dismantelar estructuras de discriminación sistémica" (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 17).

En lo que hace al paso de la justificación, la Alta Corte sostuvo que el objetivo de mantener la disciplina en la escuela no era una razón aceptable que justificara la prohibición pues "no existía evidencia de que usar el *piercing* nasal tuviera un efecto disruptivo en la gestión pacífica de la escuela" y que, en todo caso, existían medios menos restrictivos para lograr ese objetivo. Por ejemplo, la escuela podría haberles explicado a los estudiantes que concedía una excepción basada en fundamentos religiosos y culturales (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 17).

El caso fue llevado a la Corte Constitucional. Uno de los argumentos de los recurrentes era que no existía un comparador para demostrar que otro grupo fue tratado mejor que Sunali. La Corte Constitucional evitó explícitamente determinar si la Ley de Igualdad siempre requiere un comparador. La Corte se centró en el hecho de que existía un comparador adecuado en el caso: los estudiantes cuyas creencias o prácticas religiosas o culturales no fueron afectadas por el Código. Agregó que considerar como comparador "estudiantes a los que se les concedió una excepción en comparación con los estudiantes que no la obtuvieron" sería equivocado. Para esta determinación del comparador, la Corte Constitucional afirmó que esta segunda manera de hacer la comparación sería errónea porque "identifica solo el efecto que fluye de las decisiones de la escuela, y no logra abordar el impacto indirecto subyacente inherente al propio Código" (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 49).

El razonamiento es similar al de la Alta Corte respecto del impacto desproporcionado, que fue establecido sólo sobre la base de inferencias derivadas de los hechos del caso, sin necesidad de acudir a datos estadísticos. La Corte Constitucional sostuvo que la norma no es neutra "sino que

refuerza las formas de ornamento mayoritarias e históricamente privilegiadas (...) a expensas de las minoritarias e históricamente excluidas" (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 49).

Respecto de la justificación —que en el contexto sudafricano es denominada "trato justo o equitativo" (*fairness*)— la Corte Constitucional recordó que tanto la Constitución como ley sobre igualdad (*Equality Act*) incluyen explícitamente la noción de "trato justo o equitativo", y que la carga de probar que la discriminación fue justa le correspondía, en este caso, a la escuela. Esta ley de 2000, que es una de las leyes antidiscriminatorias más completas y complejas, incluye una larga lista de criterios para la determinación del "trato justo o equitativo" en casos de discriminación, y no parece distinguir entre discriminación directa o indirecta.¹² Uno de esos criterios es si se han dado pasos razonables para acomodar la diversidad —un "ajuste razonable"— de acuerdo con la consideración de la Corte Constitucional. La Corte sostuvo que para determinar si el trato fue justo o equitativo, "los ajustes razonables son más apropiados en los casos en los que (...) la discriminación surge de una regla o práctica aparentemente neutral y es diseñada para contribuir al logro de un propósito valorado, pero sin embargo tiene un efecto marginalizador sobre algunos sectores de la sociedad" (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 103).

¹² *Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta 2000*, sección 14 ("La determinación del carácter justo o injusto (1) No constituye discriminación injusta adoptar medidas destinadas a proteger o promover el avance de personas o categorías de personas desaventajadas por la discriminación injusta o a los miembros de esos grupos o categorías de personas. (2) Al determinar si el demandado ha probado que la discriminación es justa, debe tomarse en cuenta lo siguiente: (a) El contexto; (b) los factores mencionados en la subsección (3); (c) si la discriminación diferencia razonable y justificadamente entre personas de acuerdo con criterios determinables objetivamente, intrínsecos a la actividad concernida. (3) Los factores mencionados en la subsección (2) (b) incluyen los siguientes: (a) Si la discriminación afecta o sea posible que afecte la dignidad humana; (b) el impacto o posible impacto de la discriminación sobre el demandante; (c) la posición del demandante en la sociedad y si sufre de patrones de desventaja o pertenece a un grupo que sufre de tales patrones de desventajas; (d) la naturaleza y el alcance de la discriminación; (e) si la discriminación es de naturaleza sistémica; (f) si la discriminación tiene un propósito legítimo; (g) si y en qué medida la discriminación logra ese propósito; (h) si existen medios menos restrictivos y menos desventajosos para lograr el mismo propósito; (i) si y en qué medida el demandado ha tomado esas medidas de manera razonable en las circunstancias de (i) abordar la desventaja que surge de o se relaciona con uno o más de los motivos prohibidos; o (ii) acomodar la diversidad).

Aplicando los parámetros sobre trato justo o equitativo y ajustes razonables al caso, la Corte Constitucional concluyó que la discriminación tuvo un serio impacto sobre Sunali, y que, aunque los uniformes escolares tienen un propósito importante, permitir una excepción no hubiera impuesto una carga indebida a la escuela. En consecuencia, la Corte Constitucional confirmó la decisión de la Alta Corte (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 143).

La decisión de la Corte Constitucional no ordenó a la escuela conceder la excepción porque Sunali ya no era alumna de la escuela. De todas maneras, la Corte ordenó, hacia el futuro, la rectificación del defecto procesal del Código consistente en la falta de un procedimiento para contemplar excepciones (Caso: CCT 51/06, 2007: párr. 148).

C. Reino Unido

En el Reino Unido, la discriminación indirecta está explícitamente prohibida en la *Ley de Igualdad* de 2010, del siguiente modo:

- (1) Una persona (A) discrimina contra otra (B) si A aplica a B una disposición, criterio o práctica que es discriminatoria en relación con una característica relevante protegida de B.
- (2) Para los efectos de la subsección (1), una disposición, criterio o práctica es discriminatoria en relación con una característica relevante protegida de B si
 - (a) La aplica, o la aplicaría, a personas con las que B no comparte esas características,
 - (b) Pone, o pondría, a personas con las que B comparte esas características en particular desventaja en comparación con personas con las que B no las comparte,

- (c) Pone o pondría a B en desventaja, y
- (d) A no puede demostrar que se trata de un medio proporcional para lograr un fin legítimo (...) (Ley de Igualdad, 2010: sección 19).

Las características relevantes protegidas son edad; discapacidad; reasignación de género; matrimonio o unión civil; raza; religión o creencia; sexo; y orientación sexual.

Ésta es una de las disposiciones más detalladas que prohíben explícitamente la discriminación indirecta en jurisdicciones nacionales. No es sólo una prohibición explícita de la discriminación indirecta (que no es común), sino que también incluye en la misma disposición el "paso de justificación", en la forma de un test de proporcionalidad.

En 2017, la Suprema Corte del Reino Unido adoptó una decisión de particular trascendencia en dos casos concernientes a reclamos por discriminación indirecta.

En *Essop and Others v. Home Office* (2017), la Suprema Corte examinó el requerimiento de que los empleados públicos pasaran una evaluación de competencias básicas como pre-requisito para ser promovidos a ciertos escalafones del servicio civil. El Ministerio del Interior "señaló que el propósito era el de evaluar las competencias básicas requeridas para operar como un servidor público en esos escalafones, antes de evaluar las competencias básicas requeridas para el puesto particular al que se postula". En 2010, un informe encargado por el Ministerio del Interior concluyó que los candidatos negros y pertenecientes a minorías étnicas, así como los candidatos de mayor edad tuvieron en el pasado resultados más bajos que los candidatos blancos y más jóvenes. La principal "cuestión jurídica" del caso, de acuerdo con la Corte, era si la Sección 19 de la Ley de Igualdad de 2010 "requiere que se establezca la razón de la desventaja sufrida por el grupo, y que la razón por la cual la persona sufrió la desventaja sea la misma" (párr. 11).

En *Naeem vs. Secretary of State for Justice* (2017), la Suprema Corte consideró un esquema de pago incremental en el Servicio de Prisiones, que tenía un impacto desproporcionado sobre capellanes musulmanes comparados con sus contrapartes cristianas porque dependía de los años de servicio como empleado asalariado. Considerando que no había suficiente número de prisioneros musulmanes, los capellanes musulmanes fueron contratados inicialmente por temporadas y comenzaron como empleados asalariados, a diferencia de los capellanes cristianos. Debido a esta situación, a los capellanes musulmanes les tomaba más tiempo en el esquema incremental para progresar desde el fondo al tope de la escala salarial. En contraste con el caso *Essop*, la Suprema Corte mencionó que, en ese caso, "la razón del impacto desproporcionado de los años de servicios es conocida" (el incremento de internos musulmanes y la necesidad de incorporar capellanes de dicha religión), pero la cuestión a decidir era si "la razón de la desventaja que ha sufrido también tiene que estar vinculada a la característica protegida de su religión" (párr. 16).

Para responder a las "cuestiones jurídicas" de los dos casos, la Suprema Corte aprovechó la oportunidad para describir la evolución histórica de la protección legal de la discriminación indirecta en el Reino Unido. Después de describir esa evolución, la Suprema Corte identificó seis "rasgos característicos" de la discriminación indirecta:

- i. Primero: Ninguna de las definiciones de la discriminación indirecta contiene un requerimiento expreso de explicación de las razones de por qué una política, criterio o práctica particular pone a un grupo en desventaja cuando se lo compara con otros.
- ii. Segundo: El contraste entre las definiciones de discriminación directa e indirecta: mientras que la discriminación directa requiere un nexo causal directo entre el trato menos favorable y la característica protegida, la discriminación indirecta requiere un nexo causal directo entre la política, criterio o práctica y la desventaja

particular. Asume la igualdad de trato, pero "busca conseguir un terreno de juego parejo".

- iii. Tercero: Las razones por las que un grupo puede encontrar dificultades para cumplir con la política, criterio o práctica son "muchas y variadas", por ejemplo, genéticas, sociales, prácticas tradicionales u otra política, criterio o práctica que se combine con la examinada. No se requiere que las razones "sean en sí mismas ilegales o que estén bajo el control del demandado".
- iv. Cuarto: No se requiere que la política, criterio o práctica ponga a todos los miembros del grupo que comparten la característica protegida en desventaja. Si afecta a todos los miembros del grupo, el caso se acerca más a uno de discriminación directa.
- v. Quinto: Es común que el impacto desproporcionado o la desventaja particular se establezca sobre la base de evidencia estadística, pero la desventaja particular no necesariamente puede ser probada por evidencia estadística que, por definición, muestra correlaciones y su significación, pero no nexos causales.
- vi. Sexto: El demandado siempre puede probar que la política, criterio o práctica está justificado, lo que significa que hay una buena razón para ello. La Suprema Corte reconoce que "puede detectarse en los casos alguna reticencia para llegar a este punto", pero parece relacionar esa reticencia con una potencial "carga irrazonable" o "estigma" sobre los demandados (*Essop and Others v. Home Office*, 2017 y *Naeem v. Secretary of State for Justice*, 2017: párrs. 23-29).

En el caso *Essop*, la Suprema Corte dijo que no hay necesidad de probar la razón por la cual la política, el criterio o práctica en cuestión pone o pondría al grupo afectado en una particular desventaja. Agregó que el elemento esencial es la conexión causal entre la política, criterio o práctica

y la desventaja sufrida, no sólo por el grupo sino también por el individuo. Aunque reconoció que esto puede ser más fácil si se conoce la razón de la desventaja del grupo, se trata de una cuestión de hecho —y no un requisito legal para tener éxito en un reclamo de discriminación indirecta—. En este punto, la Corte afirmó que "el demandado debe poder probar que el demandante particular no ha sido puesto en desventaja por el requisito", sino por otra razón. Una última consideración relevante de la Suprema Corte versa sobre "cómo debe definirse la desventaja". A nivel grupal, basta que la desventaja "sea solo probable", pero a nivel individual es necesario demostrar una desventaja real (*Essop and Others v. Home Office*, 2017: párr. 35).

En el caso *Naeem*, y dada que la cuestión jurídica que debía considerar, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de complementar los parámetros descritos. La Corte rechazó el argumento del demandado de que la razón de la desventaja "tiene que estar ella misma relacionada con la característica prohibida". El caso también permitió a la Corte aclarar otra cuestión relevante: la determinación del grupo o conjunto con el que se hace la comparación. Aunque no existe una fórmula fija, en general, el conjunto debe consistir en el grupo al que la disposición, criterio o práctica afecta, sea positiva o negativamente.¹³ Aplicando lo dicho al caso, la Corte dijo que debe considerarse a "todos los trabajadores afectados" (y no sólo a los trabajadores de un año específico, como pedían los demandados), de modo que la comparación pueda hacerse entre el impacto sobre el grupo vinculado con la característica relevante protegida y el impacto sobre el grupo no vinculado con esa característica (*Naeem v. Secretary of State for Justice*, 2017: párr. 41).

Una cuestión final relevante del caso *Naeem* es sobre el "paso de la justificación". De acuerdo con la sección 19 de la *Ley de Igualdad* (2010) el demandado puede justificar la medida como "un medio proporcio-

¹³ Con referencia al *Código Estatutario de Práctica* 2011 preparado por la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos de acuerdo a la sección 14 de la *Ley de Igualdad* de 2006.

nado para lograr un fin legítimo". El fin perseguido era "premiar los años de servicio y la mayor experiencia, gestionando al mismo tiempo una transición ordenada y estructurada". No había discusión sobre la legitimidad de ese fin. El núcleo del análisis de la Corte fue la proporcionalidad, particularmente bajo un examen de medios alternativos. Aunque la Corte mencionó un número de alternativas, no concedió la apelación porque se trataba de una cuestión de hecho y no de derecho y, por ende, quedaba fuera de la naturaleza de su revisión. Sin embargo, es importante notar que, en la opinión de la Corte, el paso de la justificación incluye una consideración de medios alternativos que, en otras jurisdicciones, es parte de una versión más "estricta" del escrutinio" (*Naeem v. Secretary of State for Justice*, 2017: párrs. 43-48).

D. Estados Unidos

La discriminación indirecta en los Estados Unidos se denomina más comúnmente discriminación por impacto desproporcionado (*disparate impact discrimination*). En los Estados Unidos, este tipo de reclamo se permite bajo algunas leyes, incluyendo la discriminación en el empleo bajo el Título VII de la *Ley de Derechos Civiles* (1964), la discriminación por edad bajo la *Ley sobre Discriminación por Edad en el Empleo* (1967) y la discriminación en el ámbito de la vivienda en la *Ley de Vivienda Equitativa* (1968). Sin embargo, no existe una prohibición constitucional explícita o implícita de discriminación indirecta.

La posición actual de la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre el impacto desproporcionado está reflejada en el caso *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.* (2015). El caso consiste en una demanda de impacto desproporcionado presentada por el Inclusive Communities Project bajo la Ley de Vivienda Equitativa, en la que se alega que la asignación de créditos tributarios causaba el mantenimiento de patrones de segregación racial en la vivienda.

La Corte de Distrito consideró la evidencia estadística para concluir que existía un caso *prima facie* de impacto desproporcionado (p. 3).

La evidencia estadística consistía en dos documentos. De acuerdo con el primero, "entre 1999 y 2008, [el Departamento] aprobó créditos fiscales para el 49,75 de las unidades propuestas para personas que no fueran adultas mayores en el 0% a 9,9% de áreas caucásicas, pero solo aprobó el 37.4% de las unidades propuestas para personas que no fueran adultas mayores en el 90% a 100% de áreas caucásicas". El segundo documento afirmaba que el "92.29% de las unidades de bajos ingresos que reciben créditos fiscales se ubicaban en los segmentos censales con menos del 50% de residentes caucásicos". Con esta información, la Corte de Distrito colocó la carga de la prueba sobre el Departamento y concluyó que "no logró cumplir con la carga de probar que no existían alternativas menos discriminatorias para asignar créditos fiscales". En apelación, el Tribunal del Quinto Circuito sostuvo que la Ley de Vivienda Equitativa habilitaba a considerar reclamos de impactos desproporcionados, pero que "la Corte de Distrito requirió inadecuadamente que el Departamento probara la existencia de alternativas menos discriminatorias" (*Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 2015: 3-4).

La conclusión principal de la Suprema Corte se limitó a la determinación de si la Ley de Vivienda Equitativa habilita los reclamos de impacto desproporcionado. La Suprema Corte contestó afirmativamente, pero el fallo puede ser leído como una decisión que consolida un abordaje restrictivo a dichos reclamos. La Suprema Corte recordó que "la responsabilidad por impacto desproporcionado ha sido limitada adecuadamente en aspectos esenciales para evitar serias cuestiones constitucionales" (*Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 2015: 18).

De acuerdo con la Corte, estas serias cuestiones constitucionales surgirían si:

- i. La responsabilidad por impacto desproporcionado se impone demostrando únicamente diferencias estadísticas.
- ii. La responsabilidad por impacto desproporcionado es "simplemente un intento de elegir entre dos abordajes razonables que podía adoptar la autoridad de vivienda para asignar créditos fiscales para viviendas destinadas a personas de bajos ingresos".
- iii. La reparación impuesta no es racialmente neutra, por ejemplo, si impone metas o cuotas raciales (*Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 2015: 18-19).

Para evitar problemas constitucionales, la Suprema Corte estableció un muy fuerte requerimiento de causalidad, de acuerdo con el cual el demandante debe demostrar que la política del demandado es la que causa la desigualdad (*Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 2015: 19-20). Aunque la causalidad pueda ser un componente importante de un modelo de adjudicación de discriminación indirecta, un enfoque muy estricto de la causalidad puede privar de contenido el objetivo completo de esta prohibición legal que es (o debería ser) confrontar la desigualdad sustantiva. Esta desigualdad es, fundamentalmente, multicausal.

Pero de acuerdo con la Suprema Corte, los demandantes no sólo deben demostrar la causalidad en los términos descritos, sino que tienen que convencer a los jueces de que las políticas son "artificiales, arbitrarias y barreras innecesarias" (*Texas Department of Housing and Community Affairs et al. v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 2015: 21). La preocupación de la Suprema Corte sobre una interpretación demasiado expan-

siva de la responsabilidad por impacto desproporcionado puede ser legítima, pero la respuesta a esta preocupación ha convertido en altamente improbable cualquier perspectiva de éxito en los casos de DI. Además, aun cuando logre superarse esa improbabilidad, las restricciones a las posibles reparaciones pueden poner un serio límite al potencial transformador de la prohibición legal de discriminación indirecta. Parece paradójico que se imponga a las reparaciones la exigencia de neutralidad en términos tan absolutos, precisamente en casos que versan sobre una prohibición cuya razón de ser debería ser el fuerte rechazo a los efectos discriminatorios de la neutralidad como un obstáculo a la igualdad sustantiva.

3. Conclusión y agenda

Del análisis comparado de los casos resueltos en las jurisdicciones internacionales y en algunas nacionales, es posible extraer algunos consensos, divergencias y desafíos que marcan una agenda de reflexión sobre cómo deberían lidiar los sistemas jurídicos con la discriminación indirecta a fin de que su prohibición y adjudicación puedan cumplir con el objetivo de contribuir a la disminución de la persistente brecha entre igualdad formal y sustantiva. Estos consensos, divergencias y desafíos pueden dividirse en cuatro categorías que presento a continuación enunciando los debates y posibles líneas de profundización para el futuro.

3.1 Conclusiones generales sobre la prohibición de DI

- i. Algunos sistemas jurídicos que prohíben la DI lo hacen de manera explícita y otros de manera implícita, bajo cláusulas más generales de igualdad y no discriminación. Con independencia de si la prohibición es explícita o implícita, el desarrollo más detallado de la misma se ha dado por vía judicial o cuasi-judicial. Éste es el caso no sólo en sistemas de tradición de *common law* sino también de derecho civil.

- ii. Aunque en principio todas las jurisdicciones nacionales e internacionales relacionan la prohibición de DI con alguna preocupación con cuestiones de igualdad sustantiva, la adjudicación de casos concretos y las reparaciones ordenadas evidencian distintos grados de compromiso con el tema que es importante considerar al momento de proponer un modelo que fortalezca el potencial de la prohibición de DI para contribuir más decididamente a ese objetivo.
- iii. Existe flexibilidad sobre los tipos de medidas que pueden ser impugnadas como indirectamente discriminatorias: leyes, políticas, criterios, prácticas, incluyendo las provenientes de actores estatales y no estatales.
- iv. Los elementos básicos de la discriminación indirecta son: la existencia de una medida aparentemente neutral que tiene efectos adversos desproporcionados en una persona o grupo de personas pertenecientes a una o varias categorías protegidas y —en la mayoría de las jurisdicciones, aunque no todas— la inexistencia de una justificación aceptable. En algunas jurisdicciones —especialmente las nacionales— la causalidad se entiende como un elemento autónomo de análisis y, como veremos, hay entendimientos dispares sobre la causalidad.

3.2 Las confusiones entre DI y otros tipos de discriminación

La mirada comparada a las jurisdicciones internacionales y nacionales revisadas pone de manifiesto cierta confusión entre DI y otras formas de discriminación. Dos de las confusiones más significativas son:

- i. Confusión con discriminación intencional pero encubierta. En algunos casos se califican como DI casos que son, en realidad, de discriminación encubierta. Esta confusión complejiza el ejercicio de

adjudicación de los casos. Un caso de discriminación encubierta plantea el desafío principal de descubrir la intención real de quien discrimina, la cual suele esconderse detrás de un velo de legalidad o una potestad discrecional. Por su parte, un caso de DI no debe enfocarse en la intención puesto que, en esencial, la intención es irrelevante. El énfasis del análisis debe estar en los efectos de la medida impugnada.

- ii. Confusión con discriminación por falta de ajustes razonables. Algunos casos sobre ajustes razonables son enmarcados como casos de DI. En principio me inclino por la conveniencia de seguir distinguiendo entre ambas formas de discriminación, en las cuales no solo la razón de la desventaja sino el motivo del reproche y los remedios adecuados pueden variar significativamente. No parece correcto afirmar que un caso en el que se impugna una neutralidad que omitió indebidamente un ajuste razonable es igual a un caso en el que se impugna una neutralidad que —en un mundo razonable sin desigualdad radical— debió tener efectos neutrales, pero no los tuvo debido a una subordinación estructural que debe ser corregida.
- iii. Estas confusiones, que no son poco comunes, llaman a la importancia de definir los límites de la DI y a profundizar la borrosa línea entre DI y otras formas de discriminación.

3.3 Conclusiones específicas de la comparación en la adjudicación de los casos

3.3.1 La prueba del impacto adverso desproporcionado

Sobre los estándares probatorios del impacto adverso desproporcionado, en los casos analizados es posible identificar dos aproximaciones que

deben ser entendidas como complementarias y cuya pertinencia es necesario evaluar caso por caso:

- i. Los casos en los que el impacto adverso desproporcionado se basa (casi como un requisito) en datos estadísticos.
- ii. Los casos en los que la determinación del impacto adverso desproporcionado es el resultado de inferencias generales, cuando no existen datos estadísticos disponibles o cuando dichos datos no son necesarios.

Para que la prohibición de la DI pueda contribuir significativamente a la igualdad sustantiva, es importante mantener aproximaciones flexibles a los estándares probatorios. Las cortes y los organismos cuasi-judiciales deben estar abiertos a la posibilidad de probar el impacto adverso desproporcionado de distintas maneras. Es importante la apertura a considerar datos estadísticos cuando los mismos estén disponibles, pero al mismo tiempo deben poder identificar aquellos casos en los cuales las estadísticas no sean necesarias o cuando no estén disponibles como consecuencia del incumplimiento de una obligación legal del Estado.

3.3.2 La definición del impacto o desventaja y del comparador

En cuanto a la determinación de qué es lo que constituye el impacto adverso o la desventaja particular, es necesario aclarar el vínculo entre la desventaja a nivel de grupo y la desventaja individual del demandante de un caso de DI. Las partes demandadas en estos casos tienden a argumentar que, a pesar de que la medida neutral creó una desventaja grupal, la persona específica que actúa como demandante se vio afectada por razones distintas a las medidas neutrales. La aceptación de este tipo de defensa puede tener el impacto de limitar las perspectivas de éxito de los casos de DI.

Los parámetros para la definición del comparador también están en el centro de la discusión de muchos de los casos. Una de las aproxima-

ciones que considero más adecuada es que la regla general sea que, para efectos de la comparación, se tenga como punto de partida a la totalidad del grupo que puede ser afectado —positiva o negativamente— por la medida aparentemente neutral, de forma que la comparación pueda ser efectuada entre el impacto a personas pertenecientes y no pertenecientes a la categoría protegida. Aunque parezca obvio, no lo es. Muchos demandados intentan limitar lo más posible el punto de partida de la comparación, lo que reduce a su vez el alcance del impacto adverso y limita la disponibilidad de datos estadísticos para probarlo.

3.3.3 Debates sobre causalidad

Uno de los debates más intensos que se desprende de la comparación de los casos, especialmente en jurisdicciones nacionales, es el relacionado con la causalidad. Entre más estricta sea la aproximación a la causalidad, menor la perspectiva de éxito de un reclamo de DI.

En las jurisdicciones en las que el elemento de causalidad es explícitamente considerado, no hay un entendimiento uniforme sobre el mismo. Por ejemplo, en algunos casos se entiende que la causalidad es entre la medida aparentemente neutral y el impacto adverso desproporcionado. De otros se desprende una aproximación a la causalidad entendida como el vínculo entre el impacto adverso desproporcionado y la categoría protegida por la norma antidiscriminatoria.

Una propuesta es entender que ambos enfoques de la causalidad son relevantes, pero con la suficiente flexibilidad para asegurar que este requisito sea consciente de la naturaleza de la DI y no conspire contra la preocupación detrás de su prohibición.

3.3.4 El rol de la razón subyacente del impacto adverso desproporcionado

Una diferencia que se destaca entre las aproximaciones a los casos es el grado de preocupación de las cortes y organismos cuasi-judiciales con

la razón subyacente del impacto adverso desproporcionado, por ejemplo, racismo estructural, subordinación histórica de las mujeres, etc.

Si estas razones subyacentes no juegan un papel central en el análisis de los casos y en las reparaciones, la prohibición legal de la DI puede hacer poco por favorecer condiciones de igualdad sustantiva. Sin embargo, ésta puede ser un arma de doble filo, si las cortes no sólo *consideran* el contexto subyacente de subordinación, sino que empiezan a *exigir* cada vez más, con estándares elevados, prueba de esa subordinación como condición para plantear un reclamo de DI. Es necesario encontrar el balance para evitar que la preocupación genuina con la cuestión estructural, lejos de permitir la consideración de la desventaja subyacente para que los casos de DI puedan contribuir a modificar dicho contexto, termine cerrando más la puerta a estos reclamos.

3.3.5 *Problematizando sobre el paso de la justificación*

Uno de los debates más controversiales es el relativo al paso de la "justificación". En el caso de la discriminación directa e intencional, existe un amplio margen de justificación a favor de la parte demandada y dicha justificación puede ser sometida a distintos grados de escrutinio, generalmente mediante un test que determina la relación de proporcionalidad entre medios y fines. Como se expresó en este texto, el problema con el paso de la justificación en el contexto de la DI es que en esencia una "justificación" gira en torno a la intención, que es irrelevante para la prohibición de DI.

Es importante profundizar en la tesis que planteo en este texto y conforme a la cual el origen de la inclusión de un paso de justificación en los casos de DI es un trasplante automático, poco pensado y algo forzado del modelo de análisis de los casos de discriminación directa. Un elemento relevante de este análisis es hasta qué medida la razón de forzar un paso de justificación en casos de DI responde a un enfoque punitivo del derecho antidiscriminatorio del que se desprende la necesidad de permitir una

justificación del demandado, incluso, como sucede en algunas jurisdicciones, con una suerte de "reproche menor" debido a la ausencia de intención.

Una propuesta puede ser la construcción de un modelo de análisis del paso de la justificación para que sea más coherente y consistente con la naturaleza de la DI.

3.4 Sobre las reparaciones

En cuanto a las reparaciones también existen distintas aproximaciones. Muchas de estas diferencias se explican por la diversidad de sistemas y tradiciones jurídicas analizados, la diversidad de la naturaleza de las vías legales utilizadas o el alcance de la competencia de algunos de los altos tribunales evaluados. Siendo consciente de esta complejidad, las vías legales para impugnar la DI deberían, en la mayor medida posible, considerar medidas estructurales de no repetición, más allá de reparaciones individuales.

Un tema a profundizar es el rol que pueden tener las medidas de acción afirmativa como mecanismo de reparación, al menos en ciertos casos de DI. Éste es un escenario posible en jurisdicciones que, aunque no exijan medidas afirmativas, no tienen una suspicacia obstaculizadora de ese tipo de medidas. En todo caso, las medidas afirmativas son sólo un tipo de reparación estructural posible en estos casos.

4. Bibliografía

Naciones Unidas

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. Doc. de la ONU E/C.12/GC/20.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2018). *Trujillo Calero c. Ecuador*. Comunicación núm. 10/2015. Doc. de la ONU E/C.12/63/D/10/2015.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2019). *S. C. y G. P c. Italia*. Comunicación núm. 22/2017. Doc. de la ONU E/C.12/65/D/22/2017.

Comité de Derechos Humanos (1989). *Observación General N° 18. No discriminación*.

Comité de Derechos Humanos (2004). *Derksen c. Países Bajos*. Comunicación núm. 976/2001. Doc. de la ONU CCPR/C/80/D/976/2001.

Comité de Derechos Humanos (2007). *Prince c. Sudáfrica*. Comunicación núm. 1474/2006. Doc. de la ONU CCPR/C/91/D/1474/2006.

Comité de Derechos Humanos (2011). *Singh c. Francia*. Comunicación núm. 1876/2009. Doc. de la ONU CCPR/C/102/D/1876/2009.

Comité de Derechos Humanos (2013). *Purna Maya c. Nepal*. Comunicación núm. 2245/2013. Doc. de la ONU CCPR/C/119/D/2245/2013.

- Comité de Derechos Humanos (2017). *Siobhán Whelan c. Irlanda*. Comunicación núm. 2425/2014. Doc. de la ONU CCPR/C/119/D/2425/2014.
- Comité de Derechos Humanos (2018). *FA. c. Francia*. Comunicación núm. 2662/2015. Doc. de la ONU CCPR/C/123/D/2662/2015.
- Comité de Derechos Humanos (2018). *Sonia Yaker c. Francia*. Comunicación núm. 2747/2016. Doc. de la ONU CCPR/C/123/D/2747/2016.
- Comité de Derechos Humanos (2020). *Elena Genero c. Italia*. Comunicación núm. 2979/2017. Doc. de la ONU CCPR/C/128/D/2979/2017.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2010). *Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Doc. de la ONU CEDAW/C/GC/28.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005a). *L. R. y Otros c. República Eslovaca*. Comunicación núm. 31/2003. Doc. de la ONU CERD/C/66/D/31/2003.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005b). *Sefic c. Dinamarca*. Comunicación núm. 032/2003. Doc. de la ONU CERD/C/66/D/32/2003.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018a). *Observación General N° 6 sobre la igualdad y la no discriminación*. Doc. de la ONU CRPD/C/GC/6.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2018b). *Domina y Bendtsen c. Dinamarca*. Comunicación núm. 039/2017. Doc. de la ONU CRPD/C/20/D/39/2017.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fertilización In Vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel De Sumpango y Otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de octubre.

Sistema Europeo de Derechos Humanos

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2007). *D.H. y Otros c. República Checa*. Sentencia del 13 de noviembre.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010). *Oršuš y Otros c. Croacia*. Sentencia del 16 de marzo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2013). *Horváth y Kiss c. Hungría*. Sentencia del 29 de abril.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2014). *S.A.S. c. Francia*. Sentencia del 1 de julio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016a). *Biao c. Dinamarca*. Sentencia del 24 de mayo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2016b). *Di Trizio c. Suiza*. Sentencia del 2 de febrero.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017). *Dakir c. Bélgica*. Sentencia del 11 de julio.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020). *J.D. y A c. Reino Unido*. Sentencia del 24 de octubre.

Canadá

Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982).

Corte Suprema de Canadá (2020). *Fraser v. Canada (Attorney General)*. 2020 SCC 28. Sentencia del 16 de octubre.

México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018). Amparo Directo 9/2018. Sentencia del 5 de diciembre.

Sudáfrica

Constitución de la República de Sudáfrica (1996).

Ley de Promoción de la Igualdad y Prevención de la Discriminación Injusta [Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4] (2000).

Corte Constitucional de Sudáfrica (2007). *Caso: CCT 51/06*. Sentencia del 5 de octubre.

Reino Unido

Ley de Igualdad [Equality Act] (2010).

Suprema Corte del Reino Unido (2017a). *Essop and others (Appellants) v Home Office (UK Border Agency) (Respondent)*. [2017] UKSC 27. Sentencia del 5 de abril.

Suprema Corte del Reino Unido (2017b). *Naeem (Appellant) v. Secretary of State for Justice (Respondent)*. [2017] UKSC 27. Sentencia del 5 de abril.

Estados Unidos

Ley de Derechos Civiles [Civil Rights Act] (1964).

Ley sobre Discriminación por Edad en el Empleo [Age Discrimination in Employment Act] (1967).

Ley de Vivienda Equitativa [Fair Housing Act] (1968).

Suprema Corte de los Estados Unidos (2015). *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.* 135 S. Ct. 2507. Sentencia del 25 de junio.

CAPÍTULO 5

La interseccionalidad como concepto, su origen y potencial

Karla Pérez Portilla*

Para mis amigas

* Doctora en Derecho por la University College de Londres y, actualmente, es catedrática en derecho por la Glasgow Caledonian University y consultora especialista en justicia social, igualdad y no discriminación.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Kimberlé Crenshaw y el reconocimiento de un problema. 3. Concepto de interseccionalidad: metáfora, prisma y luz al final del túnel. 4. Discriminación dual en el Reino Unido y discriminación basada en varios rasgos en el Sistema Europeo. 5. Discriminación interseccional, estructural y múltiple según la CIDH. 6. La discriminación múltiple en México. 7. Reflexiones finales. Un concepto y un método. 8. Bibliografía.

El concepto de interseccionalidad nos ayuda a apreciar problemas reales de discriminación. Desde el punto de vista legal, es un concepto clave porque clarifica que la discriminación no siempre ocurre basada en un solo rasgo de manera aislada y, por ello, nos hace repensar la manera en que comprendemos y resarcimos el daño. A fin de evaluar sus aportaciones más claras, este artículo explica los orígenes del término en Estados Unidos y, debido a la experiencia y jurisdicción actual de la autora, se hacen varias reflexiones apoyadas en el derecho del Reino Unido y la Corte Europea de Derechos Humanos. Esto ayuda a esclarecer algunas cuestiones y a ofrecer ideas para afrontar problemas comunes. Una vez explorado el concepto en Europa y en el sistema Interamericano, se aborda tangencialmente la manera en que la "discriminación múltiple" ha sido entendida en México a partir de dos tesis aisladas referentes a un caso de discriminación por edad. Esto nos permite evaluar aspectos positivos y señalar oportunidades. El artículo concluye esbozando una respuesta a la pregunta sobre qué sigue a la creación de un concepto: ¿para qué nos sirve?, ¿qué más debe hacerse, por quiénes y para qué?

Es fundamental mencionar que el enfoque de este trabajo es socio-legal, está basado en experiencias reales y es multidisciplinario. En buena medida, el artículo invita a una reflexión jurídica menos "black letter law" y más empírica.

1. Introducción

La interseccionalidad es un concepto usado alrededor del mundo por varias disciplinas, con diversos objetivos. El lenguaje es dinámico, es poder: describe, representa y visibiliza problemas. Desde un punto de vista legal, este concepto puede tener implicaciones muy claras y esas son las que a este trabajo le interesa resaltar.

La autora de este artículo estudió y tiene experiencia en la investigación y docencia jurídica en México y en el Reino Unido. Los sistemas legales son, por supuesto, diferentes y obedecen a tradiciones jurídicas distintas, *i.e.*, derecho civil y derecho común. Esta experiencia, sin embargo, permite proporcionar diversas formas de pensar los problemas comunes. Dicho lo anterior, no hay dos realidades que sean idénticas y hay muchas diferencias sociales, económicas, políticas e históricas dentro de los contextos en los que se ha formado la autora. Sin embargo, con base en esta experiencia compartida, se proponen ideas que pueden ser consideradas en México y, por ello, en este escrito se encontrará referencia al derecho británico, en particular, a su ley para la igualdad *Equality Act 2010*.

Si bien de manera breve, este escrito también utiliza fuentes regionales de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Dada la extensión de este trabajo, no puede ofrecerse una visión completa de los sistemas regionales y locales explorados. En cambio, se ofrece una micro-comparación con la finalidad de rescatar algunos elementos que nos ayuden a comprender la *trascendencia del origen del concepto y su potencial*.

Las fuentes locales y regionales aquí registradas han sido escogidas por la aportación que pueden hacer al entendimiento del concepto de

interseccionalidad. Hay muchos más casos importantes, sin embargo, para este trabajo se han escogido sólo algunos que nos dejan ver denominadores comunes y hallazgos útiles. Debido a que el concepto de interseccionalidad surgió en Estados Unidos, a lo largo del trabajo se hace referencia particular a esta jurisdicción, a la creadora del concepto y al caso específico que la inspiró.

La determinación de qué exactamente puede utilizarse en México y qué ideas en este escrito pueden ser de utilidad es tarea de quienes se encuentran inmersas e inmersos en la realidad mexicana, y la intención de la autora en este trabajo es colaborar con algunas ideas que ayuden a entender el concepto y su potencial utilidad práctica en México. También es deseable destacar que las ideas y enfoques presentados, así como la esencia misma del concepto de interseccionalidad, provienen de personas que han sido discriminadas y que tienen experiencia vivida en diferentes jurisdicciones. No se trata de tomadores de decisiones o académicos asumiendo su neutralidad o defendiendo visiones dominantes/tradicionales en el derecho. Las fuentes y las autoras utilizadas en este trabajo son primordialmente críticas y feministas. Asimismo, el enfoque es socio-legal, en el sentido de que las fuentes literarias son multidisciplinarias y lo fundamental es entender el derecho en contexto.

Los apartados 2 y 3 se refieren al origen del concepto en Estados Unidos. El énfasis está en los motivos y el método de su creación. Estos apartados son, de alguna manera, la guía para las siguientes secciones ya que delimitan lo que el concepto significa y su utilidad para el derecho. El apartado 4 explora varios casos británicos y uno ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Esto permite rescatar algunos de los aspectos más importantes de la interseccionalidad en la práctica, incluyendo aspectos positivos y problemas.

El apartado 5 esboza la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el problema de la discriminación basada en más de un rasgo de manera aislada. En particular, el apartado se refiere al uso que la CIDH ha hecho de los conceptos de discriminación interseccional, estructural y múltiple.

El apartado 6 está dedicado a un caso mexicano de discriminación por edad en el que, sin embargo, se reconoció también la discriminación múltiple en ofertas de empleo. El apartado 7 concluye haciendo algunas precisiones y proponiendo que, más que un concepto, la interseccionalidad puede entenderse como un método. Es decir, que el proceso —*el método* que dio origen al concepto— es tan valioso como el concepto mismo y esa es una lección que vale la pena resaltar.

2. Kimberlé Crenshaw y el reconocimiento de un problema

El concepto de interseccionalidad fue creado por Kimberlé Crenshaw en la década de 1980. Esto no significa que la idea de discriminación basada en múltiples rasgos no haya sido abordada o reconocida con anterioridad. Sólo por mencionar un ejemplo, Sojourner Truth pronunció en la Convención de los Derechos de la Mujer de 1851, celebrada en Akron, Ohio, lo que ahora se reconoce como uno de los discursos abolicionistas y sobre los derechos de las mujeres más famosos en la historia de Estados Unidos: "¿Acaso no soy una mujer?" (Jabardo, 2012). Sin embargo, aun cuando la idea de discriminación múltiple haya existido desde hace mucho tiempo, la contribución de Kimberlé Crenshaw es particularmente importante *para el derecho antidiscriminatorio*.

Crenshaw es una prestigiosa activista, profesora de derechos civiles y políticos y una de las referentes legales actuales más importantes en el mundo. Como activista dirige la campaña #SayHerName enfocada a denunciar y combatir la brutalidad policiaca en contra de mujeres afroamericanas y, de manera notable también, denuncia la invisibilidad mediática de estos hechos (The African-American Policy Forum, 2021). Es decir, que la violencia policiaca en contra de las mujeres afroamericanas es invisibilizada, como si bastara con abordar la violencia en contra de los hombres afroamericanos. Esto es un ejemplo, entre muchos otros, de la invisibilidad de la problemática específica que representa la intersección de la raza y el sexo.

En occidente, la lucha antirracista se ha enfocado históricamente a reconocer y abordar las desventajas que el racismo ha traído a los hombres; y, por otro lado, el feminismo ha tendido históricamente a abordar los intereses y problemas enfrentados por mujeres blancas de clase media/alta. De hecho, el feminismo entendido en "olas" aborda precisamente esta problemática en la evolución del feminismo anglosajón (Sheber, 2017). En América Latina una crítica semejante se encuentra en los feminismos descoloniales (Villarroel Peña, 2018).

Por su parte, la legislación anti-discriminatoria a nivel mundial sigue primordialmente abordando la discriminación como si ocurriese simplemente basada en un rasgo concreto; ya sea la raza o la edad o el sexo o la orientación sexual, etc. Y aunque la realidad y las condiciones históricas, políticas, económicas y sociales que determinan desventajas basadas en la intersección de dos o más características (rasgos vedados) son cada vez más reconocidas doctrinalmente, su entendimiento generalizado y por parte de los jueces es aún incipiente (Atrey, 2018).

Kimberlé Crenshaw (1995) es también pionera de la teoría crítica. De hecho, el crear el concepto de "interseccionalidad" es un ejemplo inigualable de lo que significa hacer teoría crítica en el sentido de que ella identificó un problema que aún no tenía nombre e imaginó posibilidades emancipadoras aún no realizadas. La teoría crítica según Young (1990: 5-6):

Es un tipo de discurso que proyecta posibilidades normativas no realizadas pero sentidas en una determinada realidad social. Cada realidad social presenta sus propias posibilidades no realizadas, vividas como carencias y deseos. Las normas y los ideales surgen del anhelo que es expresión de la libertad: no tiene por qué ser así, podría ser de otra manera. La imaginación es la facultad de transformar la experiencia de lo que es en una proyección de lo que podría ser, la facultad que libera el pensamiento para formar ideales y normas.

Siguiendo un método semejante, el concepto de interseccionalidad surgió de una necesidad real de la cual Crenshaw tuvo conocimiento. El concepto no surgió de alguna cuestión abstracta que encontró en un libro, sino del deseo de dar una respuesta concreta a un problema real. El origen de este concepto está en ese sentimiento de injusticia; está en el afán de cambiar las cosas; está en un deseo, pero también en la certeza de que las cosas pueden y deben ser de otra forma. Ese sentimiento es el motor que ayudó a Crenshaw a encontrar/crear formas de hacer visible un problema.

La misma Crenshaw (2016) ha dicho en repetidas ocasiones que el primer paso para resolver un problema es reconocerlo, verlo y darle un nombre porque un problema que no es reconocido puede ignorarse fácilmente. De hecho, Crenshaw empezó a elaborar esta teoría, este "prisma", a partir de la indignación que sintió al ver lo que le sucedió a Emma DeGraffenreid.

2.1. Caso *DeGraffenreid vs. General Motors*: injusticia al cuadrado

Crenshaw (1989) creó el concepto de interseccionalidad después de leer una opinión judicial en la que un juez rechaza una demanda por considerar que las quejas, mujeres afroamericanas, están pidiendo protección doble, lo cual sería injusto toda vez que otras personas solo son protegidas en tanto mujeres o en tanto hombres afroamericanos.

En el caso *DeGraffenreid vs. General Motors*, 413 F Supp. 142, 145 (E.D. Mo. 1976), los jueces no lograban comprender la situación de Emma DeGraffenreid y sus compañeras. En lugar de apreciar el contexto histórico, económico, cultural y social que determina la posición de desventaja de las mujeres afroamericanas, los jueces determinaron que, en su demanda, las quejas estaban de alguna manera pidiendo la creación o el reconocimiento de una "supercategoría", algo así como pidiendo de más, sin razón, sin derecho. Esta elección de los jueces fue, en palabras de Crenshaw, "*injustice squared*". Algo así como injusticia al cuadrado.

La demanda presentada buscaba el reconocimiento de que las políticas de despido de la parte acusada (General Motors) basadas en el criterio común en casos de despido ("último empleado, primero en ser despedido") las discriminaba por ser mujeres negras y, por tanto, el criterio era, en efecto, una perpetuación de prácticas discriminatorias pasadas. Alegaron que el sustento legal se encontraba en la Ley de Derechos Civiles de 1964 y en las Leyes de Derechos Civiles posteriores a la Guerra Civil de 1861.

Las demandantes plantearon este tipo de discriminación porque General Motors no contrataba mujeres negras en el pasado. Sí contrataba mujeres, pero blancas, y sí contrataba personas negras, pero eran hombres. Por tanto, las mujeres negras fueron las últimas en ingresar al mercado laboral de General Motors y, con ello, claramente serían las primeras en ser despedidas al ser la menor antigüedad laboral el criterio utilizado para los despidos. Esto, por supuesto, implicaría una perpetuación de las prácticas de discriminación pasadas.

El problema inicial en aquella demanda fue, según los jueces, determinar si se buscaba alivio por discriminación racial o por discriminación basada en el sexo. Sin embargo, las demandantes alegaban que su demanda era en nombre de mujeres negras y que, por lo tanto, su demanda *combinaba dos causas de acción* en una nueva subcategoría especial, a saber, una combinación de discriminación racial y sexual.

El tribunal notó que las demandantes no habían citado ninguna sentencia que hubiera declarado que las mujeres negras fueran una "clase especial" que debiera protegerse de la discriminación. El tribunal tampoco pudo encontrar alguna decisión en ese sentido y, por lo tanto, opinó que no se les debería permitir combinar los recursos legales para crear un nuevo "súper recurso", el cual les otorgaría una reparación del daño más allá de lo que las leyes permitían. Así, lo más que el tribunal decidió ofrecerles fue un examen de la demanda para determinar si había una causa de acción por discriminación racial o discriminación sexual *pero no una combinación de ambas*.

El tribunal encontró que General Motors sí contrataba mujeres y, por tanto, aunque las contratadas eran blancas, no se les permitió a las demandantes demandar por discriminación sexual. El Tribunal opinó que, como cuestión de derecho, el acusado General Motors no era culpable de discriminación sexual. Para ello, consideró el impacto de la Ley de Protección de Missouri, § 290.040, R.S.Mo., 1969, a la luz de las prácticas de contratación de la demandada General Motors. [*Manning vs. International Union*, 466 F.2d 812 (6th Cir., 1972), y *Vogel vs. Trans World Airlines*, 346 F. Supp. 805 (W.D.Mo., 1971)].

Si bien las demandantes afirmaron que las mujeres afroamericanas no solicitaron empleo en la operación de los demandados en el pasado porque sabían que serían discriminadas, tales alegatos no establecían una causa de acción en la opinión de la Corte. Esto es muy importante y se discutirá más adelante. La discriminación estructural: el contexto legal, económico, político, social, etc., que produce y reproduce la discriminación es en efecto el meollo de la discriminación interseccional; por lo tanto, ignorarlo y negar causa de acción legal soslayando ese contexto, puede perpetuar prácticas discriminatorias.

La visión de la Corte favoreció un entendimiento unidimensional de la discriminación, lo cual no suele tener complicaciones técnicas y facilita las cosas para los abogados, pero no es efectivo para las personas afectadas: no responde a la realidad. La Corte abordó las causas de acción *por separado* (sexo por un lado y raza por el otro) sin reconocer su intersección, contrario a lo que las demandantes pedían.

Por otro lado, debido a que había más demandas por discriminación racial en contra de General Motors, el tribunal recomendó a las demandantes unir la suya a éstas por una cuestión de economía procesal. Se habían planteado amplias acusaciones de discriminación racial con respecto a las condiciones de empleo de General Motors en St. Louis en el caso No. 72 C 551 (4), *Nathaniel Mosley et al. vs. General Motors Corporation et al.*, entonces pendiente ante el Honorable John F. Nangle

de ese Distrito. Según la Corte, estaba claro que la economía judicial se beneficiaría si los alegatos de las demandantes en la presente acción se combinaran con las que estaban pendientes en la demanda *Mosley et al. vs. General Motors et al.*, No. 72 C 551 (4).

Las demandas de discriminación racial alegaban que la discriminación pasada de General Motors en contra de personas de color, combinada con las disposiciones sobre antigüedad laboral en relación con despidos, es decir, el criterio "último contratado, primero en ser despedido", perpetuaba la discriminación y por tanto violaba el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.

Ahora, algunas personas pensarán que se hizo justicia al reconocer que había potencialmente discriminación racial y con ello las demandantes podían acceder a la justicia. Sin embargo, su problema no fue reconocido, en todo caso, podríamos hablar de "justicia a medias". La Corte no abordó la problemática específica que afecta a las mujeres afroamericanas. Esto no es una cuestión de vanidad. Mientras esta problemática no se reconozca, no se prevendrá y seguirá perpetuándose. En el contexto de la pandemia por la COVID-19, mucho se ha argumentado sobre la exacerbación de la discriminación y el problema es latente en despidos masivos que puedan seguir estos criterios de antigüedad laboral, en donde las mujeres tienden a ser las más afectadas (Pérez Portilla, 2020). Es decir, es posible que se perpetúen discriminaciones pasadas en contra de quienes accedieron al empleo al último, una vez que una empresa deja de discriminar y empieza a contratar personas anteriormente discriminadas debido a su edad, orientación sexual, sexo, edad, etcétera.

La *prevención* es o debiera ser una finalidad fundamental del reconocimiento legal de la discriminación interseccional. Si ya sabemos quiénes están en riesgo, debemos identificar qué causa esa desventaja y tomar cartas en el asunto a fin de prevenir y eliminar las fuentes a través de políticas, acciones, programas, etc. Por ejemplo, Pérez Portilla (2018) aborda varias estrategias, mecanismos e intervenciones que funcionan en contra de los prejuicios.

Emma DeGraffenreid no fue discriminada por ser mujer de manera aislada. Tampoco fue discriminada de manera aislada por su color de piel. General Motors contrataba mujeres blancas y hombres afroamericanos; a quienes no contrataba era a mujeres afroamericanas. Ésta es la injusticia que la Corte simplemente no pudo entender. Quizá porque fracasó en apreciar el contexto de la discriminación o quizá porque le faltó un marco de referencia. Quizá porque la técnica y el seguimiento mecánico de la ley le impidió apreciar la realidad y responder a una injusticia. Esta apreciación *del contexto* a fin de determinar la existencia de la discriminación interseccional es mucho más clara ahora que en tiempos de DeGraffenreid; sin embargo, es aún incipiente. Particularmente útil a este respecto es el caso *Hassam vs. Jacobs* (NO) [2009] ZACC 19 (CC) (Hassam), en donde la Corte sudafricana emplea un enfoque contextual (Atrey, 2018: 390).

El derecho en el caso *DeGraffenreid vs. General Motors* fue, según Crenshaw, como una ambulancia que sólo viene por ti si te atropellan en la calle de la raza o del sexo, pero no si te atropellan en la intersección (Crenshaw, 2016).

3. Concepto de interseccionalidad: metáfora, prisma y luz al final del túnel

Según Crenshaw (2018), la interseccionalidad es una metáfora para entender las maneras en que múltiples formas de desigualdad o desventaja se van combinando y crean obstáculos que, a menudo, las maneras convencionales de pensar sobre el feminismo o el antirracismo o cualquier otro movimiento encaminado a luchar por la justicia social no han logrado comprender o incluir.

Más que una teoría, *es un prisma* que Crenshaw creó primordialmente para ayudar a entender ciertos problemas que afectan especialmente a las mujeres afroamericanas. Esto es muy importante a nivel de proceso porque es aquí donde está la clave: en ver la realidad en su complejidad,

analizarla y responder a ella. Es, puesto de otra forma, renunciar a teorías abstractas, predeterminadas y, por ello, conservadoras. El prisma de la interseccionalidad nos deja claro que a veces hay que innovar, pensar fuera de lo que existe y, en cambio, basar nuestras respuestas atendiendo a *contextos específicos* y a realidades, no a hipótesis. En este sentido, las abogadas y los abogados debemos explorar la posibilidad de adoptar enfoques con tintes antropológicos, incluso etnográficos y abandonar una comodidad ciega con códigos empolvados.

El derecho antidiscriminatorio no responde a la realidad cuando únicamente reconoce y enmienda formas de discriminación basadas en un solo rasgo. Esto es muy importante porque la discriminación que ocurre en la intersección representa desventajas concretas que se pierden cuando se obliga a una quejosa a escoger o el juez escoge por ella; por ejemplo, si su causa de acción es por discriminación basada en el sexo o en la edad; en la raza o en el sexo. A veces no es uno u otro rasgo por separado o con independencia del otro sino precisamente porque los rasgos se cruzan y ésa es una desventaja distinta que debe ser reconocida para, por un lado, resarcir el daño y, por otro, prevenirlo.

A fin de aclarar un poco más las cosas, se sugiere el siguiente concepto:

La interseccionalidad es una metáfora que ha proporcionado una forma de entender y visibilizar formas de discriminación específicas basadas en múltiples rasgos.

La desventaja distintiva o específica creada por la discriminación interseccional se invisibiliza cuando el derecho se rehúsa a comprender que ciertas experiencias de discriminación ocurren, no basadas en rasgos de manera aislada o paralela sino por la combinación indivisible de dos o más características de la persona. Ahora bien, no es cualquier característica o características de la persona sino aquellas características que representan desventaja (rasgos vedados), por procesos históricos, políticos, sociales y económicos tales como el sexismo, el racismo, la homofobia,

por mencionar algunos. De esta forma, puede entenderse que no hay discriminación interseccional cuando las características en cuestión no son protegidas debido a que no experimentan desventaja en contextos discernibles. Típicamente, aunque depende del contexto, características que no suelen acarrear desventajas incluyen ser de clase media, heterosexual, de piel blanca, sin discapacidades, con la religión dominante, etcétera.

La desventaja no es natural, ningún rasgo en sí mismo es una desventaja. Ser mujer, afrodescendiente, lesbiana, etc., puede representar desventaja, pero sólo en sistemas racistas, homofóbicos, patriarcales, entre otros. El problema no son las características en sí, sino el valor y desventaja que se les impone (Pérez Portilla, 2010).

Podemos ahora hacer las siguientes aclaraciones sobre el concepto de interseccionalidad:

- a) **No es una teoría de la diferencia sino de la opresión.** No sirve para describir simplemente variantes de identidad (o minorías dentro de las minorías): es un concepto que da nombre a una experiencia de desventaja que no se reconoce cuando la discriminación se aborda como si fuese un problema de características consideradas aisladamente: sólo sexo, sólo raza, sólo edad.
- b) **No es un problema que afecta a todas las personas, sino que depende fundamentalmente del contexto.** Es decir, de las relaciones de poder sustentadas en ideologías opresivas y estereotipos. Se refiere a discriminaciones sistémicas; por ejemplo, en sistemas patriarcales, las desventajas de las mujeres con respecto a los hombres en cuanto a seguridad, las oportunidades y derechos que tienen en el ámbito laboral, en la atención médica, en las compensaciones por negligencia o la representación que tienen en los medios de comunicación y en el acceso a los puestos de toma de decisiones.

- c) **No es una varita mágica.** El uso del concepto y su popularidad va en aumento. Sin embargo, se usa a menudo de manera superficial, fuera de su contexto original y sin explicar su significado o lo que del concepto se deriva. En este escrito, la interseccionalidad es un concepto originalmente legal explicado por Crenshaw.

Es conveniente explorar ahora unos ejemplos *reales* a fin de comprender las *desventajas específicas* que el concepto de interseccionalidad revela. En los siguientes apartados veremos casos provenientes del Reino Unido, la CEDH, la CIDH y México.

4. Discriminación dual en el Reino Unido y discriminación basada en varios rasgos en el Sistema Europeo

La legislación para la igualdad, *Equality Act 2010*, de Inglaterra, Gales y Escocia, incluyó originalmente un artículo que prevenía la discriminación "dual" (s. 14).

La *Equality Act 2010* (Ley para la igualdad 2010) es la legislación que prohíbe prácticas discriminatorias, incluyendo: directa, indirecta, victimización y acoso. Esto en el trabajo y en el acceso a bienes y servicios. Con respecto al sector público, aborda la problemática de la discriminación institucional y crea obligaciones de prevenirla y eliminarla, así como también: promover la igualdad de oportunidades y buenas relaciones; esto incluye combatir prejuicios y promover el entendimiento entre grupos diversos (Pérez Portilla, 2016: 51-56; Pérez Portilla, 2006: XXI-XXVII).

El artículo 14 no ha entrado en vigor. La Ley para la Igualdad 2010 fue introducida por el *Labour Government*; pero después, en ese mismo año, los Conservadores ganaron las elecciones y crearon un gobierno de coalición con los Liberales Demócratas, pero no apoyaron la entrada en

vigor de varias disposiciones en la Ley para la Igualdad 2010, incluida ésta. La justificación que dieron fue que admitir la discriminación dual aumentarían los gastos para los negocios, ya que se temió un incremento en el número de demandas. Como puede apreciarse, la balanza se inclinó claramente del lado de los negocios.

La discriminación dual estaba prevista en los siguientes términos:

Artículo 14. Discriminación combinada: características duales

- (1) Una persona (A) discrimina a otra (B) si, debido a una combinación de dos características protegidas, A trata a B menos favorablemente de lo que A trata o trataría a una persona que no comparte ninguna de esas características.
- (2) Las características protegidas pertinentes son: edad, discapacidad, reasignación de género, raza, religión o creencias, sexo y orientación sexual.

Aunque no ha entrado en vigor el artículo 14, esto no impide que los tribunales tomen en cuenta esta experiencia de discriminación. Sin embargo, como se verá, su consideración en la práctica no ha sido uniforme y el éxito en su uso ha dependido de lo efectivo de los argumentos y de la voluntad de los jueces. Además, la protección en contra de la discriminación dual —como fue redactada en el 2010— no incluyó ni el acoso ni la discriminación indirecta. Así como fue redactada, la provisión sólo incluye discriminación dual directa.

4.1. Caso *O'Reilly vs. BBC*: justicia a medias

O'Reilly v. BBC & Anor 2200423/2010 (ET) es un caso que deja clara la discriminación que mujeres adultas, más o menos a partir de los 50 años de edad, experimentan en los medios de comunicación, sobre todo visuales, en donde las mujeres jóvenes son preferidas. En el caso que nos

ocupa, M. O'Reilly, nacida el 19 de febrero de 1957, tenía 51 años cuando salió del programa de televisión y Julia Bradbury, nacida el 24 de julio de 1970, tenía 38 años cuando reemplazó a O'Reilly. Este tipo de "movimientos" en los medios de comunicación es una situación que ocurre en muchas partes del mundo, en donde las mujeres mayores tienden a ser invisibles cuando alcanzan cierta edad.

Esta discriminación interseccional es una de las más claras que existe, basta un vistazo a los medios de comunicación y la cultura popular. Sí hay muchas mujeres en los medios, pero éstas tienden a ser jóvenes; y sí hay muchas personas adultas mayores, pero éstas suelen ser hombres. Así queda clara la exclusión, la discriminación interseccional de mujeres mayores (intersección de sexo y edad).

O'Reilly es la ex conductora del programa de asuntos rurales de la BBC1 "Countryfile". Ella ganó sus demandas por discriminación por edad y victimización, pero no por sexismo.

O'Reilly, de 53 años, llevó a la BBC a un tribunal laboral alegando discriminación por edad y sexo después de ser una de las cuatro presentadoras, todas entre 40 y 50 años, que fueron eliminadas del programa. Para haber permanecido en el show, ella tendría que haber tenido la fama y reputación de un hombre de 68 años con experiencia en los medios. John Craven sí conservó su puesto en el programa (*O'Reilly vs. BBC & Anor* 2200423/2010 (ET), párrs. 291 y 300).

En este caso el tribunal no entendió la desventaja real de O'Reilly, no escogió comparadores relevantes. Esto es muy importante porque para probar discriminación directa hace falta encontrar comparadores porque la discriminación es un daño relativo, que requiere comparación. La gente con la que se comparó a O'Reilly incluyó otras mujeres y hombres que también fueron despedidos y por eso ella ganó en cuanto a la discriminación basada en la edad; pero no en cuanto al sexo. El tribunal, en vez de mirar el *contexto general de la BBC*, se enfocó sólo al de ese programa en particular y, con ello, determinó que no había discriminación basada en el sexo.

Hay varios casos de discriminación por edad combinada con sexismo en la BBC, algunos de ellos citados en la sentencia misma (*O'Reilly vs. BBC y Anor* 2200423/2010 (ET) párr. 124). Asimismo, cabe anotar que tres años después, el asunto siguió siendo discutido. Martinson (2014), por ejemplo, se refiere al caso de la periodista Olenka Frenkiel, a quien incluso se le pidió guardar silencio sobre su caso a través de un acuerdo de confidencialidad.

Para la selección de comparadores en casos de discriminación no hay receta. La ley sólo establece que debe ser una persona o grupo de personas en una situación materialmente igual, pero sin el rasgo vedado. No existe tampoco un mínimo o máximo de comparadores (Ley para la Igualdad 2010, s. 23).

De acuerdo con el tribunal, si ella hubiese sido entre 10 y 15 años más joven, podría haber sido de entre las locutoras y los locutores que permanecieron en el programa (*O'Reilly vs. BBC y Anor* 2200423/2010 (ET), párrs. 291 y 300). Sin embargo, aunque lo hizo notar, el tribunal no contó a John Craven de 68 años como comparador válido debido a que él tiene un *estatus de prestigio* que el show quería conservar.

A manera de paréntesis cabe mencionar que es muy común encontrar hombres de gran estatus en programas de la BBC y ellos tienden a permanecer en sus roles indefinidamente, cosa que no ocurre con las mujeres. Algunos ejemplos son: Sir David Attenborough, de 94 años actualmente; Sir Bruce Forthsyde, quien estuvo en el show "Strictly come dancing", hasta los 84 años; y Len Goodman, quien estuvo en ese mismo show hasta los 74 años.

Ahora, según la sentencia, si O'Reilly tuviera el prestigio de Craven habría permanecido, pero ¿cómo podría lograrlo a los 50 años, en especial cuando hay una cultura que desecha a las mujeres a partir de esa edad?

La BBC quería atraer audiencias más jóvenes con su cambio de horario *prime time* conservando la costumbre de tener a tres o cuatro hombres de

"cierta edad" que fueran figuras de autoridad (*O'Reilly vs. BBC y Anor 2200423/2010* (ET) párrs. 279- 280). La política de atraer audiencias más jóvenes fue considerada legítima, el problema fue deshacerse del personal con la presunción de que eso es lo que atraería audiencias más jóvenes.

O'Reilly presentó el problema como uno de combinación de rasgos vedados (características protegidas) de sexo y edad. Ella enfatizó la ausencia de mujeres mayores en la BBC, especialmente entre las locutoras, y el hecho de que son sacadas del aire a temprana edad en comparación con los hombres. En la sentencia pueden leerse referencias a comentarios recibidos por O'Reilly en su trabajo, como que debía tener cuidado con sus arrugas dado el uso de alta definición; la insistencia de que se tiñera el cabello; que ya era tiempo de Botox; que el horario estelar requiere belleza y juventud, entre otros (*O'Reilly vs. BBC y Anor 2200423/2010* (ET), párrs. 124, 177, 185 y 294 a 298).

El tribunal, sin embargo, decidió que:

Si bien concluimos que la edad fue un factor en la elección final de los presentadores, no aceptamos que esta decisión en particular implique discriminación combinada por edad y sexo o discriminación por sexo además de discriminación por edad. Finalmente, probamos esto preguntándonos si la demandante habría sido retenida si hubiera sido un hombre, de la misma edad, con las mismas habilidades. No consideramos que ella habría sido retenida, ya que le habría faltado el elemento de juventud requerido para los presentadores de segundo nivel. Es por ello que llegamos a la conclusión de que la decisión de que la demandante ya no fuera presentadora en el programa *Countryfile* fue un acto de discriminación por edad únicamente (*O'Reilly vs. BBC y Anor 2200423/2010* (ET), párr. 300).

Entonces, se entiende que para ser de primer nivel y permanecer, como es el caso de los hombres mayores, hay que generar experiencia, pero ¿cómo será esto posible si las mujeres tienden a ser sacadas del aire antes

de generar esa experiencia? Los comparadores fueron escuetamente escogidos. Un resultado distinto habría surgido si, por un lado, se hubiera tomado en cuenta la posición de mujeres de 50 años de edad o más en la BBC en general. Por otro lado, un resultado distinto habría surgido si no se hubieran separado los rasgos vedados (sexo y edad). Esta separación fue la que provocó esa "justicia a medias" en donde se pensó que fue sólo la edad y no su combinación indivisible con el sexo la que excluyó a O'Reilly del programa. Es decir, no se apreció que la intersección de sexo y edad produce una experiencia específica de discriminación en contra de las mujeres de 50 años o más en los medios de comunicación.

Cuatro años más tarde Olenka Frenkiel retó a la BBC también por discriminación por edad y sexismo y, entre otras cosas, se encontró que, tanto públicamente como en privado, los ejecutivos de la BBC reconocen que existe un problema con el número de mujeres "mayores" en la pantalla. De todos los mayores de 50 años que aparecen en la pantalla, el 82% son hombres según la investigación más reciente publicada en 2013. En general, en todas las emisoras importantes, las mujeres mayores de 50 años representan sólo el 5% de los presentadores en pantalla de todas las edades y ambos sexos (Martinson, 2014).

El siguiente caso dejará más clara la forma en que la selección de los comparadores es fundamental para comprobar la discriminación interseccional y, además, que más que los comparadores *per se*, lo que importa es una apreciación substancial del contexto en donde se generan las desigualdades. En el caso de O'Reilly esto habría sido el contexto de "las mujeres mayores en los medios de comunicación".

4.2. Caso *DeBique vs. Ministry of Defence*: justicia con uso de comparadores efectivos

Ministry of Defence vs. DeBique [2010] I.R.L.R. 471 EAT es un caso de discriminación indirecta por sexo y raza en donde el Ministerio de Defensa (MD) apela y pierde en contra de la decisión de un tribunal laboral que sí admite la existencia de discriminación combinada. "Raza" en la legislación británica incluye color, nacionalidad, origen étnico o nacional.

La demandante, nacional de San Vicente, fue expulsada del Ejército porque, como madre soltera, no estaba disponible para trabajar las 24 horas del día, los siete días de la semana. Al personal del Ejército del Reino Unido se le permitía tener a un miembro de la familia viviendo con ellos para cuidar a los niños, pero la demandante no pudo traer a su hermana desde San Vicente para hacerlo debido a las reglas de inmigración.

El Tribunal Laboral de Apelación (TLA) confirmó el reclamo de DeBique por discriminación racial y sexual. Uno de los motivos por los cuales el MD apeló la decisión del Tribunal del Trabajo de primera instancia fue porque, a su juicio, el Tribunal se había equivocado al considerar los *efectos combinados* de los requisitos al concluir que daban lugar a una discriminación indirecta por sexo y raza en lugar de mantener las dos reclamaciones por separado. El TLA rechazó esto y sostuvo que los reclamos no siempre podían compartimentarse y que la decisión del *Tribunal reconocía la realidad de la doble desventaja sufrida por la demandante*.

Como mujer, ella estaba a cargo del cuidado de su hija (considerando su grupo de comparadores) y en cuanto a la raza, debido a su procedencia nacional, no se le hizo efectivo su derecho a tener a un miembro de su familia apoyándola con el cuidado de su hija.

El Tribunal Laboral sostuvo que el MD había aplicado a la señora DeBique dos disposiciones, criterios o prácticas (DCP). Por un lado, que sea un soldado disponible para su despliegue las 24 horas del día, los siete días de la semana; y por otro, que no podía tener un miembro de su familia extendida (una media hermana) que se quedara con ella en el servicio de alojamiento de las familias, porque era una ciudadana extranjera. Al no ser británica, su hermana sólo tenía derecho a permanecer en el Reino Unido por un período breve. En opinión del tribunal, no se demostró que estos dos DCP fueran un medio proporcional para lograr un objetivo legítimo. El 24/7 sí se consideró legítimo, pero el de inmigración pudo haberse relajado.

Por tanto, se confirmaron las denuncias de la señora DeBique sobre discriminación indirecta por motivos de sexo y raza *de manera combinada*. Es discriminación indirecta porque los dos DCP son aparentemente neutrales, sin embargo, afectan en los hechos a categorías protegidas claramente distinguibles (mujer y extranjera).

El TLA sostuvo que el requisito de que los soldados estuvieran disponibles las 24 horas del día, los siete días de la semana, se justificaba a la luz de la necesidad de que el Ejército estuviera en un estado de preparación en todo momento. Sin embargo, el TLA estuvo de acuerdo con el Tribunal de primera instancia en que, en el caso particular, este requisito estaba *indisolublemente vinculado* con la política de inmigración del Ministerio del Interior y la interpretación del MD de la misma, lo que significaba que la hermana de la señora DeBique, debido a su nacionalidad, no podía vivir con ella.

Fue la combinación indisoluble de los dos factores lo que había actuado en detrimento de la señora DeBique. Si fuera hombre, probablemente no tendría a su cuidado a los hijos (comparada con sus colegas hombres en el Ejército); y si fuera británica, podría tener a alguien de su familia. Ser mujer no británica fue lo que le causó esta forma de discriminación específica: un hombre entre sus comparadores no tendría a su cargo a los hijos, mientras que una mujer británica tendría acceso a algún familiar para que cuidara de sus hijos.

En el caso de la señora DeBique, el Ejército falló, injustificadamente, en hacer arreglos apropiados para el cuidado de los niños y permitir que los soldados que eran padres solteros o madres solteras cumplieran con las reglas de 24 horas al día, siete días a la semana; o, alternativamente, *buscar una concesión* a las reglas de inmigración con respecto a la hermana de la señora DeBique. Así, ésta sufrió en efecto una discriminación interseccional en tanto mujer soldado de origen vicentino (sexo y raza).

En cuanto a los comparadores el tribunal resolvió que:

Visto de forma aislada y tomando como grupo de comparación a todos los hombres y mujeres soldados del ejército británico, el Tribunal determinó que las mujeres de ese grupo estaban o serían puestas en una desventaja particular por el DCP 24 horas al día, siete días a la semana, en comparación con los hombres. Esto se debía a que las mujeres tenían más probabilidades que los hombres de ser madres solteras con la responsabilidad principal del cuidado de los niños; y el DCP de las 24 horas del día, los siete días de la semana, causaría dificultades especiales para las madres solteras debido a la necesidad de hacer arreglos especiales para el cuidado de los niños. (*Ministry of Defence vs. DeBique* [2010] I.R.L.R. 471 EAT párr. 57).

Se sostuvo que se lograría el mismo resultado incluso si se eligiera un grupo más reducido, a saber, hombres y mujeres soldados que podrían convertirse en padres solteros o madres solteras (*Ministry of Defence vs. DeBique* [2010] I.R.L.R. 471 EAT párr. 58).

La demandante siempre dejó en claro que sentía que era la combinación de los dos DCP (disponibilidad 24 horas al día, siete días a la semana y el punto relacionado con su nacionalidad extranjera) lo que causaba su particular desventaja. El EAT estuvo de acuerdo.

Así, vemos que, aunque en el Reino Unido la disposición sobre discriminación dual no ha entrado en vigor, esto no impide que los tribunales acepten demandas por discriminación interseccional.

4.3. Caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (2017): justicia tardía contra estereotipos

La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha examinado situaciones de discriminación ocurridas por varios motivos que operan por

separado o interactúan entre sí al mismo tiempo. Tanto el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos como el artículo 1 del Protocolo núm. 12 prohíben la discriminación por varios motivos, lo que hace teóricamente posible una reclamación por más de un motivo. Además, la lista no exhaustiva de motivos de discriminación contenida en el artículo 14 permite al Tribunal ampliar e incluir motivos que no se mencionan expresamente en el mismo (EHRC, 2020).

Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal (2017) es un caso de discriminación que combina el sexo y la edad. En este caso, aunque no se usó la palabra "interseccionalidad", es claro que la experiencia de discriminación está basada en estereotipos relacionados con la combinación indisoluble del sexo y la edad. Es justicia tardía porque la quejosa tuvo que agotar recursos internos y no recibió justicia sino hasta que su caso llegó a la CEDH y el 25 de julio de 2017, se dictó sentencia sobre discriminación, condenando los supuestos discriminatorios formulados en el razonamiento del Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (STA).

La demandante, que padecía una enfermedad ginecológica, fue sometida a una cirugía durante la cual se lesionó el nervio pudendo izquierdo como resultado de una negligencia médica. Después de ser dada de alta, comenzó a sentir dolor intenso y pérdida de sensibilidad en la vagina, incontinencia urinaria, dificultad para caminar y sentarse, y no pudo tener relaciones sexuales.

Como resultado de la demanda que interpuso, el Tribunal Administrativo de Lisboa le otorgó una indemnización por daño material que cubría, entre otras cosas, el servicio de una empleada doméstica para las tareas del hogar que no podía realizar, y daños morales por sufrimiento físico y psicológico. Sin embargo, en el recurso de casación (apelación), el STA redujo los montos otorgados por concepto de daño material e inmaterial por tres motivos:

1. Las quejas de la demandante sólo se habían agravado después de la cirugía, pero no eran nuevas;
2. Probablemente sólo necesitaba cuidar de su marido, dada la edad de sus hijos y no necesitaba una empleada doméstica de tiempo completo; y
3. La demandante, que tenía dos hijos, ya tenía 50 años, una edad en la que el sexo no era tan importante como en los años más jóvenes y cuya trascendencia disminuía con la edad.

En su sentencia, la CEDH estableció similitudes entre el caso de la demandante y otras dos sentencias portuguesas relativas a negligencia médica sufrida por dos hombres de 55 y 59 años, quienes se volvieron impotentes e incontinentes como resultado de un error médico en las operaciones a las que se sometieron. La CEDH observó que, en esas sentencias, el STA portugués *no consideró excesivos los montos otorgados*, considerando el "tremendo *shock*" o el "fuerte *shock* mental" sufrido por los demandantes que padecerían consecuencias irreversibles en su vida sexual. Al contrario del caso de la señora Carvalho, el STA no había tenido en cuenta ni la edad de los demandantes ni si tenían hijos en estos casos similares al de la señora Carvalho.

En la decisión, la CEDH afirmó que el supuesto general en el que se basaba el STA portugués de que la sexualidad ya no era importante para una mujer de 50 años se derivaba de la visión tradicional de la sexualidad femenina, esencialmente vinculada a la reproducción. La Corte también tomó nota del entendimiento patriarcal del STA evidenciado en la suposición de que la demandante era responsable de "cuidar de su esposo". La CEDH determinó que la decisión del STA no se basó en una evaluación objetiva de los hechos, sino en *estereotipos de género ilícitos* y, finalmente, por cinco votos contra dos, decidió que había una violación del artículo 14 (prohibición de la discriminación) leído junto con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada).

Estos estereotipos son el contexto en el que la discriminación se genera, sin ellos, no habría discriminación interseccional basada en la edad y el sexo. Estos estereotipos y este contexto son parte de lo que en otras latitudes se conoce como discriminación estructural, como se verá en el apartado siguiente.

5. Discriminación interseccional, estructural y múltiple según la CIDH

Para comenzar, es interesante resaltar que la jurisprudencia CIDH (2019), habla de discriminación *estructural, múltiple e interseccional*, como sinónimos o como parte de un mismo fenómeno. Es interesante porque, como se ha visto, la discriminación interseccional es sólo posible porque hay un contexto político, histórico, económico y social que crea desventajas en varios niveles (incluyendo estereotipos, como se vio anteriormente). Este contexto es lo que a menudo se considera discriminación "estructural" y genera desventajas no sólo unidimensionales sino interseccionales que son el resultado de la combinación indisoluble de varios rasgos vedados, en otras palabras, discriminación múltiple.

No es posible abordar todos los casos relevantes ante la CIDH en detalle. Sin embargo, se proporcionan citas relevantes para acceder a algunos casos concretos. En el siguiente apartado se enfatizará la manera en que la CIDH ha entendido la interseccionalidad. Esto ha sido no a través de definiciones rígidas, sino a través de análisis contextuales que le han ayudado a determinar cuándo hay discriminación interseccional, múltiple o estructural. Esto es muy útil porque deja claro que entender la discriminación no necesariamente requiere de conceptos estables predeterminados sino de un *proceso*, una *manera* de abordar los problemas. La clave no está en un test predeterminado o en un concepto rígido, sino en un *método*: apreciar la realidad en que se encuentran inmersas las personas y las formas en que éstas sufren injusticia.

5.1. Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*: discriminación interseccional

Éste es un caso de discriminación interseccional. La CIDH concluyó que Talía Gonzales Lluy sufrió una discriminación derivada de su condición de persona con VIH, niña, mujer y viviendo en situación de pobreza. Por todo lo anterior, la Corte consideró que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Talía Gonzales Lluy.

Es útil destacar que la CIDH comprendió tanto la desventaja que estos rasgos traen por separado, como la desventaja específica que representan cuando se intersecan. Metodológicamente esto debe ser rescatado porque limitarse a analizar las desventajas derivadas de características por separado, puede invisibilizar formas específicas que sólo ocurren cuando los rasgos se intersecan. Lo importante es, de nuevo, no sólo apreciar esas desventajas específicas, sino también remediarlas y prevenirlas. No puede prevenirse algo que no se comprende cabalmente.

El análisis contextual es particularmente claro en el párrafo 290 (*Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298):

La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza

impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto de vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados.

Como puede apreciarse, la Corte, al señalar las múltiples intersecciones y desventajas específicas, también está señalando en dónde hacen falta políticas públicas, inversión, programas, etcétera, encaminados a prevenir este tipo de desventaja. Este proceso "doble" sólo se logra a través de un análisis contextual de la discriminación.

5.2. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil: discriminación estructural histórica

El 20 de octubre de 2016 la CIDH emitió una sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado brasileño por la violación de, entre otros: el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, establecido en el artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11, 2 y 19 del mismo instrumento; y el artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento producida en el marco de una *situación de discriminación estructural histórica* en razón de la posición económica. Este último punto es relevante por la manera en que la CIDH reconoce ese contexto, en este

caso, incluido el contexto histórico, que determina la posición de desventaja de ciertas personas y, sobre todo, que tal desventaja no se basa en un sólo rasgo de manera aislada o disoluble sino imbricada, interseccional.

La Corte estimó que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en los que, habiendo *discriminación estructural*, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se encuentran ciertas personas de manera clara y discernible. El párrafo 339 (Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318) deja esto particularmente claro:

la corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización [...]. lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos 1995, cuando el gobierno de brasil reconoció expresamente la existencia de "trabajo esclavo" en el país [...].

Este caso comparte ciertas características con el de DeGraffenreid (sobre exclusión histórica de mujeres afroamericanas del mercado laboral de General Motors), en el sentido de que sólo conociendo la historia y apreciando su influencia en el presente podemos comprender la posición de ciertas personas y su desventaja interseccional; misma que es creada precisamente por esa historia y ese contexto histórico, político, social y cultural.

5.3. Caso *I.V. vs. Bolivia y Escobar y otros vs. Guatemala*: discriminación múltiple

En este caso se solicitó a la CIDH determinar si se verificó una discriminación múltiple hacia la señora I.V. o si los distintos criterios alegados convergieron de forma interseccional.

Este caso es relevante porque en él se intentó diferenciar entre la discriminación múltiple y la discriminación interseccional. Este debate, por llamarlo de algún modo, es importante; sin embargo, no debe distraer del objetivo fundamental, que es apreciar la realidad de la discriminación y responder a ella tal cual se presenta. De hecho, la discriminación múltiple o el análisis de discriminación basada en distintos rasgos puede ser útil como *parte del proceso* de identificación de la discriminación interseccional, pero no la suplanta. Esto es así porque de manera aislada puede no haber discriminación basada en el sexo o la procedencia étnica o nacional sino únicamente cuando los rasgos se intersectan. De nuevo es relevante el caso DeGraffenreid, en el cual estos fueron tomados por separado —el sexo por un lado y la raza por otro—, no había discriminación alguna. Sólo se verifica la discriminación cuando los rasgos se intersectan.

El párrafo 248 (Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 247) aclara este punto:

La Corte nota que la señora I.V. tuvo acceso a los servicios públicos de salud del Estado [...], aunque la atención en salud brindada desconoció los elementos de accesibilidad y aceptabilidad [...]. A pesar de ello, no se desprende de los hechos de este caso que la decisión de practicar la ligadura de las trompas de Falopio a la señora I.V. haya obedecido a su origen nacional, condición de refugiada o posición socioeconómica. No obstante,

la Corte considera que estos aspectos incidieron sobre la magnitud de los daños que sufrió I.V. en la esfera de su integridad personal. Lo anterior sin perjuicio de lo que más adelante se establezca en relación con la búsqueda de justicia [...].

El análisis de los diferentes rasgos de manera separada a fin de establecer después si hubo discriminación interseccional también se consideró en el caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*.

Éste es un caso que concierne a la señora Flor de María Ramírez Escobar; una madre soltera en situación de pobreza que formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos. El párrafo 277 (*Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351) aclara este punto:

A efectos del análisis jurídico que debe realizar este Tribunal y teniendo en cuenta que en este caso se alega que varias personas fueron víctimas de discriminación por motivos coincidentes, este Tribunal realizará un análisis de cada uno de los motivos presuntamente discriminatorios de manera separada. Lo anterior sin perjuicio de que la Corte comprende que la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional resulta de una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación en contra de una persona de distintas causas de discriminación.

Ya hemos esbozado el entendimiento del concepto en diferentes jurisdicciones y apreciado las ventajas y problemas que la discriminación interseccional ha representado, vamos ahora a aplicarlas al caso mexicano.

6. La discriminación múltiple en México

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) no contempla explícitamente la discriminación interseccional, dual, múltiple o estructural. De hecho, la LFPED, más que referirse a tipos de discriminación que pueden ocurrir basadas en ciertos rasgos, enlista una serie de

conductas concretas que considera discriminatorias. En otras jurisdicciones tales como el Reino Unido, las leyes para la igualdad distinguen de forma abstracta entre discriminación directa, indirecta, victimización y acoso. Esto es útil porque estos distintos tipos de discriminación pueden observarse en diversos ámbitos como en el campo laboral, educativo o de prestación de servicios, incluyendo servicios de salud.

La *discriminación directa* consiste fundamentalmente en la exclusión o en dar un trato desfavorable a una persona debido a su raza, sexo, religión, orientación sexual u otros rasgos. Es decir, discriminar debido a uno de esos rasgos vedados o características protegidas.

La *discriminación indirecta*, por otro lado, es la aplicación de un criterio, disposición o práctica aparentemente neutra pero que en los hechos perjudica a un grupo definido claramente, por ejemplo, por sexo, raza, religión, orientación sexual, etcétera. Para verificar este impacto desproporcionado en ciertos grupos, deberán, por ejemplo, verse las estadísticas y hacer comparaciones con otros grupos no afectados (ver *supra* apartado 4.2 el caso DeBique). Por ejemplo, un criterio para ascender al personal puede ser que sean trabajadores de tiempo completo. Si en esa empresa sólo las mujeres trabajan medio tiempo, ese criterio aparentemente neutro discrimina a las mujeres de forma indirecta.

La *victimización* es recibir un trato desfavorable después de haber presentado una queja por discriminación o por haber apoyado a alguien con su queja. Es, de alguna forma, reconocer que quejarse puede ser contraproducente y que muchas personas temen, con razón, a las represalias.

Asimismo, algunas leyes sobre igualdad incluyen también el *acoso sexual y discriminatorio (racial, homofóbico, etc.)* como una forma de discriminación debido a que atenta contra la dignidad humana y crea un ambiente hostil. Es una forma de discriminación porque quien la perpetúa está en una posición de poder y se aprovecha (y mantiene) de la vulnerabilidad que resulta de poseer una característica protegida o rasgo vedado que se encuentra en desventaja.

Algunos ordenamientos como el británico, en la Ley para la Igualdad 2010, también reconocen que la *discriminación puede estar institucionalizada*, es decir, que no es nada más el resultado de la mala conducta de algunas personas, sino que es el resultado del *modus operandi* normalizado, tolerado, ignorado o promovido en algunas instituciones. Bajo este entendimiento es que existe una obligación para las instituciones públicas de prevenir la discriminación y promover la igualdad de oportunidades (Pérez Portilla, 2016: 51-61).

Ahora, la discriminación interseccional se actualiza cuando hay un trato desfavorable o una exclusión debido a la intersección de dos o más características protegidas (*i.e.*, sexo y edad). Cuando la ley o la aplicación de la ley se basa en la presunción de que la discriminación sólo existe con respecto a un rasgo, puede perder de vista la realidad en que se encuentran algunas personas debido a estereotipos, procesos económicos, políticos e históricos que determinan sus oportunidades, pero no solo por un rasgo sino por la combinación indisoluble de varios como vimos en los apartados anteriores. Por ende, la discriminación no se redime efectivamente si sólo se reconoce su existencia en relación con rasgos en lo individual, de manera aislada. Es decir, la problemática de las mujeres locutoras mayores en los medios de comunicación no se resolverá si se cree que el problema es sólo la edad de los locutores con independencia de su sexo (ver *supra* apartado 4.1 O'Reilly).

En México no se ha reconocido legislativamente la interseccionalidad, sin embargo, hay sentencias y tesis aisladas que sí han mencionado la *discriminación múltiple* y a ellas nos referiremos a fin de rescatar algunos puntos importantes y después sumarlos a los que hasta ahora hemos esbozado.

6.1. Discriminación múltiple (edad, género y apariencia física) en ofertas de empleo

Las tesis que abordaremos se refieren a la sentencia recaída al amparo directo en revisión 992/2014, promovido por RCPM, JMV, AGVR, Asociación

por la No Discriminación Laboral por la Edad o Género, Asociación Civil, y Centro contra la Discriminación, Asociación Civil, en contra de la sentencia dictada el 13 de febrero de 2014 por el Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el juicio de amparo directo 415/2013.

CMR, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, es una persona moral, cuyo objeto social consiste en la administración y operación de establecimientos de la industria restaurantera (Foja 43 del cuaderno de primera instancia *****/2007 (contestación de la demanda).

Con motivo de la selección de personal para los distintos restaurantes que pertenecen a dicha persona moral, los días 13, 20 y 24 de agosto de 2007, se publicó una convocatoria en el periódico *Reforma*, mediante la cual se ofrecía un puesto de recepcionista y otro de analista contable, con ciertos requisitos que debían cumplir quienes estuvieran interesados en ocuparlos. Para el puesto de recepcionista se requería:

Escolaridad: preparatoria o carrera técnica.

Edad: 18 a 25 años.

Sexo: femenino.

Experiencia: 1 año en recepción o relaciones públicas.

Con excelente presentación, estatura 1.60, talla 30, disponibilidad de horario, para trabajar en zona Polanco.

De igual manera, el 27 de septiembre de 2007, se publicó otra convocatoria en el periódico *Reforma*, en la cual se ofrecía el puesto de promotor de eventos para el restaurante La Destilería, mismo que pertenece a CMR, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable. Dicho anuncio, al igual que el anterior, contenía diversos requisitos que debían cumplir las personas interesadas:

Buscamos una Joven Alegre, vinculada a las Relaciones Públicas.

Con Buena presentación, que le guste el medio restaurantera.

Edad de 18 a 35 años. Sexo Femenino. Vinculada a las ventas, organización de banquetes. Puesto por temporada (octubre - enero).

Con motivo de las publicaciones antes referidas, tres personas presentaron demandas por daño moral en contra de CMR, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, al considerar que las convocatorias resultaban discriminatorias, pues éstas contenían una distinción *basada en la edad* que afectaba directamente sus sentimientos y afectos.

El resultado fue favorable para los recurrentes:

En consecuencia, y toda vez que los agravios formulados por los recurrentes resultaron fundados, lo procedente es revocar la sentencia combatida y devolver los autos al Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, para que deje sin efectos la misma y en su lugar dicte una nueva, en la cual, a partir de la presente sentencia, reitere los argumentos de esta Primera Sala, decrete la nulidad de las convocatorias analizadas al haber sido calificadas de discriminatorias, y analice el resto de elementos contenidos en el expediente, a efecto de determinar si respecto a cada quejoso del presente caso —tanto personas físicas como morales— procede una indemnización por daño moral, así como la imposición de medidas reparatorias de carácter disuasorio, acorde a los lineamientos previamente expuestos.

Una lectura completa de esta sentencia deja claro que se invirtió una considerable cantidad de tiempo indagando sobre el tema de la "libertad de contratación" y sobre la cuestión de si hay daño o no dependiendo de la posesión de las otras cualidades requeridas en la oferta de empleo además de la edad y si, poseyéndolas, los quejosos solicitaron o no el empleo. Esto a fin de determinar si hubo daño o no.

Este énfasis en la sentencia revela que es necesario considerar la protección en contra de la discriminación desde el reclutamiento y eso incluye las ofertas de empleo, es decir, la manera en que se plantean los anuncios de trabajo. Esto no es nada nuevo, es una cuestión de antaño trabajada en otras jurisdicciones. Por ejemplo, en el Reino Unido, la Ley para la Igualdad 2010, sección 39, establece que los empleadores no discriminarán en

contra de sus empleados o *solicitantes* en relación con, entre otras cosas, *los arreglos que hace para decidir a quién ofrecer el empleo*. Esto en la práctica se refiere al reclutamiento.

Además, los anuncios discriminatorios no son nada nuevos. De hecho, la protección en contra de ellos fue de las primeras provisiones que existieron en materia de no discriminación en el Reino Unido. La ahora derogada Ley de Relaciones Raciales de 1968 (sus provisiones se encuentran ahora en la Ley para la Igualdad 2010) estableció desde aquel año que estaba *prohibido hacer anuncios de empleo discriminatorios*.

La Ley de Relaciones Raciales de 1968 amplió las disposiciones de la Ley de Relaciones Raciales de 1965 para incluir bienes, instalaciones y servicios, afiliación a sindicatos y vivienda (Hepple, 2010: 12). También prohibió los anuncios y avisos que tuvieran la intención de discriminar. El racismo cotidiano fue una práctica común en las décadas de 1950 y 1960, cuando a las personas negras se les podía negar trabajo y alojamiento. Algunos anuncios decían: "No se admiten perros, ni negros, ni irlandeses". Si bien esa discriminación racial se convirtió en ilegal, el número de incidentes racistas denunciados sigue siendo elevado hoy en día (BBC, 2021).

Asimismo, en la actualidad pueden denunciarse este tipo de anuncios ante la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos (EHRC, 2021). Como puede verse, el hecho de que un anuncio de empleo no puede discriminar *per se* podría ser una cuestión indiscutible. La libertad de contratación no puede estar por encima de la no discriminación *a menos que pueda justificarse objetivamente*, cuando la distinción se haga de forma proporcional y se persiga un fin legítimo.

En el contexto británico, un anuncio es un aviso escrito u oral, que promueve una oportunidad de trabajo, un producto, servicio o evento. Los anuncios pueden aparecer en periódicos, revistas, televisión, radio, internet, escaparates y correos electrónicos. Los anuncios que restringen

trabajos o bienes, instalaciones y servicios a personas con características protegidas particulares, como el sexo o la edad, son ilegales, excepto en circunstancias muy específicas. Por ejemplo, los empleadores pueden exigir que la o el solicitante al empleo o la empleada o el empleado tenga un determinado rasgo (incluido los vedados) sólo cuando tener esa característica protegida sea necesario para desarrollar ese determinado tipo de trabajo. Es decir, que sea un "requisito ocupacional", o cuando aplica una de las excepciones específicas de la ley (EHRC, 2016).

Cuando se aplique un requisito ocupacional, el empleador debe asegurarse de que la imposición del requisito es *objetivamente justificable*. Por ejemplo, es *lícito* que una empresa que proporciona servicios de mensajería en bicicleta requiera que los mensajeros "deban poder andar en bicicleta". Esto podría excluir a las personas con alguna discapacidad. Sin embargo, el requisito es necesario para el trabajo y requerirlo es una forma proporcional de garantizar que los solicitantes puedan hacer el trabajo (EHRC, 2016: 5).

Un anuncio discriminatorio puede entonces ser removido por interés público. La Comisión resuelve la mayoría de las quejas sin tomar medidas formales. Sin embargo, si no se recibe una garantía satisfactoria, se considera tomar medidas adicionales, como medidas coercitivas, si éstas son en beneficio público (EHRC, 2016: 7). Además, una persona puede sufrir un daño en lo individual si aplicó y no fue invitada a una entrevista. Esto si el empleador no puede justificar de manera objetiva que las características que incluyó en la oferta de trabajo eran proporcionales y perseguían una meta legítima (EHRC, 2016: 4).

Otro punto relevante en la sentencia mexicana que nos ocupa fue que los quejosos plantearon discriminación más que nada por *la edad*; no hicieron mucho énfasis en el sexo o en la combinación indisoluble de estas características en los anuncios de trabajo.

Antes de ahondar en ese punto, es muy importante resaltar que la demanda fue hecha por organizaciones civiles apoyando a individuos que representan a grupos claramente definidos por la edad. Esto no es nada nuevo, de hecho, históricamente han sido las personas que tienen el rasgo vedado y las organizaciones civiles las que han luchado por la igualdad, ya sea de raza, por orientación sexual, sexo, etcétera. Los movimientos sociales que han hecho posibles los derechos que hoy se reconocen en los ordenamientos jurídicos han provenido del trabajo y de los argumentos hechos valer por grupos con experiencia vivida.

Enfocarse en la edad, sin embargo, obscureció la experiencia de desventaja distintiva que puede generar la intersección del sexo y la edad. Las mujeres jóvenes, en la cultura popular dentro de muchos sistemas patriarcales, son vistas como objetos sexuales, dependen y son valoradas por su relativa belleza y juventud. Esto las estereotipa y las pone en situaciones de vulnerabilidad, sobre todo a las que trabajan prestando servicios directamente a clientes y a las que se hace depender de propinas (OIT, 2012). Por otro lado, esta injusticia reduce oportunidades laborales para cualquier otra persona que no cubra esos requisitos. Algo de esto sí mencionó la sentencia y, hasta cierto punto, de manera incidental "antes de entrar al análisis de la protección constitucional ante situaciones de discriminación por razón de edad, es necesario adentrarnos a las singularidades que comporta la edad como criterio de diferenciación en el mercado de trabajo" (Amparo Directo en Revisión 992/2014). De manera que, fue elección de los jueces abordar la "discriminación múltiple" en los términos siguientes:

En numerosas ocasiones, como los estudios lo demuestran, la fijación de un determinado límite de edad en una oferta de trabajo va dirigida, en el imaginario del empresario y de buena parte de nuestra sociedad, a la obtención de una imagen comercial sexista. La trabajadora joven y con determinada apariencia y estado físico se utiliza, desgraciadamente, en muchas ocasiones como un simple reclamo comercial, haciendo a un lado cualquier referencia a su

valía profesional, lo que provoca que aquellas trabajadoras que no cumplen con ese estándar se consideren no aptas para un puesto de trabajo, independientemente de su preparación, y bajo la excusa de tener una determinada edad y no cumplir con los requisitos de buena imagen (Amparo Directo en Revisión 992/2014).

Si se quiere hablar de interseccionalidad, este caso es una encrucijada realmente, porque quienes podrían quejarse por discriminación interseccional serían las mujeres jóvenes siempre que el daño fuera *el ser estereotipadas y usadas a fin de alcanzar una imagen comercial sexista*. Sin embargo, al no verse afectadas en cuanto a la posibilidad de aplicar al trabajo, no serían ellas las quejas en este caso. Por otro lado, quienes sí podrían quejarse al no poder aplicar al trabajo serían hombres y mujeres de edad mayor a la edad requerida. Sin embargo, su exclusión no es interseccional sino directa, ya sea en razón de sexo y/o edad.

Sin embargo, si acordáramos que el daño fundamental es el ser estereotipados o utilizados con fines comerciales, podrían las mujeres mayores y todos los hombres sentir un ambivalente alivio de *no pertenecer a un grupo potencialmente explotable* en un afán comercial sexista y, por ello, tampoco serían los quejosos. Así pues, hay dos problemas separados en este caso; por un lado, el uso comercial sexista de las mujeres jóvenes y la exclusión de mujeres mayores y hombres en general en trabajos relacionados con "las relaciones públicas" en donde se requiere ser "alegre", tener "excelente presentación" y ciertas talla y estatura. Los problemas de fondo parecen ser los estereotipos de belleza, edad y apariencia; y el uso de unas personas a costa de la exclusión de otras en ciertas industrias con fines sexistas.

El mismo punto de vista expresado en la sentencia de amparo antes citada se reprodujo en la tesis aislada: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. ELEMENTOS PARA DETERMINAR SI UNA OFERTA DE TRABAJO ES DISCRIMINATORIA.

A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un buen número de casos, de la mano de la discriminación por razón de edad se suele actualizar la denominada discriminación múltiple, es decir, cuando se combinan varios factores discriminatorios en un mismo supuesto. Especialmente grave por sus efectos en la exclusión en el mundo laboral, y relevante para la resolución de este caso, es la conjunción de la edad, el género y la apariencia física. En este sentido, como los estudios lo demuestran, la fijación de un determinado límite de edad en una oferta de trabajo va dirigida, en el imaginario del empresario y de buena parte de nuestra sociedad, a la obtención de una imagen comercial sexista. La trabajadora joven y con determinada apariencia y estado físico se utiliza, desgraciadamente, en muchas ocasiones, como un simple reclamo comercial, haciendo a un lado cualquier referencia a su valía profesional, lo que provoca que aquellas trabajadoras que no cumplen con ese estándar se consideren no aptas para un puesto de trabajo, independientemente de su preparación, y bajo la excusa de tener una determinada edad y no cumplir con los requisitos de buena imagen. Debe señalarse también, que el prejuicio en torno a la edad del trabajador normalmente está relacionado con una concepción de rentabilidad económica que parte de premisas no del todo ciertas. Si el patrón presume que el trabajador maduro es menos apto que el trabajador joven para ciertos puestos de trabajo, piensa que su empresa, antes o después, sufrirá pérdidas económicas por su contratación. Y en similar sentido, si parte de la premisa de que las ausencias al trabajo de las personas maduras alcanzan un mayor índice por entender que éstas son quienes asumen las responsabilidades familiares, pensará que le generarán costes, que no existirían si contratara a trabajadores jóvenes. Si además, por último, añadimos el género del trabajador, el empresario piensa que la mujer madura dedicará una buena parte de sus esfuerzos a las tareas familiares y que por ello abandonará tarde o temprano su empleo, por lo que deja de ser para él económicamente rentable invertir en su formación. Todas estas consideraciones llevan a la conclusión de que la mujer madura trabajadora no es valorada como un activo desde el punto de vista profesional, sino como un

coste. (Registro Digital: 2008092 Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F; Libro 13, diciembre de 2014; Tomo I; Pág. 225. Número de tesis: 1a. CDXXXIV/2014 (10a.).

Esta tesis nos recuerda las reflexiones del caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal* (2017) y el *trato desfavorable basado en estereotipos y roles de género* relacionados con la edad y el sexo (con lo que comprobar discriminación no requeriría comparador, apartado 4.3). Valga solamente en este punto recordar estas reflexiones y usar tal caso como referencia. Existen además otros casos ante la CEDH que han ahondado sobre algo semejante (ECHR, 2020: 24).

En México, de alguna manera, se ha reconocido también el trato desfavorable basado en *estereotipos*, aunque "dinámicas sociales" son las palabras utilizadas por los autores, en este caso, de la tesis aislada: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL ÁMBITO LABORAL. SE ACTUALIZA UNA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE CUANDO DICHO FACTOR SE COMBINA CON OTROS ASPECTOS COMO EL GÉNERO Y LA APARIENCIA FÍSICA.

El concepto de discriminación no implica, necesariamente, una conducta intencional específicamente orientada a producir discriminación. Esto es así porque las desigualdades en razón de edad, como también sucede con las de género, no son solo producto de actos deliberados de discriminación, sino más bien el resultado de dinámicas sociales que funcionan de manera automática reproduciendo las desigualdades de partida. Así, a consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, algunos elementos que permiten determinar si una oferta de trabajo es discriminatoria por razón de edad —principalmente en supuestos de discriminación múltiple que conllevan diferenciaciones de género e imagen—, son la nomenclatura de los puestos, la asignación de las funciones y la definición del salario para trabajos de igual valor y nivel de responsabilidad. En lo que hace a la nomenclatura de los puestos de trabajo, existen categorías profesionales o puestos de trabajo con denominación en femenino

o masculino, y más concretamente, que exaltan un ideal de juventud en detrimento de la madurez. En estos casos subyace la consideración del puesto en relación directa a la asignación tradicional de roles y no en relación a las características profesionales. En lo que respecta a la asignación de las funciones, no siempre están definidas de forma precisa y clara, lo que lleva, en la práctica profesional cotidiana, a la asignación de otras funciones que no están incluidas en la descripción del puesto de trabajo. En estos casos, el intérprete deberá analizar si en la reasignación de funciones puede haber sesgos de discriminación por edad o género, recayendo sobre las personas más jóvenes tareas para las que se les presupone más "capacidades" sin que exista ningún criterio objetivo. Así, habrá que preguntarse si la asignación de funciones está definida de forma clara y precisa, respondiendo a criterios objetivos y transparentes, relacionados con las características del puesto a desempeñar o, si por el contrario, las funciones responden a lo que "cabe esperar" de jóvenes y maduros, con la consiguiente valoración desigual de las tareas desarrolladas por jóvenes y por maduros. Por último, en lo que respecta a la determinación del salario para trabajos de igual valor y nivel de responsabilidad, implica cuestionar los actuales sistemas de remuneración y explicitar los criterios sobre los que valoramos más unas funciones que otras. Esta desigual valoración salarial está marcada por la desigual valoración que se hace de las tareas que tradicionalmente han desempeñado hombres y mujeres y, a su vez, mujeres jóvenes y mujeres maduras, lo cual se traslada al ámbito laboral. (Registro Digital: 2008092. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 13, diciembre de 2014; Tomo I; Pág. 225. Número de tesis: 1a. CDXXXIV/2014 (10a.)).

Esta última tesis puede ser de gran utilidad porque la sentencia que hemos citado reconoció claramente la discriminación por edad y también el sexismo entendido como reclamo comercial. Sin embargo, las consideraciones sobre discriminación múltiple fueron hechas de manera incidental porque *la queja no provino en ese sentido*. Desde un punto de vista crítico, feminista e interseccional, el problema crucial en aquellas ofertas de empleo

es que son mujeres las requeridas para trabajos en donde hay que "verse bien", "ser jóvenes" y "alegres". Debido a la forma en que se planteó el problema en el amparo que nos ocupó, legalmente se consiguió reconocer que mujeres mayores de edad fueron excluidas, pero no que es un campo laboral sexista del que los hombres salen librados.

Sin embargo, la última tesis citada podrá ser de utilidad en casos futuros en donde el reclamo no sea la exclusión por edad sino *la indisoluble combinación de género y edad para satisfacer una demanda comercial sexista*. Es decir, una demanda realmente interseccional en el sentido de encontrarnos frente a la indisoluble desventaja de ser mujer joven en contextos laborales que buscan y se basan en la explotación comercial sexista y en la asignación de roles de género. El tema de la apariencia física añade otra dimensión y otra característica que hace falta explorar más a fondo por sus tintes potencialmente racistas, aunque esto no fue planteado como tal ni en el amparo ni en las tesis aisladas que hemos señalado. En países que fueron colonizados por Europa hay considerables resabios de imperialismo cultural y lo que se considera bello o deseable aún puede pasar por filtros racistas (Moreno, 2013).

La discriminación por edad es de por sí una de las más complicadas y, de hecho, en algunas jurisdicciones como la británica, es el único rasgo que admite discriminación directa siempre y cuando haya justificación objetiva. Si a esto le aunamos la cantidad de estereotipos que hay alrededor de la edad y en combinación con otras características protegidas, no es de sorprender que las oportunidades de las personas se vean tan claramente afectadas. Para concluir, nos parece que lo más útil es enfatizar que *el uso de estereotipos acarrea discriminación*. Temas relacionados se han abordado en otros escritos, bajo el tema de discriminación a nivel cultural y lenguaje discriminatorio (Pérez Portilla, 2013; Pérez Portilla, 2015).

La discriminación es fundamentalmente de carácter ideológico, está basada en prejuicios y estereotipos fuertemente arraigados en la cultura (Pérez Portilla, 2006: 687-723; Pérez Portilla, 2016: 81-112). Por ello,

revisar estos temas es fundamental para entender el derecho en contexto. Es recomendable ahondar en el significado de los estereotipos dentro del derecho antidiscriminatorio y recordar, una vez más, que identificar discriminación interseccional debe llevar no sólo a resarcir los daños individuales sino a la prevención. No basta reconocer que algo desgraciadamente ocurre en la sociedad, sino que es menester prevenirlo. Así, por ejemplo, si ya sabemos que a las mujeres jóvenes se les estereotipa y se les utiliza como objetos sexuales, entonces debe haber acciones encaminadas a refutar estereotipos y a ampliar las oportunidades de mujeres jóvenes y de personas mayores en el terreno laboral. Esto puede facilitarse a través del derecho si se deja claro que tal objetivación sexual de las mujeres y la exclusión de personas mayores constituye discriminación, ya sea directa, indirecta o interseccional dependiendo de las circunstancias.

En el caso que nos ocupó, dados los intereses de los recurrentes, más que una discriminación interseccional como la planteada por Crenshaw en el caso DeGraffenreid, estuvimos en presencia de un problema de discriminación por edad. Sin embargo, quedó claro que también estuvimos en presencia de unas ofertas de trabajo basadas en estereotipos, con fines potencialmente no legítimos y que negaron a muchas personas la posibilidad de aplicar. Claramente excluyeron a hombres en general y a mujeres de mayor edad a la estereotípica para el área de "relaciones públicas". A esto se aunó el requisito de la apariencia física, el cual es difícil de justificar objetivamente y, además, puede encerrar tintes racistas. La raza u origen étnico es uno de los rasgos vedados o categorías sospechosas más insidiosas y reconocidas internacionalmente. Sin embargo, el racismo sigue presente en nuestro país y su combate es una tarea constante.

7. Reflexiones finales.

Un concepto y un método

Kimberlé Crenshaw ha sido muy influyente y persuasiva al aclarar que un problema que no tiene nombre es un problema que es fácil de ignorar. Un problema que no embona dentro de los "marcos teóricos" que tenemos

o que no está contemplado en la legislación es un problema al que se le niega solución. El primer paso para resolver un problema es reconocerlo, darle nombre y crear las herramientas legales y de política pública para resolverlo.

El proceso de creación del concepto de interseccionalidad, la historia de Ema DeGraffenreid, nos recuerda cuáles son las fuentes reales, fidedignas y necesarias para el derecho antidiscriminatorio: *la experiencia real de las personas*. El derecho no puede estar hecho por legisladores aisladamente, tiene que estar fundamentalmente basado y responder a demandas reales de grupos que experimentan el daño en carne propia. De otra forma, el derecho es como "papel mojado". La historia de los derechos de igualdad es una historia de movimientos sociales que visibilizan las experiencias de grupos a los que se les ha impuesto una o varias desventajas y son estos grupos los que con su experiencia esbozan/deben esbozar las leyes.

Al entendimiento de este concepto y a su identificación en casos reales, deben seguir las políticas públicas de prevención. La discriminación se ve en los hechos, en los números, en los patrones, por eso es discriminación y no casos aislados de cosas que salen mal. Es un problema sistemático, de esquemas. Así, por ejemplo, si hemos entendido que hay discriminación en contra de mujeres mayores de 50 años en los medios de comunicación debido a la intersección indivisible de su sexo y edad, sabemos que tenemos que indagar sobre las causas y cambiar los patrones culturales que promueven dicha exclusión. Esto puede ser a través de diversas formas, desde campañas de concienciación, hasta acciones positivas y cuotas u objetivos. Asimismo, una vez reconocido el problema y hecho público, le será más difícil a los empleadores discriminar impunemente.

La interseccionalidad es un concepto que hace referencia a la discriminación de tipo estructural, que reconoce contexto y fuera de él simplemente no se entiende. De hecho, la CIDH parece entender el concepto

de discriminación múltiple, interseccional y estructural como sinónimos o partes de un mismo problema. Esto parece atinado ya que las desventajas impuestas, por ejemplo, sobre las mujeres afroamericanas en Estados Unidos (caso DeGraffenreid), obedece a procesos históricos, políticos, económicos, sociales y culturales que causan y determinan la posición que estas mujeres tienen en espacios laborales, de salud, educación, de representación y sub-representación mediática, etcétera.

No existe hasta la fecha un test claro que ayude a identificar la discriminación interseccional o la selección de los comparadores. Hay literatura abundante. Sin embargo, quizá lo que debe rescatarse es el *procedimiento* que le dio origen al concepto, porque podría ser el método más que un test predeterminado lo que hace falta aprender. El procedimiento o método que siguió Crenshaw tampoco es algo nuevo, de hecho, es muy parecido a uno de los métodos feministas por excelencia: *consciousness raising* (MacKinnon, 1989: 83-105). Siguiendo este método fue que Catherine MacKinnon creó en efecto el concepto del acoso sexual (MacKinnon, 1979).

A grandes rasgos, *consciousness raising* (concienciación) como método, involucró escuchar las historias, experiencias, sentimientos, enojos, esperanzas, planes, estrategias, y más, de mujeres en espacios seguros, de sólo mujeres. Estos eran espacios de amistad, laborales, en comunidades, entre otros. Las mujeres simplemente conviviendo se contaban lo que les pasaba, eran referentes unas de otras, se validaban y reconocían experiencias comunes. Se daban cuenta, en muchas ocasiones, por primera vez, de que cosas que creían que sólo les pasaban a ellas, en realidad, les pasaban a muchas. De espacios como estos surgió el concepto del acoso sexual en el trabajo. En espacios de concienciación lo "personal se vuelve político" cuando las mujeres se dan cuenta de que el trato que recibieron, ya sea la falta de respeto, el manoseo, la amenaza, la exigencia de un acto sexual, la represalia, etc., no fue su culpa, no fue la ropa que llevaban, ni su comportamiento, ni el lugar en donde estaban. El problema era que ser mujeres las ponía en desventaja, que no tenían poder, que el lugar

de trabajo era hostil y que se les veía como objetos sexuales con total impunidad. El movimiento #MeToo en buena medida siguió también este método.

Una vez que MacKinnon apreció esta problemática, luchó por que se reconociera el acoso sexual como una forma de discriminación basada en el sexo, como un problema de abuso de poder particularmente claro en el empleo, en donde el acoso sexual era ampliamente considerado como simplemente una condición de trabajo. MacKinnon y otras defensoras feministas desarrollaron sus argumentos teóricos en el caso *Meritor Savings Bank v Vinson* 477 U.S. 57 (1986) y la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció que el acoso también era una forma de discriminación.

Así, los grupos de concienciación crearon espacios de reflexión, de ayuda mutua, de furia, pero también de esperanza. Fueron espacios que propiciaron teoría y esa teoría se convirtió en derecho. El método es pues "concienciación" y, traducido al derecho, significa tomar como indispensable, razón de ser y punto de partida, la apreciación de la realidad tal cual la viven las personas afectadas. Es tener como obligación ineludible apreciar el contexto histórico, económico, político y social, para entonces determinar cuándo hay discriminación interseccional y cómo puede prevenirse. En alguna medida, esto es, en parte, lo que se persigue o debe perseguirse al "juzgar con perspectiva de género". Es abordar la comparación en casos de interseccionalidad con un enfoque contextual (Atrey, 2018).

Se mencionó al principio que el concepto de interseccionalidad es crítico. Baste ahora enfatizar que esto no carece de rigor, por el contrario, es una forma innovadora de pensar y resolver problemas. Es un enfoque indispensable para romper estructuras y procedimientos que han sido normalizados. Traduciendo las ideas de Young (1990: 5-6).

La teoría crítica supone que los ideales normativos utilizados para criticar una sociedad están arraigados en la experiencia y la reflexión sobre esa misma sociedad, y que las normas no pueden

provenir de ningún otro lugar... La reflexión normativa surge al escuchar un llanto de sufrimiento o angustia, o al sentirse angustiada una misma. El filósofo(a) siempre está situada socialmente, y si en la sociedad hay opresiones, ella las refuerza o lucha contra ellas. Con interés emancipador, el filósofo(a) aprehende las circunstancias sociales dadas no solo en la contemplación, sino con pasión: lo dado (lo que es) se experimenta en relación con el deseo (lo que no hay). El deseo, el deseo de ser feliz, crea la distancia; y esa negación, esa falta, es la que abre el espacio para la crítica de lo que es. Esta distancia crítica no se produce sobre la base de algunas ideas preconcebidas de lo que es bueno o justo. Por el contrario, las ideas de lo justo y lo bueno surgen del deseo de lo negado y de lo que hacemos para cambiar lo que se presenta como dado.

Técnicamente, la utilidad más práctica y evidente del concepto de interseccionalidad es reconocer que creer que la discriminación en los hechos sólo ocurre por un motivo de manera aislada no es siempre correcto. La discriminación en silos es más fácil de abordar para los jueces y legisladores, pero no es real. La discriminación y el acoso a las lesbianas no es igual al acoso que experimentan las mujeres heterosexuales o los hombres homosexuales (el tipo de insulto, la frecuencia, el prejuicio que lo origina son distintos).

La utilidad técnica del concepto es permitir que experiencias de discriminación sistemática y multidimensional (Pérez Portilla, 2006: 687-723) se entiendan realmente, se aborden y se prevengan.

Uno de los ejemplos menos discutibles de discriminación interseccional es en razón de edad y sexo. Indiscutible en los medios de comunicación quizá a nivel mundial, en donde los hombres permanecen hasta pasados los 80 años, pero las mujeres salen del aire antes de los 50. El sexo y la edad es para las mujeres un ejemplo claro de desventajas en cuanto al empleo, sexualidad, servicios de salud, etc. Aun cuando el sexo y la edad tienen "trato preferente", éste suele ser para mujeres de menor edad y es

en realidad para explotarlas sexualmente. La raza y el sexo son también intersecciones importantes, más claras en países donde el racismo es más reconocido y menos justificado u opacado como todavía lo es en México. Nuevamente, un vistazo a los medios de comunicación y a los números nos dejarán sin duda con respecto a las desventajas que en las cifras pueden verse en relación con el color de piel y características físicas en medios de comunicación y posiciones de poder. Nuevamente, son problemas "incómodos" para algunos, pero no hablar de ellos no los hará desaparecer, simplemente los mantendrá ocultos.

En caso de duda o cuando el concepto de interseccionalidad parezca muy técnico, baste recordar las historias de todas las mujeres y hombres que hemos esbozado. En sus historias está la teoría y el test; en escuchar historias está el método; y el éxito está en que nos importe la justicia tanto como a Crenshaw.

8. Bibliografía

AFRICAN-AMERICAN POLICY FORUM, (2021), #SAYHERNAME Campaign, disponible en: <https://www.aapf.org/sayhername> [Accesado el 30 de abril de 2021].

ATREY, S., (2018), "Comparison in intersectional discrimination" en *Legal Studies* 38, 379–395, disponible en: <https://doi.org/10.1017/lst.2017.17> [Accesado el día 11 de mayo de 2021].

BBC Bitesize, (2021), *Immigration in the modern era 1900 – present overview*, disponible en: <https://www.bbc.co.uk/bitesize/guides/z2vcnbk/revision/1> [Accesado el 11 de mayo de 2021].

CIDH, (2019), *Cuadernillo de jurisprudencia no. 14: Igualdad y no discriminación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo_14.pdf [Accesado el día 11 de mayo de 2021].

- CRENSHAW, K., (1989), "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics" en *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989: Iss. 1, artículo 8, disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf> [Accesado el día 11 de mayo de 2021].
- CRENSHAW, K. *et al.*, (1995), *Critical Race Theory: The Key Writings That Formed the Movement*, New Your, New Press.
- CRENSHAW, K., (2016), "The urgency of intersectionality", conferencia dictada para *TEDWomen*, octubre de 2016, disponible en: https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality [Accesado el 3 de mayo de 2021].
- CRENSHAW, K., (2018), "What is intersectionality?", entrevista para la *National Association of Independent Schools*, 22 de junio de 2018, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ViDtnfQ9F-Hc> [Accesado el 3 de mayo de 2021].
- EHRC, (2016), *Advertising. Making an enquiry about a discriminatory advert*, Equality and Human Rights Commission, disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/en/publication-download/making-enquiry-about-discriminatory-advert> [Accesado el 11 de mayo de 2021].
- EHRC, (2021), *How to report a discriminatory advert*, Equality and Human Rights Commission, disponible en: <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/how-report-discriminatory-advert> [Accesado el 28 de marzo de 2021].
- ECHR, (2020), *Guide on article 14 of the European Convention on Human Rights and on article 1 of the Protocol No. 12 to the Convention. Prohibition of discrimination*, European Court of Human Rights, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf [Accesado el 11 de mayo de 2021].

- HEPPLE, B., (2010), "New single Equality Act in Britan", en *The Equal Rights Review*, vol. 5, disponible en: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/bob%20hepple.pdf> [Accesado del 11 de mayo de 2021].
- JABARDO, M., (2012), *Feminismos negros. Una antología*, Madrid, Traficantes de sueños, disponible en: <https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/Feminismos%20negros-TdS.pdf> [Accesado el 11 de mayo de 2021].
- MACKINNON, C., (1979), *Sexual harassment of working women: a case of sex discrimination*, New Heaven, Yale University Press.
- MACKINNON, C., (1989), *Towards a feminist theory of the state*, Boston, Harvard University Press, pp. 83-105.
- MARTINSON, J., (2014), "Journalist Olenka Frenkiel says BBC sexism and ageism still an issue", en *Guardian*, 7 de noviembre, disponible www.theguardian.com/media/2014/nov/07/bbc-journalist-olenka-frenkiel-reject-gagging-clause (Accesado e 3 de mayo de 2021).
- MORENO FIGUEROA, M., (2013), "Displaced looks: the lived experience of beauty and racism in Mexico", en *Feminist Theory* 14(2), pp. 137-151.
- OIT, (2012), *El hostigamiento o acoso sexual. Género, salud y seguridad en el trabajo. Hoja informativa, no. 4*, Organización Internacional del Trabajo, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf [Accesado el 5 de mayo de 2021].
- PÉREZ PORTILLA, K., (2006), "Discriminación estructural, cultural, institucional y personal. Un análisis de la producción y reproducción de la discriminación", en CARBONELL, M. y VALADÉS, D., (eds),

El Estado Constitucional Contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Vol I, México, IJ-UNAM, pp. 687-723, disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/26899> [Accesado el 11 de mayo de 2021].

PÉREZ PORTILLA, K., (2006), *Principio de igualdad. Alcances y Perspectivas*, Nota a la segunda edición, México, Porrúa-UNAM.

PÉREZ PORTILLA, K., (2010), "Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja", en ARRIAGA, Carol y CARPIZO, Jorge (eds.), *Tributo al Dr. Emilio O. Rabasa*, México, IJ-UNAM, pp. 655-674.

PÉREZ PORTILLA, K., (2013) *Aspectos culturales de la discriminación a la luz de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_AspectosCulturalesDiscriminacionLaReimpr.pdf [Accesado el 11 de mayo de 2021].

PÉREZ PORTILLA, K., (2015), *¿Solo palabras? El discurso de odio y las expresiones discriminatorias en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, fascículo 10, disponible en: http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH10.pdf [Accesado el 11 de mayo de 2021].

PÉREZ PORTILLA, K. (2016), *Redressing Everyday Discrimination. The Weakness and Potential of Anti-Discrimination Law*, London, Routledge GlassHouse (paperback, October 2017).

PÉREZ PORTILLA, K., (2018), "Challenging media (mis)representation. An exploration of available models" en *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, Vol. 7, No. 2, 2018, disponible en: <https://www.crimejusticejournal.com/article/view/902> [Accesado el 11 de mayo de 2021].

PÉREZ PORTILLA K., (2020), "Responding to systemic discrimination using an intersectional approach: ideas to meet the disparate impacts of Covid-19" en *Centre for Economic Justice Caledonian BlogSpot*, 11 de Junio del 2020, disponible en: <https://www.caledonianblogs.net/wise/2020/06/11/> [Accesado el 30 de marzo de 2021].

SHEBER, V., (2017), "Feminism 101: What are the waves of feminism?" en *FEM News magazine*, 16 de diciembre de 2017, disponible en: <https://femmagazine.com/feminism-101-what-are-the-waves-of-feminism/> [Accesado el 11 de mayo de 2021].

VILLARROEL PEÑA, Y. U., (2018), "Feminismos descoloniales latinoamericanos: geopolítica, resistencia y Relaciones Internacionales" en *Relaciones Internacionales*, (39), 103-119, disponible en: <https://doi.org/10.15366/relacionesinternacionales2018.39.006> [Accesado el 11 de mayo de 2021].

YOUNG, I. M., (1990), *Justice and the Politics of Difference*, New Jersey, Princeton University Press.

CAPÍTULO 6

Discriminación en el ámbito público y las relaciones entre particulares

Pilar Betrián Cerdán*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá. Investigadora colaboradora en IELAT (Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos Universidad de Alcalá).

SUMARIO. I. La eficacia directa de los derechos fundamentales. 1. Implicaciones procesales del análisis de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. 2. Contenido esencial del análisis de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. II. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares: su eficacia horizontal. III. La discriminación entre particulares a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Análisis crítico de los casos ADR 992/2014, ADR 480/2016 y ADR 4865/2018. IV. Consideraciones finales e interrogantes planteados. 5. Bibliografía.

El impacto de los derechos fundamentales tanto en las relaciones públicas como privadas ha sido una cuestión prolijamente analizada por la doctrina y aplicada por los órganos jurisdiccionales. Si bien, en un comienzo, éstos estaban previstos como límite a los poderes públicos, sus efectos han ido permeando paulatinamente hacia todos los ámbitos de la sociedad, de modo que se ha llegado a reconocer su eficacia en las relaciones jurídico-privadas (lo que se ha denominado efecto horizontal). Esta aplicabilidad ha sido también referida respecto del principio de igualdad y no discriminación, que estudiaremos en estas páginas, además del comentario de tres amparos directos en revisión resueltos por la Suprema Corte en los que llevan a cabo la ponderación entre derechos en este ámbito privado.

I. La eficacia directa de los derechos fundamentales

Antes de poder entrar en cuestiones más detalladas sobre la eficacia que tiene el principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre

particulares y su diferencia respecto a las implicaciones que tiene para las actuaciones de las autoridades públicas, hemos de hacer una aproximación previa a cuál es la eficacia que tienen, en general, los derechos fundamentales.

La razón principal de existencia de estos derechos fue el servir de garantía y limitación al poder, a las actuaciones abusivas y arbitrarias del poder público frente a los particulares. Es lo que se conoce como la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales. Es importante destacar que la obligación de los poderes públicos no sólo se limita a no violar estos derechos, sino también a la garantía de que éstos se protegen de modo que los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción puedan gozar de ellos plenamente, lo que los hace responsables de las violaciones que éstos sufran en caso de no haber demostrado la diligencia debida en su protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) declararía así en su primera sentencia en la que se planteó esta cuestión que:

[...] en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por

falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.¹

Por su parte, en el caso del ámbito regional europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a excepción de un par de ocasiones en los que las circunstancias de los hechos impactaron en los argumentos esgrimidos en la resolución,² en casos en los que ha identificado la responsabilidad estatal por vulneraciones llevadas a cabo por particulares a los derechos previstos en el Convenio (CEDH),³ ha optado por justificarla con base en las obligaciones positivas: "el Estado no sólo debe abstenerse de tales interferencias [injerencias arbitrarias de los poderes públicos al artículo 8 relativo a la vida familiar], sino que, junto a tal obligación de carácter negativo, existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica".⁴

¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 29 de julio de 1988, Serie C, n° 7, párrafo 172, página 36. En este primer caso, la postura mantenida por la Corte IDH toma como referencia la doctrina de la *state action*. Paulatinamente, en posteriores resoluciones, irá diluyendo esta aproximación para acercar (y terminar consolidando) su postura en torno al *Drittwirkung* (Mijangos, 2007).

La *state action* fue una construcción estadounidense que, en aras de la máxima defensa de la autonomía individual, entendía que los derechos constitucionales sólo establecían limitaciones a la actuación del Estado. Aunque es cierto que esta posición tan restrictiva fue matizándose ya desde mediados del siglo XX, de modo que la propia Corte Suprema ha ido ampliando estos límites de las garantías constitucionales (Bilbao Ubillos, 2017: 57). Para más información acerca de este tema, *vid.* (Bilbao Ubillos, 1997).

Por su parte, y de un modo muy simplificado, el *Drittwirkung* es una doctrina de origen alemán que aboga por la eficacia horizontal de los derechos humanos, reconociendo así su incidencia en las relaciones entre particulares. Para un análisis más profundo, *vid.* Borowski, 2020.

² Nos referimos al caso *Young, James y Webster vs. UK* (STEDH de 13 de agosto de 1981). En este caso se responsabilizó a las autoridades al existir una legislación que permitía que los particulares vulnerasen derechos fundamentales; y al caso *Costello-Roberts*, también contra Reino Unido, en el que la base argumentativa fue referida a la responsabilidad estatal en el ámbito de la garantía del derecho a la educación (STEDH de 25 de marzo de 1993, caso *Costello-Roberts vs. Reino Unido*).

³ Este enfoque viene sin duda ligado al modo como se ha regulado el conocimiento que el Tribunal tiene de los asuntos. Así, el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), prevé que los particulares presenten demandas individuales acerca de una violación cometida por los Estados que se hayan adherido al Convenio o sus Protocolos, por ello se exige que se hayan agotado las vías internas de recurso (artículo 35). Es de suponer que el conocimiento de una violación de derechos fundamentales en el seno de relaciones particulares se estudiará de modo indirecto, asunto al que volveremos a hacer referencia en las presentes páginas.

⁴ STEDH de 13 de junio de 1979, *Caso Marchx* [TEDH-25], párrafo 31; STEDH caso de 9 de octubre de 1979, *caso Airey vs. Irlanda*, párrafo 32, o STEDH de 26 de marzo de 1985, *caso X e Y c. Países Bajos*, párrafo 23, entre otros.

Con esta postura, el Tribunal más que meterse en la cuestión de si los derechos protegidos por el Convenio tienen una eficacia directa exigible en las relaciones entre particulares se centra en analizar hasta donde han de llegar las obligaciones de los Estados a la hora de proteger estos derechos. De este modo, no llega a pronunciarse sobre si en el ámbito privado se está *obligado* por ellos, sino que reconoce que están *protegidos* a través de estas obligaciones positivas que les son impuestas a las autoridades públicas; obligaciones de las que no hay una teoría muy desarrollada, sino que dependerá de las características concretas de cada caso el análisis que el Tribunal haga de ellas (atenderá principalmente al contenido y alcance de los derechos implicados, su pertinencia y proporcionalidad según las circunstancias –sin olvidar el margen de apreciación con el que cuentan los Estados también en esta materia–).⁵

Dejando a un lado la implicación de los poderes públicos en el respeto y garantía de los derechos humanos, la siguiente cuestión que se nos plantea es si también se activa su eficacia en las relaciones jurídico-privadas, teniendo en cuenta que éstas se rigen principalmente con base en acuerdos entre partes, fundamentados en su libre autonomía. Es lo que la doctrina ha denominado la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales.

Desde una perspectiva constitucional, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales plantea algunos puntos interesantes a analizar. Díez Picazo los centra en concreto en dos: de un lado, en lo relativo a aspectos

⁵ Por ejemplo, en el caso *Botta vs. Italia*, declararí: "[en] el presente caso, el solicitante se quejó en esencia no de acción sino de falta de acción por parte del Estado. Si bien el objeto esencial del artículo 8 es proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de dicha injerencia: además de este compromiso negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí (...). Sin embargo, el concepto de respeto no está definido con precisión. Para determinar si existen tales obligaciones, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre el interés general y los intereses de la persona, mientras que el Estado tiene, en todo caso, un margen de apreciación." STEDH de 24 de febrero de 1998, caso *Botta vs. Italia*, párrafo 33.

procesales (esto es, respecto al cauce judicial más adecuado para resolver una posible vulneración de derechos fundamentales entre particulares), y de otro, lo concerniente al contenido sustancial (si, en efecto, estas relaciones se ven afectadas por ellos) (Díez Picazo, 2013: 141).

1. Implicaciones procesales del análisis de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas

Como señala el referido autor, la primera de ellas en realidad estaría más dirigida a incardinar esta cuestión a la propia naturaleza del recurso de amparo. Dicho de otro modo, en qué medida el reconocimiento de una real eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares depende (o no) de que las violaciones que puedan acontecer puedan ser impugnadas directamente ante las Cortes Supremas o constitucionales por parte de los particulares (algo que, en verdad, dependerá de cómo se haya regulado en cada tradición jurídica).

En el caso mexicano, esta cuestión presentó un avance con la Ley de Amparo de 2013.⁶ En su artículo primero reconoce que "el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley". De este modo, los particulares también pueden convertirse en obligados procesales ante la vulneración de un derecho fundamental. Sin embargo, como indica el texto transcrito, tal protección presenta limitaciones en la propia norma, que las encontramos en su artículo 5º, al referirse a las partes en el juicio de amparo:

Son partes en el juicio de amparo: I. **El quejoso**, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos

⁶ Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, de 2 de abril de 2013.

en el artículo 1o de la presente Ley (...); II. **La autoridad responsable**, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Para los efectos de esta Ley, **los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad**, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. III. El tercero interesado (...). IV. El Ministerio Público Federal.⁷

Esta aplicación del concepto de autoridad supone en cierto sentido un avance en la protección de los derechos fundamentales desde su eficacia horizontal, respecto a lesiones que se producen por parte de poderes privados: "una solución incipiente y necesariamente parcial, dada la gran complejidad de la actuación de los poderes privados. (...) Para actualizar el concepto de autoridad para los efectos del amparo y permitir una mayor amplitud proteccionista a nuestro instrumento de justicia constitucional, se propone dar prioridad a la naturaleza propia del acto, por encima del carácter de quién lo emite. Esto permitirá abandonar criterios formalistas y cerrados para considerar como acto de autoridad para efectos del amparo, con independencia de quién lo emite, al acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria." (Zaldívar, 2003: 554).

En todo caso, incluso pese a avances tan significativos en la ampliación del sujeto pasivo procesal como es la citada en esta materia –y sin ánimo de restar importancia a esta cuestión– podemos decir que este aspecto procesal en la práctica termina siendo secundario, en la medida en que, bien otros órganos jurisdiccionales pueden llegar a conocer del caso por vía ordinaria como consecuencia del principio de supremacía constitu-

⁷ Énfasis añadido.

cional, pues "los deberes previstos en la Constitución vinculan tanto a las autoridades como a los gobernados, toda vez que tanto unos como otros pueden ser sujetos activos en la comisión del ilícito constitucional con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente".⁸ Bien porque las Cortes Constitucionales podrían llegar a entrar en su análisis por, precisamente, el carácter subsidiario de éste y la previsible existencia de una resolución jurisdiccional previa que haya incurrido en una vulneración de la tutela judicial efectiva al no haber llevado a cabo una correcta protección de los derechos vulnerados.

2. Contenido esencial del análisis de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas

Para el análisis relativo al contenido sustancial, nos apoyaremos en la doctrina emanada y en la línea argumentativa que plantea el ADR 1621/2010,⁹ *leading case* en esta materia. Para abordar este contenido, hemos de partir de la doble función que desempeñan los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico: el ya mencionado límite al poder de las autoridades (el poder de exigencia de un deber jurídico que los particulares tienen ante éstas: derechos públicos subjetivos) y la función como derechos insertos en el ordenamiento jurídico, por lo que también son concebidos como elementos objetivos. Esta permeabilidad es la base sobre la que se afirma la necesidad de observancia de estos derechos en las relaciones jurídico-privadas. Ahora bien, precisamente porque normalmente se encontrarán en colisión con facultades dimanantes de otros derechos fundamentales, cobra especial relevancia el estudio pormenorizado y de los detalles de cada caso, que han de llevar a

⁸ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 2/2000, de 11 de octubre de 2000, citado en SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1621/2010, de 15 de junio de 2012, página 30, párrafo 5.

⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1621/2010, de 15 de junio de 2012. A fin de no ser reiterativos en las citas, es preciso señalar que nos centraremos en la doctrina recogida en las páginas 32 y 33.

cabo de las autoridades jurisdiccionales a la hora de emitir sus resoluciones, ya que deberán argumentarlas tras la ponderación de los mismos.

Por último, no sólo el reconocimiento por parte de los textos constitucionales ofrece una protección a los derechos fundamentales en el ámbito privado. También por vía legislativa se puede extender esta aplicación, de modo que los valores en ellos contenidos tengan su reflejo en el modo en que se regulan estas relaciones privadas (aunque, en este caso, el margen de apreciación de que dispone la actividad legislativa es indudablemente mayor) (Díez Picazo, 2013: 146).

II. El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares: su eficacia horizontal

Antes de poder referirnos a los puntos clave que hay en el debate acerca del rol que juega la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares, con especial distinción respecto a lo que ocurre en el ámbito público, hemos de ofrecer —aún a riesgo de que pueda parecer manido este concepto— algunas claves sobre el contenido de la igualdad y la propia discriminación.

Siempre que hacemos una aproximación en este campo, la aseguración de una tutela efectiva de la convivencia pacífica entre una diversidad de identidades individuales es sin duda el epicentro que perseguimos resolver: la identificación de técnicas que garanticen su más alto grado de efectividad en la protección de la diferencia.

Y lo cierto es que, por ello, este principio ha estado reconocido desde las primeras Declaraciones de derechos como engranaje necesario precisamente para dotar de sentido y protección al resto de los derechos consagrados, despuntándose como un fundamento del Estado de Derecho (Dicey, 1965: 202).

Tanto es así, que llega a integrar la lista de *ius cogens*, en la medida en que se trata de una norma imperativa de Derecho internacional general al ser

"aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter".¹⁰

Es un derecho que, como vimos a la hora de explicar la eficacia de los derechos fundamentales, obliga a los Estados respecto a su obligación de garantía, entendiéndose que, aunque éste sigue siendo el principal competente para desplegar la protección necesaria dentro de su esfera de jurisdicción, tal competencia va a derivar además de una obligación internacional, con todos los mecanismos de control que esto pueda llevar aparejado.

Dependiendo del instrumento o la cultura jurídica, vamos a encontrar distintas maneras de verlo formulado. Sin embargo, el denominador común será que en ningún caso será entendida la igualdad como un sinónimo de uniformidad y lo que prohíbe en realidad es un trato discriminatorio (o lo que es lo mismo, una desigualdad de trato jurídico que no albergue una justificación o una razonabilidad objetiva).

Por ello, y al hilo de lo que indicábamos al comienzo, los Estados no sólo no pueden discriminar, sino que además no pueden tolerar que se produzcan situaciones discriminatorias. Tienen la obligación de respetar y lograr el respeto de los demás derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación, dado que de lo contrario se genera una responsabilidad en relación con la protección y ejercicio de tales derechos (Cançado Trindade 2010:57), siendo así éste su principal impacto en el ámbito público de este principio: el sometimiento de las autoridades tanto a su respeto como a su protección (observancia que, ligado a lo que comentamos en el primer apartado, también tendrá

¹⁰ Artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, sobre el derecho de los tratados (U.N. Doc A/CONF.39/27 [1969], 1155 U.N.T.S. 331. [Entrada en vigor el 27 de enero de 1980]).

que producirse en relación con aquellos casos en los que la discriminación se produzca en el seno de relaciones privadas).

Y siendo esto cierto, no podemos pasar por alto que su contenido es complejo y permite ser analizado desde otros aspectos. De un lado porque se entiende como un valor autónomo de carácter ético que, pese a constituir un engarce entre los derechos fundamentales proclamados por las declaraciones de derechos, se desmarca y por tanto desarrolla y justifica de forma autónoma y diferenciable (Villacorta Mancebo, 2006: 25), por lo que cualquier desigualdad de trato se identifica como incompatible en el orden de valores de dicha sociedad.

Este peso como valor no sólo dimana de la formulación en sí mismo sino de la obligación de los poderes públicos a promover y proporcionar una protección real y efectiva de la dimensión material de este principio. Y esta dimensión como valor nos obliga a tener en cuenta la realidad social en la que se desarrolla, de modo que se preconice la posición del individuo y de los grupos en el contexto en el que se desarrollan sus relaciones, de modo que las posibles diferenciaciones de trato estén fundamentadas y proporcionadas a tal actualidad. Esto cobra especial relevancia en el caso que nos ocupa de relaciones entre particulares porque, como veremos, en ellas pueden llegar a producirse desequilibrios respecto a la posición dominante que una de las partes puede presentar frente a la otra. En palabras de la Corte IDH, "[el principio de igualdad y no discriminación] genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares (...) ya que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico".¹¹

¹¹ Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, fundamentos 100 y 101.

De otro lado, además, encontramos otras dimensiones tradicionalmente reconocidas en él:¹² una de ellas, la entendida como la igualdad ante la ley. Desde las primeras declaraciones de derechos fundamentales, esta dimensión se concebía como una obligación, en el sentido de que todas las personas fueran tratadas a través de la formulación de las normas de un modo general. Desde un punto de vista de positivismo jurídico (y al fin y al cabo, reduciendo el alcance de su control constitucional), la igualdad ante la ley se podría simplificar en una igualdad *en la ley*: una consecuencia de la idea de cercar la posible discrecionalidad del legislador (un problema más político que jurídico); *un límite puesto al ejercicio del poder legislativo*, a fin de evitar normas creadas para un caso concreto y diseñar normas generales que no contemplen un trato desigual entre sus destinatarios (Ollero, 2004: 497). Una igualdad de eficacia vertical que asegure la censura de diferencias arbitrarias y no razonadas o razonables.

Junto a esta dimensión, el principio de igualdad se refiere a la igualdad en la aplicación de la ley. No en todas sus formulaciones clásicas se hace mención expresa, aunque en realidad trae causa directa de la propia coherencia de la anterior descrita: es difícil que la aplicación de una norma fuera coherente con el principio de igualdad si ésta no lo es previamente. Por otro lado, si la aplicación de una norma no está alineada con el principio de igualdad, éste se quebraría por su propio contenido. Si bien es cierto que esta dimensión del principio de igualdad y no discriminación parece evidente, su complejidad técnica a la hora de ser aplicado por los órganos jurisdiccionales no lo es tanto. Así, si la igualdad en la ley supondría una fiscalización de la tarea del legislador para que se garantice la obligación surgida del principio de igualdad, es el examen de la actividad jurisdiccional lo que se verá analizado en el caso de la aplicación de la ley, de modo que se examine su margen de inter-

¹² Fundamento de la igualdad, que al igual que el de la libertad, se encontraba anclado en el pensamiento liberal, en la autonomía moral y la dignidad de la persona: en el derecho a ser tratadas con la misma consideración (Berlin, 1992: 82).

pretación sin incurrir en discriminación o arbitrariedad (Martínez Tapia, 2000: 136).

¿Se ven entonces obligados los particulares a observar estas dimensiones del principio de igualdad o están dirigidas en exclusiva para las autoridades públicas? Todo parece apuntar a que estos dos aspectos se conectan sin duda con la eficacia vertical del principio de igualdad y por tanto entran en la esfera exclusiva de los poderes públicos. Sin embargo, es cierto que los límites de lo público y lo privado se han comenzado a diluir y nos podemos encontrar alguna excepción a esta afirmación. Estamos pensando en concreto, como apunta Díaz Revorio, en lo relativo a los convenios colectivos ya que, si bien éstos derivan de una negociación entre particulares y no del desarrollo legislativo público, su aplicación una vez negociado se extiende a los trabajadores de ese sector que se adhieran a él, aceptando (o no) su aplicación, pero ya en su conjunto y sin que se prevea la posibilidad de modificaciones particulares. Podemos entender entonces que su contenido adquiere una eficacia de carácter normativa y por ello una manifestación de la autonomía de los particulares que no puede quedar al margen de las exigencias de este principio de igualdad y no discriminación (Díaz Revorio, 2015: 68).

Dejando a un lado esto, el principio de igualdad encierra en sí mismo la prohibición de un trato discriminatorio, en las dos direcciones: tanto a no discriminar como a no ser discriminado. Y será el aspecto de este principio, más que las anteriores comentadas, el que sí va a tener una incidencia directa en las relaciones entre los particulares. Tal y como destaca el ADR 992/2014 (y que tendremos ocasión de comentar más adelante), pese al efecto horizontal también de este derecho explicado al comienzo de estas páginas, en las relaciones entre los particulares puede existir un área que quede al margen de la incidencia de la discriminación, en la medida en que la libertad individual puede llegar a capacitar a establecer algunas excepciones (se ven sobre todo en el ámbito asociativo o contractual). En palabras de la propia Corte: "cuanto más cercana es una relación interpersonal, más limitada debe ser la interferencia en

la autonomía individual. Por el contrario, cuanto más nos alejamos de esa esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad".¹³

En el ámbito entre particulares en relación con el principio de no discriminación, varios pueden ser los derechos contra los que colisione, aunque en la medida que es la base de las relaciones jurídicas privadas, en esencia será el principio de autonomía de la voluntad (y manifestaciones derivadas de ésta, como por ejemplo la libertad de empresa o la libertad de contratación).

La Suprema Corte se refería a esto diciendo:

En materia contractual civil, la autonomía de la voluntad encuentra un ámbito de especial protección, lo cual implica que existe una mayor resistencia de la misma frente a la injerencia del Estado en la regulación de las relaciones jurídicas que se desarrollan en su seno. [...] A diferencia de lo que sucede en otras ramas o materias, las normas de derecho civil presuponen la igualdad de capacidad y condiciones entre las partes contratantes para suscribir una relación jurídica y todas las consecuencias que de la misma se desprenden. Por ello, la autonomía de la voluntad en materia civil puede entenderse, en términos generales, como la libertad que tienen las personas a quienes la ley reconoce capacidad, para gestionar su propio interés y regular sus relaciones.¹⁴

[...]

Lo anterior no implica que los derechos humanos no tengan un ámbito de acción dentro de la materia contractual civil o que la

¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 992/2014, de 12 de noviembre de 2014. El énfasis original ha sido eliminado.

¹⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5234/2014, de 9 de marzo de 2016, página 40, párrafos 60 y 61.

función objetiva de los mismos no tenga incidencia en las relaciones jurídicas de esta naturaleza. Por el contrario, reconocer la eficacia horizontal de los derechos humanos en el orden jurídico mexicano supone reconocer su papel como elemento rector de todas las normas y actos que se desarrollan dentro del mismo. Sin embargo, es preciso reiterar que en la materia contractual civil, la libertad personal, expresada fundamentalmente en las libertades para contratar y de contrato —es decir, en el reconocimiento del derecho para suscribir un contrato o no, así como para regular libremente sus condiciones—, encuentra un espacio de especial protección frente a las injerencias externas a la autodeterminación individual.¹⁵

Y en la medida en que cada caso representará matices y escenarios distintos, que serán determinantes a la hora de establecer la prevalencia de uno sobre otro, no se pueden adelantar fórmulas generales para su resolución, sino que será necesario realizar una ponderación individualizada para poder determinar la primacía y posibles límites de uno sobre otro en caso de colisión. Díaz Revorio (2015: 193) destaca algunos criterios relevantes a tener en cuenta en esta ponderación, tales como las asimetrías en la relación y posición de poder que una parte puede tener, con la repercusión de que esto puede suponer en la discriminación de la otra parte; que en efecto en el momento de la contratación las voluntades hayan podido expresarse con libertad o el impacto de éste en la sociedad (un ejemplo de eso es la necesidad de tener esta consideración para las contrataciones que usen, como instrumento, el denominado contrato de masas). La Corte añade a estos elementos además el grado de incidencia sobre la dignidad de la persona discriminada¹⁶ (matiz que incardina con los casos en los que se puedan derivar tratos degradantes a personas de determinados grupos vulnerables, en muchas ocasiones como consecuencia de estereotipos sociales (Díaz Revorio, 2015: 190).

¹⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5234/2014, de 9 de marzo de 2016, página 41, párrafo 63.

¹⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 992/2014, de 12 de noviembre de 2014, página 25.

En definitiva, no podemos sino concluir en que pese al reconocimiento de la efectividad de este derecho en las relaciones entre particulares por las Cortes Constitucionales (y como aplicación horizontal de las normas de derechos fundamentales), el análisis de cada caso será obligado para determinar la eficacia o límites de la autonomía o la falta de razonabilidad o justificación de las discriminaciones realizadas. Para ilustrar este hecho, pasaremos a referirnos a tres recientes casos que la Suprema Corte ha tenido ocasión de debatir y en los que, además de reconocer tal eficacia a los derechos fundamentales en estas relaciones, se ve obligada a realizar una ponderación entre ellos para determinar, atendiendo a los detalles del caso, si se produjo o no una discriminación. En concreto, veremos el ADR 992/2014 y el ADR 480/2016, ambos desarrollados en ámbito laboral, y el ADR 4865/2018, que tuvo lugar dentro de un establecimiento privado abierto al público general (un parque de atracciones).

III. La discriminación entre particulares a la luz de la jurisprudencia de la SCJN. Análisis crítico de los casos ADR 992/2014, ADR 480/2016 y ADR 4865/2018

Como hemos destacado, en el ámbito de las relaciones laborales es donde podemos encontrar manifestaciones más claras de la colisión que el principio de no discriminación puede tener respecto a otros derechos más vinculados con la autonomía de la voluntad, como puede ser el derecho de libertad empresarial. Además, hemos de recordar que precisamente es en este sector en el que, pese a la mediación de un acuerdo entre las partes –que podría ser indicativo de una posición de equidad entre ellas–, las transformaciones sociales y económicas han conducido a una cierta desnaturalización de la autonomía individual como consecuencia de la concentración de poderes sociales y económicos que pueden derivar en que la posición de ciertos individuos o sociedades pueda ser privilegiada. De ahí que se torne especialmente necesario el análisis de las circunstancias de cada caso para determinar si existía una razonabilidad a la hora de producirse una discriminación.

El primero de los casos que veremos es el ADR 992/2014. Los hechos que se describen en la sentencia nos sitúan ante un caso en el que una empresa dedicada a la administración y gestión de negocios dentro del ámbito hostelero publicó, en varios periódicos de tirada nacional, unos anuncios referidos a un proceso de selección para cubrir un puesto de recepcionista, otro de contable y un tercero de promoción de eventos. En todos ellos se indicaba, como requisito para poder optar al puesto, que la edad de la persona que presentara su candidatura estuviera comprendida en una franja específica (ésta variaba según el puesto: entre 18 y 25 años para el primero; entre 18 y 40 años para el segundo y entre 18 y 35 años para el último).

Como consecuencia de este anuncio, la empresa recibió sendas demandas por daño moral, presentadas tanto por personas físicas como jurídicas que entendían que este requerimiento de edad era discriminatorio. El juez de primera instancia estimó que la empresa, al indicar esa horquilla de edad, sólo estaba fijando las características del perfil del puesto a cubrir y no una prohibición en sí misma, por lo que declaró que los actores no habían logrado acreditar su acción ya que sus demandas tenían una base estrictamente subjetiva. El Recurso de Apelación presentado frente a esta resolución resolvió en la misma línea. Para este órgano judicial, los quejosos tendrían que haber presentado su candidatura al proceso selectivo y haber demostrado el cumplir los demás requisitos salvo la edad para poder haberse materializado una discriminación, algo que no ocurría en este caso.

Los actores insistieron en la vulneración del principio de no discriminación como consecuencia de la distinción de edad, y presentaron una demanda de amparo directo. El amparo les fue negado, de nuevo con base en el hecho de que debía haberse probado la exclusión fáctica por motivo de edad. Frente a esta negativa, presentaron un recurso de revisión ante la SCJN. Contrariamente a las anteriores resoluciones, la Corte sí estimó que las convocatorias eran discriminatorias, revocó las sentencias precedentes y declaró nulas las convocatorias.

De esta sentencia destacaremos la interesante aproximación que ofrece a la hora de explicar la naturaleza y contenido de la prohibición de la discriminación –en este caso en relación con la edad–, en concreto por la referencia que hace de la efectividad de ésta en las relaciones entre particulares. Tras esto, analizará la formulación de las ofertas de trabajo explicadas, a fin de determinar si en efecto se produce una vulneración del principio de no discriminación, para establecer finalmente qué efectos tendrán sus conclusiones.

Como indicábamos al comienzo de estas páginas, la Corte incide en que los derechos fundamentales han dejado de ser un mero límite de la actuación de los poderes públicos para expandir su eficacia hacia las relaciones entre los particulares. Esto, de un lado, derivado por la desigualdad que entre las partes se produce al conformarse posiciones de privilegio y de otro por la función objetiva de los derechos al configurarse como elementos que informan al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y como ya habíamos comentado con anterioridad, en el caso de estas relaciones, el foco de estudio se requerirá profundizar en la colisión entre el principio de igualdad y no discriminación con el de autonomía de la voluntad. Más concretamente, en fijar los límites de ésta sin desdibujar uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustentan las bases del derecho privado.

En el caso que nos ocupa, para poder determinar si existe o no una vulneración del principio de no discriminación, se ha de llevar a cabo una ponderación acerca de si se trata de un objetivo legítimo y proporcionado de la libertad de contratación el establecer una diferencia de trato con base en la edad: al poder tratarse de un requisito profesional esencial para desempeñar óptimamente las tareas intrínsecas al puesto de trabajo que se trata de cubrir, tendrá que estudiarse una por una para ver qué factor juega en la pertinencia de cada uno de ellos. Se llega a la conclusión de que ninguna de las cualidades que se exigen a los trabajadores para llevar a cabo correctamente las funciones requeridas en este caso

tienen una conexión directa con la edad, por lo que no existe una razonabilidad de que se requiera una distinción en la convocatoria.

Sin ánimo de entrar en el debate sobre la discriminación por edad, no podemos dejar pasar la oportunidad de destacar la singularidad de ésta como causa de discriminación, ya que su tratamiento ha invitado a prever ciertas excepciones que permiten eludir la aplicación del principio justificando un trato desigual que casi configura un régimen particular de estas situaciones. En el campo normativo, encontramos medidas que contemplan la edad como requisito de excepciones, en relación con la seguridad pública, la salud pública o, precisamente, dentro del campo de las relaciones entre particulares como es el caso del ámbito laboral, aunque sigue siendo un motivo que abarca demasiados estereotipos y generalizaciones acerca precisamente de las capacidades de cada persona, ya que intenta simplificarlas a través de una cifra cronológica cuando en realidad tiene más que ver con cuestiones biológicas individuales (Requena, 2013: 5 y ss). En todas ellas, un análisis casuístico como se lleva a cabo en la sentencia comentada será imprescindible para determinar la razonabilidad de tal excepción.

El segundo de los casos, que también se desarrolla en el ámbito laboral, es el ADR 4865/2018.¹⁷ Los hechos se basan en el despido de un trabajador, en su primer día en la empresa, al serle advertido, por parte de la dirección, en la parte posterior de su oreja, el tatuaje de una cruz esvástica. Previo al despido, se le preguntó si podría borrarlo o taparlo, pero él se negó ya que, durante el proceso selectivo presencial, el tatuaje era visible y pese a ello habían decidido contratarle. Ante tal negativa, se le despidió con la percepción del correspondiente finiquito. La explicación que recibió fue que el director, que era judío, no permitía este tipo de símbolos en sus empleados. Según comentó la propia empresa, las per-

¹⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, de 30 de octubre de 2019.

sonas judías que trabajaban allí se mostraron amenazados al ver este tatuaje al representar una postura antisemita.

Frente a este despido, presentó una demanda, con base en el argumento de haber sido discriminado a no poder realizar una actividad laboral por portar el citado tatuaje: el Juez condenó a la empresa a indemnizarle al actor por daño moral y a ofrecerle una disculpa pública en un periódico de tirada nacional. Contra esta decisión, la sociedad presentó recurso de apelación, que determinaría la revocación de la sentencia previa mencionada, ya que entendió que el despido constituyó un trato diferenciado justificado, puesto que el tatuaje significaba de manera notoria una representación de un acto de violencia racista conforme a la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal, y por tanto prohibido al ser mostrado en un espacio donde también trabajaban judíos. Con posterioridad, al trabajador, nuevamente, se le fue reconocida la vulneración de su derecho de igualdad y no discriminación cuando solicitó amparo directo ya que no se le había preguntado expresamente por su posición antisemita. Sin embargo, y por último, se presentaría por parte de la empresa un recurso de revisión ante la Suprema Corte, quien, si bien reconoce que el hecho de llevar un tatuaje no debe ser un motivo por el que ser discriminado dentro del contexto laboral, las circunstancias específicas del caso le llevan a determinar que el despido fue una medida válida, proporcional y razonable y que no constituyó un acto discriminatorio.

Al igual que en los casos anteriores, esta sentencia plantea desde el principio de su argumentación la relevancia de destacar los elementos y circunstancias específicas de este caso, y en el análisis de la colisión de los derechos de igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión respecto del uso de tatuajes, puestos en relación con el significado de expresión de odio racial que tradicionalmente ha traído aparejado el símbolo específico (párrafo 46), todo ello sin olvidar que el marco en el que se desarrolla es una relación jurídico privada, en concreto una relación laboral con un objetivo comercial

pero sin contacto directo con el público, aunque sí en un centro de trabajo en el que trabajaban empleados autoidentificados como judíos.

Al entrar en el análisis del principio de igualdad y no discriminación, y tras reafirmar la incompatibilidad del ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Constitución con un trato discriminatorio, cuya diferenciación sea injustificada e irrazonable, declara la directa eficacia que este derecho tiene en las relaciones entre particulares (párrafo 59), derivado de un lado, y como ya se previó en sentencias anteriores, de la doble cualidad de los derechos fundamentales, principalmente derivada de los elementos objetivos de éstos que informan y por ello permean en todo el ordenamiento jurídico; y de otro (y en el caso concreto del principio de igualdad y no discriminación, rescatando lo dicho por la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003) porque éste es un principio y normas de *ius cogens*, "normas perentorias que no aceptan un acto en contrario y que vinculan tanto al Estado como a los particulares".

Sin embargo, y en la medida en que se produce la colisión de otros derechos fundamentales, pasa a analizar el contenido de cada uno de ellos (y la conexión que entre ellos guardan) a fin de poder realizar una ponderación de los mismos. En concreto, llega a la conclusión de que el hecho de portar tatuajes supone una materialización del derecho del libre desarrollo de la personalidad ligado al de la libertad de expresión individual que, vinculado con la prohibición de discriminación, determina que, por regla general, "patrones y compañeros de trabajo están conminados a respetar la libre decisión y la libre expresión de la persona en cuanto a su apariencia corporal y no interferir en ese ejercicio, menos condicionar el derecho fundamental al trabajo, negando el acceso al mismo por la portación de tatuajes" (párrafo 88). Es interesante así la primacía de la libertad de expresión del individuo que esta redacción parece ofrecer al uso de los tatuajes en un ámbito laboral.

Con todo, y aterrizando esto a las especiales circunstancias del caso, tal libertad de expresión encuentra límites, en este asunto, en el mismo principio de no discriminación desde la perspectiva de que ese discurso sea de odio e incite precisamente a la discriminación de un grupo, discurso que puede ser concretado a través de cualquier tipo de mensaje o forma de expresión, incluyendo un símbolo, en este caso que carecería de protección constitucional. Y llega a la conclusión de que portar un tatuaje con un símbolo puede entrañar un acto de comunicación en sí mismo. En el caso concreto, el portar un símbolo que presume la adhesión a unas ideas antisemitas y exhibido en un contexto laboral en el que desempeñan su trabajo personas de religión judía, lleva a concluir tras su análisis de ponderación que las medidas que se observaron desde la dirección de la empresa fueron proporcionales y válidas y que no debieron proceder a una indemnización civil en este caso.

Los hechos de este caso en concreto nos pueden llevar a pensar en la controversia y en el choque de derechos fundamentales que se producen dentro del ámbito laboral en materia de vestimenta o de uso de símbolos religiosos en el trabajo.

Por lo general, la base de la controversia en materia de vestimenta del trabajador radica en el derecho del empleador a fijar la imagen de su centro de trabajo, que en muchas ocasiones opta por la uniformidad, frente a la libertad de expresión o la libertad religiosa de los trabajadores y el derecho que a éstos asiste de manifestarla a través, entre otras cosas, de símbolos religiosos,¹⁸ y en qué manera este choque puede entenderse como un ataque al principio de no discriminación.

En el ámbito del derecho comparado, en concreto en el contexto regional europeo, un referente paradigmático lo encontramos en el conocido caso *Eweida*.¹⁹ En realidad, en la sentencia se acumulan cuatro casos

¹⁸ Para más ahondamiento en esta cuestión, revisar CÁMARA BOTIA, 2013.

¹⁹ STEDH de 15 enero de 2013, caso *Eweida y otros vs. Reino Unido*.

diferentes (presentados por Nadia Eweida, Shirley Chaplin, Lillian Ladele y el señor Gary McFarlane), al considerar que todos ellos giran en torno de la vulneración del artículo 9 de la CEDH (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y el artículo 14 de la CEDH (Prohibición de discriminación). No los cuatro abordan el uso de símbolos religiosos, por lo que nos centraremos en los hechos presentados por Eweida y Chaplin.

En el primero de ellos, Nadia Eweida era miembro de la plantilla de British Airways Plc, una empresa privada. La señora Eweida estaba empleada por una empresa privada, British Airways, tras varios años de trabajo en la compañía y con el cambio de uniformes, fue enviada de vuelta a su casa debido a su negativa a ocultar su cruz, incumpliendo el código del uniforme de la empresa.

La guía establecida por la compañía en materia de accesorios femeninos era detallada en relación con el uso ostensible de símbolos religiosos:

[c]ualquier accesorio o prenda de vestir que el empleado, por motivos religiosos, esté obligado a llevar, debe en todo momento estar cubierto por el uniforme. Si, no obstante, esto es imposible dada la naturaleza del objeto y la forma en que debe ser usado, entonces se requerirá la aprobación a través de la jefatura local en cuanto a la idoneidad del diseño para garantizar el cumplimiento de las normas del uniforme, a menos que dicha aprobación ya figure en la guía del uniforme. Nota: no se aceptan otros objetos para ser usados con el uniforme. Se requerirá la retirada de cualquier objeto de joyería que no se ajuste a la normativa anterior.

Poco más de un mes después del cese de sus funciones como azafata, le ofrecieron un puesto administrativo que no requería llevar uniforme, que ella rechazó.

Al igual que en el caso del tatuaje, éste también se desarrolló en el ámbito privado, sin embargo, al no ser directamente atribuible al Estado y para poder entrar en el fondo de su análisis, el TEDH establece el marco

de estudio a si en todas las circunstancias las autoridades estatales cumplieron con su obligación positiva de conformidad con el artículo 9; en otras palabras, si el derecho de la señora Eweida a manifestar libremente su religión estaba suficientemente garantizado dentro del ordenamiento jurídico interno y si se mantuvo un justo equilibrio entre sus derechos y los de los demás.

Se parte de la base, al examinar la proporcionalidad de las medidas adoptadas por British Airways para imponer su código de uniforme, el objetivo del código es legítimo: exteriorizar una cierta imagen de la empresa y promover el reconocimiento de su marca y su personal. Asimismo considera que en todo el proceso judicial llevado a cabo por las autoridades nacionales se combinaron distintos elementos para tratar de mitigar la magnitud de la injerencia sufrida por la demandante, que deben tenerse en consideración, actuando dentro de un margen de apreciación.

Sin embargo, no cree que se alcanzara un justo equilibrio. Por un lado, estaba el deseo de la señora Eweida de manifestar sus creencias religiosas: un derecho fundamental que una sociedad democrática sana debe tolerar y sostener en pro del pluralismo y la diversidad; pero también debido al valor que tiene para un individuo que ha hecho de la religión un principio fundamental de su vida el poder comunicar esa creencia a otros. Y en el otro lado estaba el deseo de la empresa de proyectar una cierta imagen corporativa; un objetivo perseguido por ésta que califica de legítimo pero al que se le dio demasiado peso en la resolución del caso. Califica el TEDH la cruz como discreta, por lo que no deterioraba su aspecto profesional.

Introduce asimismo el elemento de la comparación, al constatarse que no había pruebas de que el uso de otras prendas de vestir religiosas, previamente autorizadas, como turbantes o hijabs, por parte de otros empleados, tuviera consecuencias negativas en la imagen o marca de British Airways.

Por todo ello, concluye que, en estas circunstancias en las que no hay ninguna prueba de invasión real de los intereses de terceros, las autoridades nacionales no protegieron de manera suficiente el derecho de la primera demandante a manifestar su religión, por lo que se vulneró la obligación positiva de conformidad con el artículo 9 (como hemos visto en las primeras páginas, el TEDH resuelve sus casos desde la perspectiva de las obligaciones positivas de los Estados en este tipo de confrontaciones de derechos que han tenido lugar en el ámbito privado).

El segundo caso abordado también se centra en una demandante que portaba una cadena con una cruz en el desempeño de sus labores como enfermera en un hospital estatal. La política de uniformes de éste permitía la joyería sencilla y en ningún caso el uso de collares para reducir el riesgo de lesiones al manipular a los pacientes. Por este motivo, se le instó a la retirada de su símbolo religioso, lo que ella considera una violación de su fe y por ende de su derecho a las manifestaciones religiosas.

En el mismo hospital dos enfermeras sijs habían sido informadas que no podían usar un brazalete o *kirpan*, mientras que dos médicas musulmanas recibieron permiso para usar un hijab ajustado, de apariencia similar a un pasamontañas.

En este segundo caso, sin embargo, el Tribunal no entiende vulneración de su derecho fundamental. El argumento empleado es que la injerencia sufrida entra de los límites previstos en el artículo 9.2 de la CEDH, puesto que la razón para solicitarle que se la quitara era la protección de la salud y seguridad en una sala de hospital y, por tanto, una razón de mayor magnitud que en el caso de Eweida. Por otra parte, se aduce que el caso se desarrollaba en un ámbito en el que las autoridades nacionales han de gozar de un amplio margen de apreciación, siendo los administradores del hospital quienes están en mejor situación para tomar decisiones sobre seguridad clínica que un tribunal.

Por último, nos referiremos a lo resuelto en la sentencia que resolvió el ADR 480/2016.²⁰ La importancia de éste es que versa sobre el impacto de este principio en un establecimiento abierto al público general –importante destacar este dato por el modo en el que se produce la contratación del servicio, no individualizada– en el que se encuentra una persona perteneciente a un grupo vulnerable. Esto nos invita a tener que profundizar en el análisis de otros factores circundantes e implicados en la resolución del caso.

Los hechos que detonan el presente caso tienen lugar en un parque de atracciones. Una persona con discapacidad (en concreto una discapacidad física consistente en carecer de extremidades superiores) trató de acceder a una montaña rusa y le fue denegado: los operarios de la atracción, pese a que ésta contaba con unos cinturones que garantizaban la sujeción al vagón, le impidieron subirse a ella alegando motivos de seguridad.

El usuario, ante esta negativa, se dirigió a hablar directamente con la directora de seguridad, que le indicó que estaban siguiendo las exigencias previstas del manual de "Procedimientos y Estándares de Operación" de esta atracción, en el que se exige que los usuarios de la misma tengan al menos una de una de sus extremidades superiores.

Tras un largo *iter* procesal, en el que el parque de atracciones fue tanto absuelto como condenado a una indemnización por daño moral, el asunto fue remitido a la Suprema Corte que confirmaría que no quedó probada suficientemente el principio de no discriminación.

Al igual que ocurra en los demás casos, y de acuerdo con lo expresado en el apartado anterior respecto a cómo estos casos resultan resueltos, el *iter* argumentativo que se sigue en esta sentencia es el análisis de la razo-

²⁰ SCJN, Primera Sala, Ampara Directo en Revisión 480/2016, de 6 de diciembre de 2017.

nabilidad de la distinción que ha tenido lugar en el caso concreto. Sin ánimo de repetir la misma doctrina ya expresada en las anteriores ya que se hace eco de ella, destacaremos los dos aspectos más distintivos a mi juicio de la misma.

De un lado se centra, para poder llevar a cabo la ponderación, en analizar el manual de seguridad que había sido aplicado en este caso y sobre el que se fundamentó la negativa a que el usuario pudiera acceder a la atracción. Estas directrices son entendidas como las condiciones de negociación de la relación jurídica que vincula a usuario y parque al tratarse de una contratación en masa (o no particularizada), y que son aceptadas tácitamente por el consumidor, aunque no tengan forma de clausulado (párrafos 120 y 121). De este modo, el análisis de la discriminación se limita y circunscribe al análisis del contenido de este manual.

La sentencia llega a la conclusión de que la medida adoptada por el manual resulta adecuada para prevenir ciertos peligros desde la entrada hasta la salida de la atracción que atenten contra la seguridad e integridad de una persona con discapacidad basada en la carencia de una extremidad, al no poderse sujetar. Entiende la Corte que no resulta de relevancia que un usuario concreto pudiera tener las destrezas personales necesarias para hacer uso de esa atracción, ya que incluir tales particularidades no serían adecuadas para que el parque de atracciones cumpliera con su obligación de velar por la integridad y seguridad de los usuarios, por lo que tal restricción es razonable y proporcionada.

Además, otro aspecto interesante de esta sentencia es que, al referirse a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, no se limita a hacerlo respecto al principio de igualdad y no discriminación, sino al modelo social que la Convención de derechos de personas con discapacidad implanta tras su promulgación. Cabe recordar que éste supuso un gran avance en la protección y la garantía de los derechos de este grupo vulnerable, de modo que el foco se centra en entender la discapacidad

como las barreras presentes en la sociedad y que impiden un pleno ejercicio de éstos. Entre ellos, como decimos, no sólo está presente el principio de igualdad y no discriminación, sino el derecho a la accesibilidad a una vida independiente, todos ellos también presentes en las relaciones entre particulares precisamente por la obligatoriedad de los instrumentos internacionales.

IV. Consideraciones finales e interrogantes planteados

Podemos concluir así que la eficacia de los derechos fundamentales, con especial atención del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares, en primer lugar, ha sido cada vez más consolidada e integrada por parte de la jurisprudencia. Y en esta integración, además se ven involucradas las autoridades públicas: tanto por su defensa en sí, como por la obligación de garantía, una implicación que no se ha visto reducida al plano jurisdiccional en el momento de resolución de conflictos, sino que también puede conllevar la participación del legislador (al poder igualmente ser incluidos en normas que rijan el ámbito privado, con lo que se logra así implicar a los particulares en su observancia).

Pero, como también hemos visto, la dificultad en este caso estriba en que, como precisamente uno de los pilares fundamentales de las propias relaciones jurídico-privadas es la libre autonomía de las partes, es complicado delimitar el área de protección a no ser discriminado (o, dicho de otro modo, a establecer los límites de ésta). No se pueden ofrecer pautas generales o abstractas para resolver estos casos, por lo que se tendrán que estudiar individualmente la razonabilidad de las medidas y la ponderación de los derechos implicados. Es por ello que las principales cuestiones que se plantean las podemos ubicar en ¿qué defensa han de asumir las autoridades, en especial las jurisdiccionales, cuando se produce una vulneración del principio de igualdad y no discriminación en las relaciones entre particulares? ¿Qué metodología han de seguir en la resolución de estos casos? ¿En qué medida la naturaleza de la especí-

fica relación jurídico-privada afecta los límites de los derechos que entran en colisión? ¿Cuáles son los límites del principio de autonomía que han de observarse en los casos en los que se produce una discriminación? ¿Qué aspecto de cada caso concreto resulta determinante analizar para determinar si una diferenciación ha sido razonable y no constitutiva de una discriminación?

V. Bibliografía

BERLIN, I., "Igualdad", en *Conceptos y Categorías. Ensayos filosóficos*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1992.

BILBAO UBILLOS, J. M., "La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 21, 2017 (Ejemplar dedicado a: Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares / Cristina Izquierdo Sans (ed. lit.). pp. 43-74.

BILBAO UBILLOS, J. M., *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de "state action" en la jurisprudencia norteamericana*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

BOROWSKI, M., "La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N.º 45, enero-abril de 2020, pp. 3-27.

CÁMARA BOTÍA, A., "La libertad de vestir del trabajador", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6/2013 parte estudio, Editorial Aranzadi, 2013, edición digital.

CANÇADO TRINDADE, A. A., "La ampliación del contenido material del *ius cogens*", en CANÇADO TRINDADE, A. A., *Reflexiones sobre los*

Tribunales Internacionales Contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la Justicia Internacional, 2010.

DÍAZ REVORIO, *La discriminación en las relaciones entre particulares*, Tirant Lo Blanch, México 2015.

DICEY, A., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10ª ed., Macmillan, 1965.

DÍEZ PICAZO, L. M., "Sobre la igualdad ante la ley", en VV.AA., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2002.

DÍEZ PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Cuarta Edición, Pamplona, Thomson Reuters, 2013.

HESSE, K., *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995.

MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 583-608.

OLLERO, A., "La igualdad ante la ley y el uso alternante del derecho", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., PÁRAMO, J. R. y PRIETO SANCHÍS, L. (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004.

STARCK, SH., "Derechos fundamentales y derecho privado", en REP nº 66, 2002.

VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

VILLACORTA MANCEBO, L., *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A., "El debate sobre el nuevo amparo mexicano. El concepto de autoridad para los efectos del amparo", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 7, 2003, pp. 539-557.

CAPÍTULO 7

Igualdad y acciones afirmativas en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Roberto Saba*

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Master y Doctor en Leyes por la Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

SUMARIO: I. Acciones afirmativas e igualdad. II. El principio de igualdad en la Constitución mexicana. III. Acciones afirmativas y medidas legislativas de compensación. IV. Fuentes consultadas.

Las acciones afirmativas, que pueden ser implementadas tanto por el Estado como por particulares, brindan un trato preferencial a aquellas personas que, como consecuencia de su pertenencia a un grupo de individuos, resultan ser víctimas de actos, omisiones y prácticas –intencionales o no– que las colocan en situación de subordinación y exclusión sistemática, estructural e histórica. En el derecho comparado, estas medidas surgen, a veces, del propio reconocimiento constitucional¹ o, en otras oportunidades, de la interpretación que del principio de igualdad previsto en la norma fundamental hacen los Poderes Legislativos² o los Tribunales. En este sentido, por ejemplo, la Suprema Corte de México

¹ Véase, por ejemplo, el artículo 75, inciso 23 de la Constitución de la República Argentina, que establece que el Congreso de la Nación tiene la facultad de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."

² Véase, por ejemplo, el artículo 15 Séptimus de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de México.

ha entendido, siguiendo el mandato legal,³ que las acciones afirmativas se pueden caracterizar como "la implementación temporal de medidas especiales para un grupo en situación vulnerable, a fin de lograr, eventualmente, la eliminación de la discriminación histórica hacia ellos en situaciones concretas, supuesto en el que, efectivamente, se debe verificar que, aun cuando se dé un trato diferenciado y preferencial para ese colectivo, la medida sea razonable y proporcional y, por ende, no se viole el principio de igualdad y no discriminación."⁴

Estas acciones, que se consideran parte del género de las políticas de trato preferente, han sido impugnadas por sus críticos por entender que contradicen el mandato constitucional o convencional de igualdad ante la ley. Desde esta perspectiva, se argumenta que las políticas de trato preferente ignorarían la noción de razonabilidad y no arbitrariedad en el trato que exige el principio de igualdad. Por su parte, aquellas voces que las han defendido desde la discusión pública, el activismo político, la legislación o las sentencias judiciales, han articulado diferentes argumentos justificatorios dirigidos a demostrar que esas políticas se sostienen con base en otros principios que deben ser ponderados, así como también a una noción de igualdad diferente que resulta compatible con ellas.⁵ La gama de teorías propuestas por los defensores de las políticas de trato preferente en general, y de las acciones afirmativas en particular, es amplia. Una de ellas las vincula con la finalidad o justificación de instituciones específicas cuyos roles requieren que las personas que las componen reflejen la diversidad de la comunidad en la que operan. Consideremos el caso, a modo ilustrativo, de los Parlamentos. Estos órganos, centrales en todo régimen democrático de gobierno, adquieren su justificación a partir de supuestos de teoría política. La concepción deliberativa de la democracia, por ejemplo, entiende que este régimen es moralmen-

³ *Ibidem*.

⁴ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

⁵ Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action & Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

te preferible a otros por ser epistémicamente superior respecto de procesos de toma de decisión en los que no participan todos aquellos que resultarán afectados por los acuerdos que se alcancen o las decisiones que se tomen. La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que forman parte del proceso deliberativo de toma de decisiones sean los mismos que resultarán alcanzados por la decisión. De este modo, el sistema garantiza que los que participen de ese proceso conozcan la mayor variedad posible de puntos de vista, la más amplia diversidad de razones públicas aplicables y la más abundante cantidad de información disponible. En las democracias modernas, esta deliberación amplia de la que participarían todos los miembros de la comunidad no es posible sino por medio de la representación política, sobre todo en los Parlamentos, por lo que éstos deben reflejar del modo más fiel posible la diversidad de individuos que forman parte del colectivo representado. A mayor diversidad dentro del Parlamento, mayores serán las probabilidades de que las decisiones que se tomen sean mejores y más elevada será la presunción de validez de esas decisiones.⁶ Veamos un ejemplo. Durante décadas, en muchos países, no se les había reconocido a las mujeres sus derechos políticos, los que les permitirían votar y postularse a cargos electivos. Más tarde, cuando lograron ese reconocimiento, una compleja combinación de factores y prácticas individuales y colectivas han conducido a que, incluso contando con el derecho a ser elegidas para representar a sus votantes en el Parlamento, no llegaran a ocupar más que un minúsculo número de bancas. La ausencia de mujeres en los Parlamentos, entonces, puede ser considerada, desde el punto de vista de la teoría democrática, como un serio déficit que socava su superioridad epistémica, una de las razones centrales por las que consideramos que el sistema democrático de gobierno es mejor que otros sistemas políticos.

⁶ Véase el capítulo 5 en Nino, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

Sin la intervención del Estado que fuerce por medio de regulaciones de cumplimiento obligatorio de la incorporación de mujeres al cuerpo legislativo, éste funcionaría imperfectamente arrojando decisiones de menor calidad y legitimidad. De este modo, desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa, podrían justificarse las políticas de trato preferente respecto de las mujeres u otros grupos sistemáticamente excluidos del ámbito legislativo, sobre la base de que en la medida que se remuevan los obstáculos que impiden que un grupo importante de la comunidad política participe del proceso parlamentario, se evitará en consecuencia el empobrecimiento de la deliberación y disminuirá el riesgo de tomar malas o peores decisiones.

Otro ejemplo de justificación de las acciones de trato preferente en función de la justificación de una institución determinada es el de los establecimientos educativos, como las escuelas, colegios o universidades. Desde la perspectiva de algunas teorías pedagógicas, podría defenderse la tesis de que el proceso educativo resulta enriquecido cuando el alumnado que asiste a las aulas refleja la misma diversidad que se encuentra presente en la comunidad.⁷ Es a partir de esas perspectivas pedagógicas que se podría abogar por políticas de trato preferente que aseguren la presencia en clase de un colectivo de alumnos y docentes ampliamente diverso. A mayor diversidad en las aulas, mejor educación. En el caso de las universidades, se ha dado otro argumento, no contradictorio con el anterior, pero diferente, según el cual estas instituciones no sólo capacitan a las personas en el ejercicio de una profesión determinada, sino que son también los canales por medio de los cuales se forman los liderazgos de una sociedad. Si determinados grupos de la comunidad no acceden a las universidades, como ha sucedido en muchos países con las mujeres hasta tiempos recientes, o con los afrodescendientes aun hoy en algunos casos, entonces los integrantes de esos colectivos se verán impedidos de

⁷ Gutmann, Amy, *Democratic Education*, New Jersey, Princeton University Press, 1987, en su capítulo 2.

contar con líderes sociales, profesionales, políticos, empresariales o culturales en los cuales puedan verse reflejados o, incluso, en quienes confiar o con quienes establecer una relación de empatía. Las acciones afirmativas tendientes a reservar un número mínimo de admisiones a individuos de esos grupos pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo por medio del cual se generan las condiciones para producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.⁸

Como lo demuestran los ejemplos de los parlamentos o de las instituciones educativas, las acciones afirmativas —y las políticas de trato preferente en general— podrían justificarse en los fines o roles que esas instituciones poseen y en las razones que justifican su propia existencia. Esta tesis, sin embargo, si bien ofrece buenas razones, aunque no excluyentes, para implementar políticas de trato preferente respecto de grupos de personas que encuentran severas dificultades para acceder a esas instituciones, no es una tesis apropiada para justificar esas mismas acciones afirmativas en ámbitos que no sean del mismo tipo que los señalados, como, por ejemplo, sucede con las relaciones de empleo.

Otra de las tesis que se han propuesto para justificar las políticas de trato preferente se relaciona con los mandatos derivados de la justicia compensatoria. Algunos grupos de personas en diversas sociedades han recibido un trato histórico por parte del resto de la comunidad que los ha colocado en forma permanente y sistémica en una situación de desventaja que caracterizamos como estructural. Ese trato es muchas veces antiguo, como sucede generalmente con los pueblos originarios, las personas cuyos ancestros han sido víctimas de un régimen de esclavitud, o aquellas que han visto sus vidas afectadas por generaciones por el predominio de un régimen de patriarcado. Esos tratos han ocasionado daños

⁸ Dworkin, Ronald, "The Court and the University", en *The New York Review of Books*, 15 de mayo, 2003. Disponible en <https://www.nybooks.com/articles/2003/05/15/the-court-and-the-university/>. Véase también Dworkin, Ronald, "The Case Against Color-Blind Admissions", en *The New York Review of Books*, 20 de diciembre de 2012. Disponible en <https://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/>.

severos y muchas veces permanentes sobre las personas afectadas, y las acciones afirmativas o las políticas de trato preferente podrían ser justificadas sobre la base de constituir una forma de compensación a los actuales miembros del grupo por aquellos daños pasados que tienen impacto sobre el presente.⁹ Las acciones afirmativas serían así un modo de devolverles a esas personas algo de lo que les fue arrebatado.

Si bien estas teorías justificatorias de las políticas de trato preferente proponen sólidos, aunque también controversiales, argumentos a su favor, existe una tesis diferente, no necesariamente contradictoria con ellas, pero basada en otras razones que puede además encontrar sustento en el derecho positivo. Esta justificación de las acciones afirmativas a la que me referiré de aquí en adelante se construye a partir del principio de igualdad que se encuentra presente en todas las constituciones de las democracias liberales y en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a los Estados que los suscriben. Esta justificación, que desarrollaré en las siguientes páginas, además de ser diferente de las señaladas precedentemente, tiene un alcance más amplio que el que relaciona las acciones afirmativas exclusivamente con los fines buscados por algunas instituciones particulares –como la calidad de la deliberación o la pedagogía–, pues podría resultar aplicable a cualquier institución más allá de su justificación particular. Por otra parte, si bien incorpora como relevante el dato de los daños ocasionados a los miembros de un grupo en el pasado –a sus antepasados–, no entiende el trato preferente como una compensación, o al menos no solamente, sino como una estrategia tendiente a remover los obstáculos actuales que definen la suerte de los individuos que forman parte de ese grupo en el presente y que formarán parte de él en el futuro.

⁹ Véanse los capítulos 7 y 8 en Sandel, Michael J., *Justice. What's the Right Thing to Do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009. Para una posición relacionada con los daños ocasionados, pero no favorable a la justificación basada en la noción de compensación tradicional, véase Ficus, Ronald J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action. Making the Case for Quotas*, Durham y Londres, Duke University Press, 1992.

En resumen, esta última justificación de la acción afirmativa se construye sobre la base de una visión particular del ideal de la igualdad y que denominamos igualdad como no-sometimiento de grupos. En la experiencia constitucional comparada, la ausencia de una manifestación explícita sobre esta noción de igualdad en el texto de la norma fundamental ha conducido a que las acciones afirmativas deban descansar, para su justificación legal, en una interpretación del texto constitucional que, al reconocer el principio de igualdad, desprenda de él no sólo el deber de trato no arbitrario –que es la noción de igualdad más intuitiva y aceptada–, sino el de dismantelar todas aquellas condiciones que generan o perpetúan situaciones de desigualdad estructural. Ésta es la interpretación del principio de igualdad que ha desarrollado, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, en la jurisprudencia de los últimos años,¹⁰ lo que ha desprendido de ella una justificación constitucional de las acciones afirmativas.

I. Acciones afirmativas e igualdad

Dos concepciones acerca de la igualdad de trato ante la ley compiten tanto en el discurso de expertos y juristas, como en el de aquellos que no lo son. La primera de ellas se asocia con la intuición extendida de que la igualdad exige un trato no-arbitrario o, según la jurisprudencia de los tribunales de la mayoría de los países que se rigen por un sistema de democracia liberal, un trato denominado "razonable". Esta concepción de la igualdad rechaza cualquier trato diferente entre las personas, ya sea por parte del Estado o incluso, en algunos casos, también proveniente de particulares, que se base en una distinción arbitraria, entendiendo por tal a aquella en la que

¹⁰ Para una evolución histórica de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México sobre el significado y alcance de la igualdad constitucional, véase Pou Giménez, Francisca, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 223-381. Véase también Saba, Roberto P., "Desigualdad Estructural en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", en este mismo volumen.

el criterio utilizado para justificar ese trato no guarda una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Por ejemplo, si el Estado establece requisitos para el ingreso de estudiantes a las universidades públicas, no debería imponer como condición de admisión la categoría "ser varón", pues éste no es un criterio razonable para seleccionar alumnos universitarios dado que no se observa una relación de funcionalidad entre el requisito —el sexo de las personas— y el fin de la regulación estatal —supongamos, seleccionar estudiantes idóneos para emprender estudios superiores—.

La segunda concepción acerca del principio de igualdad constitucional se vincula con la noción de no-sometimiento o no-subordinación de grupos e impugna aquellas estructuras sociales que se asemejan a un sistema de castas, utilizando el lenguaje del Juez William J. Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su opinión en el fallo *Plyler v. Doe*,¹¹ de 1982. Allí el magistrado interpreta la cláusula constitucional referida al principio de igualdad, la Enmienda XIV, a la luz de una visión de la igualdad ante la ley que la entiende desde la óptica de la no-subordinación y que tiene por objeto impedir la creación o perpetuación de situaciones de desventaja de grupos que conduzcan a la cristalización o conformación de una estructura social de "castas".¹²

Las acciones afirmativas y las políticas de trato preferente han sido tanto repudiadas por considerarse contrarias al principio de igualdad, como por ser exigidas en virtud del mismo principio. La explicación del surgimiento de argumentos tan disímiles y hasta contradictorios radica en que ambos parten de nociones de igualdad que, aunque no son mutuamente excluyentes, son diferentes y, a veces, pueden entrar en tensión mutua. Aquellos que impugnan las acciones afirmativas en virtud de la aplicación del principio de igualdad lo hacen a partir de la asimilación

¹¹ 457 U.S. 202

¹² Para un análisis de este fallo, véase Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016, pp. 59-61.

de este principio con el mandato de no-discriminación, mientras que los que las consideran requeridas por ese principio, lo comprenden como expresión del requerimiento de no subordinación de grupos. Si interpretamos el principio constitucional de igualdad de modo tal que no se limite a la noción de trato no arbitrario, sino que contenga también la noción de no-subordinación, entonces las acciones afirmativas, lejos de ser contrarias al principio, serían requeridas por éste.

Un ejemplo de acciones afirmativas en el ámbito universitario lo constituye el establecimiento de cuotas para ingresantes que provengan de un grupo sistemática e históricamente excluido de la educación superior. Esas cuotas exigen como requisito para la admisión no sólo la idoneidad o el cumplimiento de ciertos requisitos asociados con ella, sino también la pertenencia al grupo que padece una situación de desigualdad estructural. En un contexto de vacantes limitadas para ingresar a una universidad, los individuos favorecidos por la política de acción afirmativa estarían accediendo a lugares en las aulas que algunos consideran les corresponderían a aquellas personas que, en una comparación exclusivamente de antecedentes o en evaluaciones homogéneas, por ejemplo, obtuvieron mejores calificaciones. El hecho de que una persona idónea para desempeñarse correctamente en la posición buscada pertenezca al grupo favorecido por la política de trato preferente le daría prioridad sobre aquellas personas también idóneas que, incluso con mejores antecedentes o calificaciones, no accederían a esa vacante. En otras palabras, el criterio de "mayor idoneidad" o "mejores antecedentes" podría eventualmente ser derrotado por la aplicación del principio de igualdad como no subordinación. Es por este motivo que algunos individuos, que a pesar de ser mejor evaluados que aquellos que son los mejores evaluados del grupo en situación de desigualdad estructural, no serían admitidos.

Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que

guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Sin embargo, desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para dismantelar una estructura de castas contradictoria con el principio de igualdad constitucional. Este último argumento ha sido articulado por la Suprema Corte de México cuando precisó que:

El artículo 1ro [de la Constitución] no da motivo alguno para someter a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas incluidas en leyes o actos de autoridad encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. Hay determinadas medidas pro-igualdad que difícilmente podrían ser instrumentalizadas o aplicadas sin recurrir al uso de criterios identificatorios de los colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar –pensemos, por ejemplo, en las normas que reservan determinadas cuotas en los cuerpos legislativos o en las instituciones de educación superior, para los miembros de grupos víctimas de prejuicios o estructuralmente desaventajados—. Sería absurdo en esos casos que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha.¹³

La noción de igualdad que expresan las constituciones liberales es compleja y no se agota excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual. La concepción de la igualdad como no subordinación exige que aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente tratados de forma más desventajosa no reciban un trato que, a pesar de no ser arbitrario, genere *efectos* que hacen que les resulte imposible desarrollar autónomamente sus planes de vida como consecuencia de la situación de desventaja estructural que padece el grupo al que pertenecen. Al ser esta situación de desventaja estructu-

¹³ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 2199/2009, 27 de enero de 2010. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez, Juan Carlos Roa Jacobo, Dolores Rueda Aguilar y Ricardo Manuel Martínez Estrada. Véanse las pp. 45-46.

ral contradictoria con el ideal de la igualdad, el mandato constitucional exige acciones estatales tendientes a dismantelar las condiciones estructurales que la provocan. A diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, esta concepción de la igualdad como no-subordinación se asocia al imperativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas o por prácticas colectivas, públicas y privadas –intencionales o no–, que los colocan en esa situación de desventaja sistémica. Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato arbitrario, el prejuicio y el favoritismo injustificado, la igualdad como no-sometimiento o no-subordinación se vincula con el imperativo moral y constitucional que se opone a la instalación de un sistema de castas. Las políticas de trato preferente, de las que son un ejemplo las acciones afirmativas, entrarían en conflicto con la primera noción de igualdad al punto de que resultarían incluso inadmisibles. Sin embargo, esas mismas políticas de trato preferente serían exigidas por la segunda concepción de igualdad con miras a dismantelar las causas que contribuyen a la cristalización de la estructura social que coloca a algunos individuos en situación de desventaja estructural.

El principio de no-discriminación supone que la obligación constitucional de trato igual está definida exclusivamente por la relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de *funcionalidad*.¹⁴ *Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo,*¹⁵ *el principio de no discriminación no refleja correctamente –o, al menos, lo hace de un modo incompleto– la aspiración igualitaria expresada en las cláusulas constitucionales referidas a la igualdad ante la ley. El principio de no discriminación –y el requerimiento de razonabilidad que lleva implícito en el sentido de la relación de esa funcionalidad que debe existir entre medios y fines– asume que no es rele-*

¹⁴ Post, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 18.

¹⁵ Saba, Roberto, *Más allá...*, *op. cit.*

vante tomar en cuenta la situación que afecta de hecho a aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria, o de los más básicos servicios públicos, por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo. El principio de no-discriminación, lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad *real* de oportunidades y de no-sometimiento o no-subordinación de grupos. Si no se dan estas condiciones, la aplicación del principio de no discriminación no es apropiada y puede ser incluso la causa, aún sin que medie intención, de la perpetuación y reforzamiento de aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.

El objeto de las normas protectorias de la igualdad, cuando son interpretadas exclusivamente como garantía contra la arbitrariedad del Estado o de particulares, y que encontramos en las constituciones y tratados internacionales, es el de evitar tratos irrazonables que sean el resultado de una distinción injustificada. De este modo, se busca evitar que el trato en cuestión se funde en prejuicios o estereotipos. El principio de no-discriminación, construido sobre el estándar de razonabilidad, se funda sobre la idea de que la *neutralidad* en el trato, en el sentido de no arbitrariedad, se logra por medio del ocultamiento o no consideración de aquellas condiciones o características de los individuos que no sean relevantes para alcanzar el fin buscado.¹⁶ Metafóricamente, la igualdad se logra por medio de la ceguera de la ley a las diferencias entre las personas. Si bien esa ceguera puede evitar tratos arbitrarios, ella también puede provocar tratos desiguales inconstitucionales en contextos de desigualdad estructural por perpetuar desigualdades estructurales.

Por su parte, en cambio, la noción de igualdad como no-subordinación atiende al fenómeno de la desigualdad estructural que padecen ciertos

¹⁶ Véase Jay, Martin, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en Douzinas, Costas y Nead, Lynda (eds.), *Law and the Image. The Authority of Art and the Aesthetics of Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 19.

grupos. Para esta perspectiva, lo que sucede *de hecho*, por ejemplo, antes del momento en el que llevamos a cabo tratos no arbitrarios –como acaece en los casos de una selección ciega de ingresantes a la universidad o la contratación de empleados–, no es un dato en absoluto irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor trascendencia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley entendido como contrario a la desigualdad estructural que padecen los integrantes de grupos sistemáticamente subordinados.¹⁷ Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en la política, no sólo no sería contrario al principio de igualdad, sino que sería requerido por éste, mientras que ello resultaría inadmisibles desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. El criterio "ser mujer" sería insostenible para hacer distinciones que provoquen su exclusión de todas o algunas actividades relevantes, como por ejemplo la política, mientras que esa categoría sería constitucionalmente requerida para brindarles a las mujeres un trato preferente justificado dirigido a dismantelar los obstáculos que se interponen en su acceso a esas actividades.¹⁸ Hay quienes ven en esta última afirmación una paradoja, pues se busca la igualdad por medio de un trato diferente basado en un criterio no funcional con el fin de la regulación, como lo es el sexo de las personas. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio del sexo no puede ser jamás utilizado para perpetuar situaciones de exclusión, y debe, en cambio, ser usado para revertirlas y dismantelaras. Es por este motivo que no estarían justificados los tratos preferentes dirigidos a personas que no forman parte de grupos en situa-

¹⁷ Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males "más profundos" como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, véase Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. Véase especialmente el capítulo 7, "Affirmative Action and the Myth of Merit", pp. 192-225.

¹⁸ Ginsburg, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974, p. 89.

ción de desigualdad estructural. Finalmente, como lo relevante es lo que sucede de hecho y no la intención de que esos efectos tengan lugar, no es prerequisite para que el Estado desarrolle acciones afirmativas que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación.

II. El principio de igualdad en la Constitución mexicana

Es usual encontrar en el derecho comparado normas antidiscriminatorias que enumeran categorías que se consideran prohibidas o sospechosas. Estas categorías serían inadmisibles para hacer distinciones en el trato sobre la base de que no estaría justificado recurrir a ellas por ser irrazonables (en el sentido aludido más arriba de no ser funcionales al fin buscado por la regulación, la acción o la política). Estos listados de categorías prohibidas se encuentran comúnmente en leyes antidiscriminatorias,¹⁹ en constituciones,²⁰ o en los tratados internacionales de derechos humanos²¹ y han sido defendidos por gran parte de la doctrina.²² En su sección pertinente, el artículo 1ro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exhibe un ejemplo de esta estrategia al prescribir que: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas." Las enumeraciones de categorías prohibidas son interpretadas generalmente como un derivado de la expresión del principio de igualdad como no-discriminación y resulta problemática o insuficiente para la aplicación del principio de igualdad como no-subor-

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Ley Nacional Número 23.592 de Argentina, artículo 1.

²⁰ Como en el artículo 1º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.

²² Véase, por ejemplo, Gullco, Hernán, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

dinación, y la consecuente instrumentación de medidas de acción afirmativa. Sin embargo, algunos tribunales constitucionales, como la Corte Suprema de los Estados Unidos y la Suprema Corte de México, han interpretado esos listados de un modo compatible con las políticas de trato preferente, como veremos más adelante.

El problema central de estructurar la prohibición de discriminación exclusivamente en torno a clasificaciones y categorías prohibidas, fundada sobre la base de una noción de igualdad como trato no arbitrario, es justamente que esa herramienta no es eficaz para enfrentar los problemas derivados de situaciones de desigualdad estructural que es necesario dismantelar también a partir del mandato constitucional de igualdad ante la ley.²³ La noción de que la igualdad en el trato se logra exclusivamente por medio de la prohibición del recurso a ciertas categorías para justificar tratos diferentes supone la negación de la relevancia de lo que *de hecho* sucede, asumiendo una noción de *neutralidad* entendida como ceguera frente a las desigualdades estructurales que contribuye a que la segregación y exclusión de ciertos grupos se perpetúen. La prohibición de recurrir a criterios irrazonables para hacer distinciones en el trato entre personas no contribuirá a que los grupos históricamente subordinados dejen de serlo. El principio de no discriminación y el concepto de categoría prohibida generalmente se fundan en el rechazo o la no consideración como relevante de la existencia misma de los grupos y, en consecuencia, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales y la consiguiente exigencia constitucional de dismantelar situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.

Las categorías más usualmente identificadas como prohibidas, como la raza, la nacionalidad, el sexo, las ideas políticas o las creencias religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para justificar ninguna distinción o diferencia que el Estado o

²³ Saba, Roberto, *Más allá...*, *op. cit.*

los particulares deseen hacer para lograr ningún propósito legítimo. Sin embargo, ellas no se corresponden necesariamente con la protección de un grupo estructuralmente desigual. Las categorías prohibidas o sospechosas, así entendidas, son "simétricas" en el sentido de que se aplican, por ejemplo, en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres o, en el caso de la raza, a afrodescendientes y caucásicos, sin tomar nota de la situación de desigualdad estructural que los miembros de un grupo de *determinada* raza o de *determinado* sexo puedan estar padeciendo. La prohibición de tratos diferentes simétricos se convierte en un obstáculo para la justificación de tratos preferentes dirigidos a los miembros de un grupo en situación de desventaja estructural. La consecuencia práctica de la aplicación de estos criterios con efectos simétricos es que la categoría "ser mujer" sería tan prohibida como la categoría "ser varón" para hacer distinciones en el trato en cualquier caso, pues no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado lo que convierte a la categoría en prohibida, sino su irrazonabilidad palmaria o *a priori*. En cambio, pueden existir tratos basados en categorías que resulten ser en principio prohibidas –como el sexo– que se justifican en el hecho de que el grupo beneficiado por ellos –por ejemplo, las mujeres– se encuentra padeciendo una situación de desigualdad estructural.

El trato preferencial basado en una categoría vedada desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario se realiza con miras a revertir o dismantelar la situación de desigualdad estructural que lo perjudica. Así, desde la perspectiva de la igualdad como no-subordinación, "ser varón" o "ser mujer" serán categorías prohibidas sólo en la medida en que sean utilizadas para perpetuar la situación de subordinación de la mujer, pues no existe evidencia alguna de que los varones constituyan un grupo en situación de desventaja estructural. Este recurso a la categoría del sexo de las personas, que resulta impugnado desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, será en cambio requerido por la noción de igualdad como no subordinación de grupos. El argumento que aquí presento no objeta los listados de categorías prohibidas en todos los casos.

La irrazonabilidad palmaria de las categorías listadas justificaría la prohibición de recurrir a ellas para evitar tratos arbitrarios, pero el establecimiento de un listado de categorías prohibidas no es el instrumento requerido para combatir la perpetuación de situaciones de desigualdad estructural que una Constitución podría ordenar dismantelar, como sostuvo la Suprema Corte de México.²⁴

De este modo, estaríamos ante dos estrategias diferentes para atacar dos problemas distintos vinculados con la aplicación del principio de igualdad constitucional. Si lo que se desea evitar son los tratos discriminatorios entendidos como arbitrarios, entonces los listados de categorías prohibidas son la herramienta adecuada. Sin embargo, si lo que se quiere hacer es honrar el principio de igualdad como no-subordinación frente a situaciones de desigualdad estructural, entonces será necesario identificar grupos específicos en situación de desventaja sistémica, o estándares que permitan identificar a esos grupos, y habilitar la acción estatal tendiente a dismantelar aquellas condiciones que producen la situación de desigualdad estructural. Esta última es la estrategia adoptada, por ejemplo, por el artículo 75, inciso 23 incluido en la reforma constitucional que tuvo lugar en Argentina en 1994.²⁵ Esta cláusula no sólo hace una original referencia a estos grupos, de los que da cuatro casos ilustrativos, sino que asocia su situación de desventaja con la necesidad de lograr una igualdad "real" de oportunidades por medio de acciones afirmativas o de tratos preferentes. Estos grupos, en virtud del principio de igualdad constitucional, podrán recibir un trato desigual al que se le brinda al resto de las personas, y no deberán ser tratados del *mismo modo, como si* no fueran estructuralmente desiguales. En suma, deberán

²⁴ Véase más arriba la cita del caso correspondiente a la nota al pie 14 de este capítulo.

²⁵ Artículo 75, inciso 23, de la Constitución de la República Argentina: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia."

ser tratados *con preferencia* a fin de dismantelar la situación de desigualdad estructural que los afecta. Éste es el fundamento de los tratos preferenciales en general y de las acciones afirmativas en particular, tal como lo ordenó el constituyente de 1994 en la reforma argentina.

Una estrategia diferente a la adoptada por el texto constitucional de Argentina fue articulada en la Constitución de los Estados Unidos. En ella no hay un reconocimiento expreso en su texto del principio de no-subordinación. La referencia a la igualdad ante la ley en esa norma no incluye ninguna alusión a los tratos preferentes y, en consecuencia, la única forma de identificar la facultad constitucional de implementarlos surgiría a partir de la interpretación del principio de igualdad expresado en términos más abstractos y genéricos en la Enmienda XIV. Esta falencia de la ingeniería constitucional ha contribuido a alimentar la controversia acerca de si las acciones afirmativas son contradictorias con la norma constitucional o si, por el contrario, resultan requeridas por ella. Esta discrepancia radical se dirime, en última instancia, en la interpretación de la Enmienda que realiza la Corte Suprema en el marco de un caso concreto, con la consiguiente inestabilidad e incertidumbre que ello acarrea. En términos de diseño constitucional, resulta más efectivo, en lugar de descansar en una eventual interpretación del principio que recepte la noción de igualdad como no-subordinación, que sea el propio texto constitucional el que haga explícito su reconocimiento. La referencia en la cláusula de la Constitución argentina al objetivo de lograr una igualdad "real" de oportunidades –como diferente de una *mera* igualdad de oportunidades–, por un lado, y el reconocimiento de grupos en situación de desventaja estructural –de los que se pueden dar ejemplos no taxativos–, por el otro, daría cuenta de una toma de partido del constituyente por una noción de igualdad que prohíba los tratos arbitrarios, pero que incorpore también la dimensión de la igualdad que se opone a la conformación o perpetuación de una estructura social de castas.

Una estrategia argumentativa similar a la elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos fue desplegada por la Suprema Corte de

Justicia de la Nación en México. Así como la primera construyó la justificación de las acciones afirmativas a partir de una interpretación de la cláusula de igualdad prescripta en la Constitución, el Tribunal mexicano se apoyó en lo ordenado por el artículo 1ro de la norma fundamental para desprender de allí la protección de la igualdad entendida no sólo como manifestación del mandato de no-discriminación, sino también del principio de igualdad como no-sometimiento o no-subordinación de grupos.²⁶ Así, a partir de esta última noción de igualdad, la Suprema Corte de México articuló una justificación constitucional de las acciones afirmativas:

[la] acepción de igualdad formal se define como una 'prohibición de trato discriminatorio', que refiere que los derechos humanos son comunes a todas las personas, hombres y mujeres. Implica que la ley no puede ser aplicada de manera distinta a personas en situaciones similares y que no puede ser aplicada de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. Además, se basa en la idea de que la ley debe evitar la arbitrariedad, por lo que cuando realiza distinciones entre personas, estas deben ser 'objetivas y razonables'.²⁷ La concepción de igualdad sustantiva demanda que el Estado no sólo se abstenga de realizar acciones que profundicen la marginación de estos grupos, pues también debe revisar que aquellas normas que en apariencia son neutrales, no tengan un impacto discriminatorio sobre los grupos en situación de exclusión y además adoptar medidas positivas para favorecer su integración a la sociedad y su acceso a bienes sociales. Por ello,

²⁶ Véase Pou Giménez, Francisca, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Ibarra Olguín Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 223-381. Véase también Roberto P. Saba, "Desigualdad Estructural en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México", en este Manual.

²⁷ González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Oscar, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz" en *Revista IIDH*, Costa Rica, núm. 47, 2008, pp. 3-4. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf> [Consultado el 18 de septiembre de 2019].

esta noción de igualdad se relaciona estrechamente con las llamadas acciones afirmativas^{28,29}

El derecho a ser tratado igual exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también demanda que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese Estado no actúe como si ellas no existieran. La neutralidad y ceguera estatal respecto de aquellas condiciones que poseen las personas –por ejemplo, ser mujer o afrodescendiente– que no sean relevantes para hacer distinciones legítimas no pueden requerirse cuando existen situaciones de desigualdad estructural. A fin de que el Estado pueda cumplir con su deber de asegurar la igualdad, debe tomar nota de esas situaciones e implementar las medidas correspondientes dirigidas a su desmantelamiento. En esta línea, la Suprema Corte de México ha sostenido que "las medidas remediales tienen como sujetos beneficiarios a aquellos grupos históricamente excluidos, los cuales pueden identificarse como personas constitucionalmente protegidas con un carácter reforzado, de acuerdo con lo previsto en el quinto párrafo del artículo 1º constitucional. Dichos grupos consisten en individuos que han sufrido una condición de vulnerabilidad motivada por su origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."³⁰

La razonabilidad de medio a fin se aplicará sólo en condiciones de igualdad real de oportunidades, las cuales no existen cuando un grupo es sojuzgado o es sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos relevantes para el desarrollo de la autonomía personal, como el mercado laboral, la

²⁸ González Le Saux, Marianne y Parra Vera, Oscar, *op. cit.*, p. 7.

²⁹ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 405/2019, 23 de octubre de 2019. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 603/2019, 13 de enero de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

política o la educación. Si este último fuera el supuesto, entonces el Estado estaría habilitado, o incluso obligado, a implementar acciones positivas que tengan por objeto dismantelar los obstáculos que impiden la igualdad *real* de oportunidades. Desde la perspectiva de la igualdad como no-subordinación, de existir grupos sojuzgados, no es posible aplicar el principio de razonabilidad *como si* esas situaciones de exclusión y sometimiento no existieran. En este mismo sentido, la Suprema Corte de México ha afirmado que: "Las acciones positivas estatales en materia de igualdad, tienen como finalidad lograr, eventualmente, la eliminación de la discriminación histórica hacia ciertos grupos y, por ende, aun cuando se dé un trato diferenciado y preferencial para ese colectivo, no resultará contrario al derecho humano de igualdad ante la ley, siempre y cuando esa medida sea razonable y proporcional".³¹

Con miras a profundizar en la caracterización de las acciones de trato preferente, el Tribunal agregó que

las medidas especiales en referencia deben tener como finalidad acelerar la participación en condiciones de igualdad de la mujer en el ámbito político, económico, social, cultural y civil, o en cualquier otro ámbito. Asimismo, la aplicación de estas medidas no debe considerarse como excepción a la regla de no discriminación, sino como forma de subrayar que las acciones afirmativas son parte de una estrategia necesaria de los Estados Partes para lograr la igualdad sustantiva o de facto de la mujer y el hombre en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Por otra parte, la temporalidad a que hace referencia el referido precepto convencional, implica que no debe considerarse que esas medidas especiales son necesarias para siempre. La duración de una medida especial de carácter temporal se debe determinar teniendo en cuenta el resultado funcional que tiene a los fines de la solución de un problema concreto y no estableciendo un plazo

³¹ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Alberto Gelacio Pérez Dayán.

determinado. En otras palabras, las medidas especiales de carácter temporal 'deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan alcanzado y se hayan mantenido durante un período de tiempo'.³²

Como he sostenido en otra parte, un diseño apropiado de la cláusula constitucional referida al principio de igualdad puede contribuir a disipar, o al menos a disminuir, las controversias habituales que surgen respecto de la compatibilidad entre el principio de igualdad y las acciones afirmativas. Una correcta explicitación de las dos caras de la igualdad en el texto constitucional –como no-arbitrariedad y como no-subordinación– puede proveer a la norma fundamental del ordenamiento jurídico de un antídoto frente a posibles críticas dirigidas al que es quizá el más poderoso instrumento que conozcamos en el presente en la lucha contra la desigualdad estructural: las acciones afirmativas.³³

III. Acciones afirmativas y medidas legislativas de compensación

Como señalé más arriba, las acciones afirmativas son una especie del género de las políticas de trato preferente justificadas sobre la base del mandato constitucional de igualdad, particularmente frente a situación de desigualdad estructural. La igualdad entendida como no-subordinación de grupos requiere de acciones estatales tendientes a remover y dismantelar aquellas condiciones, acciones, omisiones y prácticas estatales o de particulares que generan la situación de desigualdad estructural de un determinado grupo. Esas acciones estatales pueden ser de diferente clase. Las acciones afirmativas son una de esas variantes, pero

³² *Idem*. La cita con la Corte que cierra este párrafo corresponde a la ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 25, Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer-Medidas especiales de carácter temporal. Párrafo 20.

³³ Saba, Roberto P., "Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, 81-139.

también pueden existir medidas legislativas que atiendan a problemas de desigualdad estructural de un modo diferente. Para ilustrar el punto, observemos el problema de la violencia estructural contra la mujer. Ese tipo particular de violencia se ejerce contra un grupo específico de personas y resulta constitucional y convencionalmente necesario que el Estado tome medidas tendientes a erradicar ese particular tipo de violencia que, además de afectar otros derechos, como el derecho a la vida o a la integridad física, contribuyen a la desigualdad estructural de las mujeres que reciben un trato violento por ser mujeres, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras (Campo Algodonero) v. México*.³⁴ La tipificación del delito de feminicidio podría encuadrarse como un ejemplo de medidas legislativas tendientes a actuar sobre las causas de la violencia estructural contra la mujer. En este sentido, frente al reclamo de quien consideraba esta tipificación como violatoria de la igualdad ante la ley pues establecía consecuencias jurídicas diferentes en virtud del sexo de la víctima de violencia, la Suprema Corte de México ha señalado correctamente que:

[...] aun cuando la tipificación del delito de feminicidio en el artículo impugnado sólo está dirigida al género ‘mujer’ la distinción no es ofensiva, pues tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, entre hombres y mujeres en el Estado de Guanajuato, ante el gran desequilibrio en que se encuentran estas últimas. En consecuencia, la normatividad en estudio, cumple con el requisito de proporcionalidad, toda vez que genera la misma situación jurídica para todas las mujeres que se ubiquen en dicha hipótesis. Además, cabe señalar que dicha tipificación no va dirigida a un derecho como sujeto activo del delito, sino a una situación vulnerable propia del sujeto pasivo, en este caso, a un grupo socialmente vulnerable en la comunidad específica donde la norma aplica; a lo que se suma que la igualdad no se refiere a una iden-

³⁴ Corte IDH, *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205.

tividad absoluta entre hombre y mujer, lo que implicaría negar las evidentes diferencias, primordialmente físicas y biológicas, sino a una identidad en derechos y obligaciones que, en la especie, no se ven en forma alguna vulnerados. En este orden de ideas, contrario a lo que argumenta el recurrente, fue correcta la determinación del Tribunal Colegiado, en el sentido de que es constitucional el artículo 153-a del Código Penal del Estado de Guanajuato, que tipifica el delito de feminicidio por razones de género, al no contravenir los principios de igualdad y no discriminación.³⁵

El contexto jurídico mexicano ofrece otro ejemplo interesante de tratos preferentes diferentes de la acción afirmativa: las medidas legislativas de nivelación o compensación. La Suprema Corte de México ha elaborado la distinción entre ambas medidas y ha sostenido, en este sentido, que: "las acciones afirmativas no son las únicas medidas que el legislador puede implementar a efecto de favorecer a los grupos sociales considerados vulnerables. Existen otras medidas legislativas que, a partir del reconocimiento de una situación de desigualdad tienden a lograr la igualdad sustantiva a través del reconocimiento de un derecho en favor de un grupo social vulnerable o bien, mediante la disminución de los requisitos para acceder al mismo. Se trata de medidas que compensan o nivelan el impacto que genera una situación de discriminación."³⁶ El Tribunal profundiza en los rasgos de ambos institutos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 Séptimus de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y afirmó en este sentido que:

Si bien tanto las acciones afirmativas, como las medidas legislativas especiales de compensación constituyen acciones que favorecen a un grupo social vulnerable, las primeras se encuentran enfocadas a eliminar aceleradamente la discriminación histórica

³⁵ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 652/2015, 11 de noviembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila de García Villegas.

³⁶ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 405/2019, 23 de octubre de 2019. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

de un grupo social en desventaja, de manera que, una vez eliminada esa discriminación histórica, tenderán a desaparecer. Ejemplo de ellas son las llamadas cuotas de género para acceder a cargos públicos. De esta manera, las acciones afirmativas constituyen medidas de carácter temporal implementadas con el fin de acelerar la participación de un grupo social desfavorecido, en condiciones de igualdad. Su objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones. Se adecuarán a la situación que quiera remediarse, deberán ser legítimas y respetar los principios de justicia y proporcionalidad. Además, no son consideradas discriminatorias. En palabras de la Primera Sala de este Alto Tribunal, las acciones afirmativas son medidas que tienen la "finalidad [de] evitar que se siga produciendo una diferenciación injustificada o discriminación sistemática o que se reviertan los efectos de la marginación histórica y/o estructural de un grupo social relevante."³⁷

La Suprema Corte ha establecido, en relación con el argumento, que

las acciones afirmativas o positivas tienen que tener el propósito de equiparar las circunstancias de un grupo que se encuentra en desigualdad *de facto*. En cambio, las medidas legislativas de nivelación o compensación constituyen acciones que a partir del reconocimiento de la situación de desigualdad en la que se encuentra determinado grupo social considerado como históricamente desfavorecido, tienden a ampliar el reconocimiento de un derecho o a disminuir los requisitos para acceder al mismo. De esta manera, la distinción entre las medidas afirmativas y las medidas especiales de nivelación radica en que las primeras se encuentran enfocadas a disminuir aceleradamente una condición específica de desigualdad. En cambio, las segundas, a partir del reconocimiento de las condiciones especiales del grupo en situa-

³⁷ Consideraciones sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. XLIII/2014 (10a.).

ción de vulnerabilidad, se enfocan en disminuir el impacto negativo que dichas condiciones de desigualdad podrían tener en el ejercicio de un derecho, es decir, no se encuentran orientadas a disminuir o eliminar la situación de desigualdad, sino en lograr la igualdad sustantiva en el acceso o ejercicio efectivo de un derecho civil, político, económico, social o cultural.³⁸

En esta última decisión la Corte remite a lo dispuesto por la Primera Sala en cuanto sostuvo que:

Esta modalidad del principio constitucional de igualdad jurídica impone a las distintas autoridades del Estado la obligación de llevar a cabo ciertos actos que tiendan a obtener una correspondencia de oportunidades entre distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población; por ende, se cumple a través de una serie de medidas de carácter administrativo, legislativo o de cualquier otra índole que tenga como finalidad evitar que se siga produciendo una diferenciación injustificada o discriminación sistemática o que se reviertan los efectos de la marginación histórica y/o estructural de un grupo social relevante. A estas medidas se les pueden catalogar como acciones positivas o de igualación positiva. Ejemplos de las primeras pueden ser ciertas políticas públicas que tengan como sujetos a las mujeres o a las personas con algún grado de discapacidad y que busquen otorgarles bienes o servicios adicionales para que alcancen un mismo grado de oportunidades para el ejercicio de sus derechos; mientras que ejemplos de las segundas consisten en las cuotas o los actos específicos de discriminación inversa en favor de una persona que pertenezca a un determinado grupo social. En algunos de esos casos, se dará formalmente un trato desigual *de iure* o *de facto* respecto de otras personas o grupos, pero el mismo deberá estar justificado precisamente por la consecución de la igualdad de hecho y tendrá que cumplir con criterios de proporcionalidad.

³⁸ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 405/2019, 23 de octubre de 2019. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

Con base en lo anterior, se estima que no existe una lista exhaustiva o definitiva sobre las medidas que puedan llevarse a cabo para la obtención de la igualdad de hecho; dependerá tanto de las circunstancias fácticas, sociales, económicas, culturales, políticas o jurídicas que imperen al momento de tomarse la decisión, como de la entidad o autoridad que vaya a llevar a cabo la medida correspondiente con un amplio margen de apreciación. Sin embargo, lo que es común a todos estos tipos de medidas es que buscan conferir un mismo nivel de oportunidades para el goce y ejercicio de los derechos humanos de los miembros de ciertos grupos sociales, los cuales se caracterizan por ser o haber sido objeto de una discriminación o exclusión recurrente y sistemática. Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, así como por su situación de subordinación y poder político disminuido frente a otros grupos; no obstante, aunque no existe una delimitación exhaustiva de tales grupos sociales relevantes para la aplicación de esta faceta del principio de igualdad, el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución Federal, ha establecido distintas categorías sospechosas que sirven como punto de partida para su identificación.³⁹

En resumen y a modo de conclusión, la igualdad ante la ley establecida en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, interpretada a la luz del principio de no subordinación de grupos, obliga al Estado a adoptar medidas de trato preferentes con miras a dismantlar y revertir aquellas causas que colocan a un grupo de personas en situación de desigualdad estructural. Una de esas medidas son las acciones afirmativas que, lejos de ser contrarias al ideal de la igualdad, son requeridas por éste.

³⁹ Consideraciones sustentadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. XLIII/2014 (10a.), de rubro y texto siguiente: "Derecho humano a la igualdad jurídica. Contenido y alcances de su dimensión sustantiva o de hecho". Consultable en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*: Tomo I, febrero de 2014; p. 644.

IV. Fuentes consultadas

DWORKIN, Ronald, "The Case Against Color-Blind Admissions", en *The New York Review of Books*, 20 de diciembre de 2012. Disponible en <https://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/>.

_____, "The Court and the University", en *The New York Review of Books*, 15 de mayo, 2003. Disponible en <https://www.nybooks.com/articles/2003/05/15/the-court-and-the-university/>.

FICUS, Ronald J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action. Making the Case for Quotas*, Durham y Londres, Duke University Press, 1992.

GINSBURG, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1974.

GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne y Parra Vera, Oscar, "Concepciones y clausulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz" en *Revista IIDH*, Costa Rica, núm. 47, 2008, pp. 3-4. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23826.pdf>

GULLCO, Hernán, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en GARGARELLA, Roberto y ALEGRE, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

GUTMANN, Amy, *Democratic Education*, New Jersey, Princeton University Press, 1987.

JAY, Martin, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en Douzinas, Costas y Nead, Lynda (eds.), *Law and the Image. The*

Authority of Art and the Aesthetics of Law, Chicago, The University of Chicago Press, 1999.

NINO, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

POST, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en POST, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003.

POU GIMÉNEZ, Francisca, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en IBARRA OLGUÍN, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action & Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2016.

SABA, Roberto P., "Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad", en IBARRA OLGUÍN, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021

SANDEL, Michael J., *Justice. What's the Right Thing to Do?*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990.

Resoluciones

Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205.

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 2199/2009, 27 de enero de 2010.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 405/2019, 23 de octubre de 2019.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 603/2019, 13 de enero de 2021.

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 652/2015, 11 de noviembre de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila de García Villegas.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 203/2016, 9 de noviembre de 2016.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 405/2019, 23 de octubre de 2019.

CAPÍTULO 8

Desigualdad estructural en la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Roberto Saba*

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Master y Doctor en Leyes (Escuela de Derecho de la Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Palermo y de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento. II. Las dos concepciones de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Fuentes de consulta.

El principio de igualdad ante la ley ha sido reconocido tanto por todas las constituciones de las democracias modernas, como ejemplo, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹ como por el derecho internacional de los derechos humanos.² Ambos ordenamientos jurídicos, el constitucional y el convencional, han sido fuertemente influidos, el primero más acentuadamente que el segundo, por una concepción clásica de libertades civiles de corte liberal, caracterizada por una visión individualista de los derechos, una noción de neutralidad de la ley mar-

¹ En su sección pertinente, el artículo 1ro. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas."

² A modo de ejemplo, véase el artículo 1ro. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual expresa que: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; y el artículo 24 que ordena: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

cada por el presupuesto de que ella debe ser ciega respecto de aquellos a quienes se aplica, y una concepción del Estado como enemigo de la libertad.³ Sin embargo, ambos sistemas de normas han sido modificados como consecuencia del paulatino reconocimiento de situaciones en las cuales esa visión de los derechos, esa noción de neutralidad de la ley y esa concepción del Estado resultaban inapropiadas para tratar a algunos grupos específicos –como por ejemplo, mujeres, personas con discapacidad, miembros de la comunidad LGBTI y pueblos originarios– del modo que exigían concepciones muy extendidas de justicia y, tributariamente, de igualdad. A modo ilustrativo, es posible señalar que los tribunales nacionales mexicanos, y en especial la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada una en sus respectivas jurisdicciones, han ido corrigiendo su clásica concepción de igualdad⁴ que, sin resultar equivocada, era insuficiente para hacer frente a tratos desiguales estructurales originados en –y conducentes a– la cristalización de un verdadero sistema de castas.⁵

I. Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento

El contenido y alcance del principio de igualdad establecido en las constituciones y tratados internacionales de derechos humanos es completado por los tribunales, en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana, a través de las interpretaciones que realizan en casos particulares. En el derecho comparado, es posible ob-

³ Sobre esta noción de libertad negativa, véase Berlin, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en su libro *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, p. 195.

⁴ Para una evolución histórica de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México sobre el significado y alcance de la igualdad constitucional, véase Pou Giménez, Francisca, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2021, pp. 223-381.

⁵ El término de "castas", si bien es evidentemente fuerte, lo tomo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como veremos más adelante en este trabajo.

servar que los tribunales han entendido la igualdad ante la ley a la luz de una interpretación tradicional que se asocia con la idea de que el Estado no tiene una obligación constitucional de tratar a todas las personas del mismo modo –lo que sería imposible y absurdo dado que toda política pública requiere de clasificaciones entre las personas–, sino que deberá tratar de la misma manera a todos aquellos que se encuentren en la misma circunstancia. Ese estándar resulta incompleto si, además, no se califica a la circunstancia escogida para motivar el trato diferente, en el sentido de que no cualquier criterio que aplique el Estado para llevar adelante una diferencia en el trato de dos grupos de personas será considerado válido.⁶ El criterio que éste escoja para realizar el trato diferente, o la circunstancia que identifique como relevante para hacer distinciones en ese trato, debe ser razonable, en el sentido de que exista una relación de funcionalidad entre el criterio escogido o la circunstancia relevante y la finalidad de la regulación o de la política en pos de cuya realización se establecen.⁷ De este modo, la doctrina de la Suprema Corte establece, por ejemplo, que la igualdad ante la ley que exige la Constitución prescribe que las personas, para ser tratadas de igual forma, deben compartir aquel rasgo que exige el criterio razonable. Ésta fue la doctrina del Tribunal al menos desde 1995.⁸ En sus propias palabras: "el principio de igualdad no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante, lo que equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de la igualdad".⁹

⁶ Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el estado a los grupos desaventajados*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016, pp. 33-52.

⁷ Post, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, p. 18.

⁸ Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, pp. 330-334.

⁹ SCJN, Pleno, Amparo de Revisión 662/1993, 27 de junio de 1995. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamo Ferrer.

Muchos tribunales nacionales han seguido en este tema la jurisprudencia de su par de los Estados Unidos, que estableció, por ejemplo, en el caso *ES. Royster Guano Co. v. Virginia*¹⁰ (1920), que "la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y que debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo".¹¹ También, en el mismo sentido, esta Corte ha dicho en *Reed v. Reed*¹² (1971) que "Cualquier clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga vinculación, sustancial y justa, con el propósito de la legislación, de manera tal que todas las personas en similares circunstancias sean tratadas de igual forma". Es preciso destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos establece una diferencia entre lo que denomina razonabilidad (*reasonableness*) de la relación entre la clasificación realizada y el fin buscado (*classifications-ends relationships*), y la "racionalidad" (*rationality requirement*) como principio más amplio y general que se refiere a la relación entre medios y fines y que se vincula con el debido proceso. Si bien ambos criterios, el más abarcativo de racionalidad (*rationality*) y el más específico de razonabilidad (*reasonableness*), están relacionados, no son lo mismo. El primero se refiere a la *proporcionalidad de medios a fines*, mientras que el segundo indica la necesidad de *no establecer clasificaciones arbitrarias*.

De este modo, el principio de igualdad no es incompatible con tratos desiguales basados, por ejemplo, en el caso de la contratación para un empleo, sino en un criterio sobre la capacidad para poder desempeñarlo correctamente. Podemos deducir de este caso particular que la igualdad de trato exigida, por un lado, no anula la posibilidad de hacer distincio-

¹⁰ 253 U.S. 412.

¹¹ La traducción es mía.

¹² 404 U.S. 71. Una versión traducida de este fallo se puede encontrar en Miller, Jonathan., Gelly, María Angélica y Cayuso, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 1524.

nes (algunas personas serán contratadas por un potencial empleador y otras no) y, por el otro, demanda que esas distinciones sean realizadas con base en criterios tan razonables como la idoneidad lo es para hacer distinciones en materia de contratos de empleo. Como corolario de este principio, se puede afirmar que todas las personas que reúnen las condiciones exigidas por el criterio razonable (todas las personas idóneas en el caso del ejemplo constitucional) deben ser tratadas del mismo modo, a menos que exista alguna razón que justifique la realización de una nueva distinción entre las personas idóneas, que también debería responder a un criterio razonable (es decir, por ejemplo, que entre dos personas idóneas se decida contratar a la más idónea de las dos).

Esta visión de la igualdad requiere del Estado –y de los particulares– que se abstenga de llevar a cabo tratos desiguales irrazonables, apoyándose en una visión de la igualdad asociada al denominado principio de no-discriminación. El principio de no-discriminación¹³ establece que la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad. Se asocia con una visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables y tiene por objeto impedir que las decisiones estatales y de particulares se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El principio de igualdad, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo tal que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto de que busca la regulación o la contratación en cuestión. El Estado y los particulares deben ser ciegos a las características de nacimiento, físicas, o de otro tipo que no resulten de relevancia para los fines de la actividad que la persona en cuestión aspira a realizar (por ejemplo, acceder a un empleo público o privado).

¹³ Fiss, Owen, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999, pp. 3-29.

Esta perspectiva acerca de cómo entender la igualdad constitucional o convencional ha sido revisada por muchos tribunales constitucionales y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de dos presupuestos: por un lado, que existen grupos de personas cuyos integrantes pueden merecer un trato especial por el hecho de ser parte de esos grupos; y, en segundo término, que algunos grupos de personas merecen un trato diferente por parte del Estado, el cual debe apuntar a dismantelar aquellas condiciones que los constituyeron en –y mantienen como– una casta o grupo sistemática e históricamente tratado de modo excluyente, sin oportunidad de que sus integrantes realicen su autonomía personal. Estas dos ideas impactan sobre la noción misma de igualdad y demandan de ella, primero, que abandone, al menos en estos casos, la noción de neutralidad que la obligaba a no hacer distinciones entre las personas –representada en la iconografía por la ceguera de la ley–; y, segundo, consecuentemente, que no sólo se observe la razonabilidad del criterio escogido para hacer distinciones, sino las situaciones de hecho que, pese a existir criterios razonables, producen efectos que cristalizan la exclusión del grupo y lo convierten en una casta permanente. Esta noción de igualdad es la que la doctrina identifica con el principio de igualdad como no-sometimiento.¹⁴

Como consecuencia de estas críticas que podrían hacerse a la concepción individualista de la igualdad, autores como Fiss,¹⁵ Post,¹⁶ Siegel¹⁷ o MacKinnon,¹⁸ entre otros, proponen entonces una versión del principio de igualdad que el primero de ellos asocia con una concepción "estruc-

¹⁴ Saba, Roberto P., *op. cit.*, pp. 52-56..

¹⁵ Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, 1976, p. 107.

¹⁶ Post, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 1-53.

¹⁷ Siegel, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How 'Color Blindness' Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", en Post, Robert C. *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003, pp. 99-152.

¹⁸ MacKinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979, pp. 102-103.

tural", y que se relaciona con lo que Post llama una versión *sociológica* de la igualdad. Para Fiss, "el principio de no-discriminación encierra una concepción muy limitada de igualdad [y que por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio –el principio del grupo desaventajado– que tenga un buen, si no mejor, argumento para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga foco más claramente en las cuestiones sobre las que es preciso decidir en los casos de igual protección de la ley".¹⁹ Esta concepción del principio de igualdad de trato que presupone la existencia de tratos desiguales estructurales surgidos a partir de la ley y/o de prácticas de particulares no considera como determinante la irrazonabilidad (funcional o instrumental) del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que lo que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos o por el resto de la comunidad de la que forman parte. Para estos autores, existe una contradicción entre aquello que el principio de igualdad reclama y la cristalización de castas o grupos considerados parias, condición que adquieren como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado²⁰ es lo que fundamenta el establecimiento del principio de igualdad ante la ley.

Esta concepción de la igualdad ante la ley encuentra justificación en argumentos elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente a partir de la opinión del juez Brennan en casos tales como *Plyler v. Doe*²¹ (1982), en el que se encontraba en debate la existencia de un derecho a la provisión mínima de recursos educativos a inmigrantes indocumentados. En 1975, el Congreso del estado de Texas modificó su legislación en materia educativa y autorizó

¹⁹ Fiss, Owen, *Groups and... op. cit.*, p. 107..

²⁰ Fiss los denomina "castas", en Fiss, Owen, *A Community...*, *op. cit.*, p. 12.

²¹ 457 U.S. 202.

a las escuelas a negar la inscripción en ellas de niños y niñas que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos. El caso consistía en una acción de clase en la que se exigía la declaración de inconstitucionalidad de la ley de Texas ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. El argumento de la defensa se centró en sostener que la Enmienda XIV establece "que ningún estado (...) negará a ninguna persona bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes" y que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, "personas bajo su jurisdicción". Brennan se opuso a este argumento y sostuvo que, más allá del estatus que tengan estos inmigrantes de acuerdo con las leyes de migraciones, ellos "son claramente 'personas' en el sentido más ordinario del término". En este sentido, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley similar a la idea de igualdad como no-sometimiento que persigue impedir la cristalización de grupos excluidos que se constituyan como "castas" o "parias" sociales:

[...] la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañadas del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa 'población en las sombras' (*shadow population*) de inmigrantes ilegales —que llega a ser de millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de sus problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley.²²

²² La traducción y el énfasis son míos.

Los demandantes en este caso no eran los padres ilegales, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a los Estados Unidos. Brennan agrega mayor definición a lo que es para él este particular grupo de "marginados", cuando sostiene, citando *Trimble v. Gordon*²³ (1977), que estos niños "no tienen la posibilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio status (...) utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia".²⁴ De esta última afirmación se podría desprender un rasgo adicional que permitiría identificar a este grupo marginado, y que podría estar dado por su falta de responsabilidad respecto de su propia situación, por encontrarse éste en la situación en la que se halla (en este caso, los niños no son responsables por una situación que encuentra su raíz en la decisión de sus padres de ingresar ilegalmente a un país), o su contracara, es decir, la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeran a la situación en la que se encuentran.

MacKinnon, siguiendo a Fiss, sostiene, en referencia al acoso sexual de las mujeres trabajadoras,²⁵ que "la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que *no lo tiene* en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que mantiene una serie de prácticas que se acumulan, en términos de Owen Fiss, sobre las mujeres 'desaventajadas'".²⁶

Fiss y MacKinnon rechazan la versión de la igualdad asociada a la idea de no discriminación por no incorporar el "dato" sociológico de la situa-

²³ 430 U.S. 762, 770.

²⁴ La traducción y el énfasis son míos.

²⁵ Véase *supra* nota 19.

²⁶ *Ibidem*, p. 103. La traducción es mía.

ción social de las mujeres como grupo desplazado por otro grupo. La versión de la igualdad estructural no adhiere sólo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios), sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado (la casta o *underclass*). La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto.

Aproximadamente desde 2010, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reformulado su tradicional perspectiva de la igualdad asociada al principio de no-discriminación introduciendo paulatinamente elementos que podrían subsumirse bajo la perspectiva de la igualdad como no subordinación. Así, al analizar los contextos en los que debería aplicarse un escrutinio estricto en materia de discriminación, la Corte ha sostenido que:

[...] el art. 1ro no da motivo alguno para someter a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas incluidas en leyes o actos de autoridad encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. Hay determinadas medidas pro-igualdad que difícilmente podrían ser instrumentalizadas o aplicadas sin recurrir al uso de criterios identificatorios de los colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar –pensemos, por ejemplo, en las normas que reservan determinadas cuotas en los cuerpos legislativos o en las instituciones de educación superior, para los miembros de grupos víctimas de prejuicios o estructuralmente desaventajados–. Sería absurdo en esos casos que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha.²⁷

²⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 2199/2009, 27 de enero de 2010. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez, Juan Carlos Roa Jacobo, Dolores Rueda Aguilar y Ricardo Manuel Martínez Estrada, pp. 45-46. Véase también SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 410/2012, 21 de noviembre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar. Secretario: Javier Miñangos y González.

Asimismo, a partir de 2014 la Corte incorpora a su análisis del principio de igualdad la noción de "discriminación indirecta", y al caracterizarla vuelve a evocar elementos propios de la visión de la igualdad como no-sometimiento al asociar la discriminación con "normas o prácticas [que] son aparentemente neutras pero que el resultado de su contenido o aplicación es un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica (...) sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable".²⁸ La Segunda Sala de la Suprema Corte ha graficado la distinción entre la discriminación directa e indirecta señalando que la primera "se produce cuando, en una situación análoga, las personas reciben un trato menos favorable que otras debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido"; mientras que la segunda "significa que las leyes, las políticas públicas o privadas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a un determinado grupo o clase de personas".²⁹

Finalmente, la Suprema Corte ha incorporado elementos vinculados con la noción de igualdad como no sometimiento a través de la distinción que ha hecho entre la igualdad formal o de derecho y la igualdad sustantiva o de hecho. En este sentido, el Tribunal ha afirmado que la primera "es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios" que se da por medio del control del "contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio". La Corte agrega que la afectación de la igualdad jurídica puede ser directa "cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente"; y puede ser indirecta

²⁸ SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 19 de noviembre de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna, párrafo 72. Véase Pou Giménez, pp. 358-359. Véase también SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 19/2014, 3 de septiembre de 2014. Ponente: José Ramón Cossío Díaz; y SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 8314/2019, 23 de septiembre de 2020. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

²⁹ Tesis 2a. XXXII/2019. Véase también SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo, p. 34.

"cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello".³⁰ La igualdad sustantiva o de hecho, en cambio, resultará afectada "cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir la situación".³¹

II. Las dos concepciones de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Además del artículo 1ro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya mencionado,³² la cláusula específica de este acuerdo internacional que se refiere a la protección del derecho a la igualdad de trato es el artículo 24.³³ La lectura más literal de estas cláusulas parece sugerir que la norma internacional se apoya sobre el principio de igualdad entendido desde la perspectiva de la no-discriminación, sobre todo cuando en su artículo 1.1 prescribe una serie de criterios que, según la doctrina, fungen como categorías no razonables y, por tanto, no utilizables por los Estados firmantes para justificar tratos diferentes:³⁴

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

³⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, 13 de noviembre de 2013. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valdez, párrafos 81-82.

³¹ *Ibidem*, párrafos 83-86.

³² Véase nota 3.

³³ "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

³⁴ Véase Dulitzky, Ariel E., "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Anuario Nro. 3, Año 2007, pp. 15-32.

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 24, por otro lado, sobre todo si es leído en consonancia con el 1.1, ha dado lugar a interpretaciones de la Corte Interamericana, de la Comisión y de la doctrina especializada, que están muy en línea con el principio de igualdad como no-discriminación y que ponen en el centro de esa lectura la exigencia de razonabilidad de los criterios escogidos para llevar a cabo tratos diferentes por parte de los Estados firmantes. En este sentido, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos han hecho propia la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual los tratos diferentes debían perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados para llevarlos a cabo debían guardar una relación razonable de proporcionalidad entre el medio utilizado (el criterio o requisito exigido) y el fin buscado.³⁵ La Corte Europea ha dicho, respecto de la cláusula de igualdad de la Convención Europea, que:

Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato, relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14 (art. 14). Al respecto, la Corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la Convención no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14

³⁵ Para un análisis de esta jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase Nash Rojas, Claudio y Valeska, David, "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, Lima, pp. 159-212.

(art. 14) se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.

[...] En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la Corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la Convención. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la Convención. El análisis de la Corte se limita a la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la Convención".³⁶

Siguiendo estos lineamientos interpretativos, la Corte Interamericana ha sostenido en la Opinión Consultiva Nro. 4 que:

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente

³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso *Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium* (Fondo), 23 de Julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párrafo 10.

pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

Esta adopción del principio de razonabilidad, asociado al principio de igualdad como no-discriminación, como estándar para identificar tratos desiguales prohibidos se reitera en los conceptos vertidos por la Corte en la Opinión Consultiva 18:

105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.

Ahora bien, la enumeración del artículo 1.1 ha sido interpretada como un conjunto de criterios que, siendo sospechosos de no ser razonables, deben presumirse como prohibidos a menos que el Estado que aplique alguno de ellos se esmere en demostrar que esa presunción no es válida para el caso particular de que se trate sobre la base del argumento de que existen razones imperiosas para que ellos sean utilizados. En otras palabras, aplica el test del escrutinio estricto que desarrolló la Corte Suprema de los Estados Unidos.³⁷

Esta noción de categorías sospechosas como categorías *a priori* irrazonables es tributaria del principio de igualdad como no-discriminación³⁸ y

³⁷ Ferreres Comellas, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 242-268.

³⁸ Véase Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 695-742.

tiene dos efectos. Por un lado, convierte a las categorías prohibidas en categorías de carácter simétrico, es decir, que, por ejemplo, no es posible usar la categoría "sexo" en ningún caso, no sólo para justificar tratos ventajosos a los varones, sino tampoco a las mujeres. Por ese motivo, y como segundo efecto, esas categorías así entendidas operan como obstáculo para llevar adelante políticas afirmativas que favorezcan a grupos estructuralmente desiguales y cuyo diseño e implementación tienen por objeto dismantelar las condiciones que hicieron y hacen de esos grupos castas inadmisibles en un régimen de igualdad de trato,³⁹ en línea con lo que requiere el principio de igualdad como no-sometimiento. Por ello, no es posible asociar estos listados de criterios prohibidos *a priori* con políticas tendientes a dismantelar situaciones de desigualdad estructural de grupos, pues ambos conceptos, el de categorías simétricas y el de tratos preferenciales a grupos, son en principio, contradictorios.

Esta visión de la igualdad como no-discriminación, con su aplicación simétrica y extendida a todos los casos, se ve reflejada, por ejemplo, en las afirmaciones de la Corte Intereamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva Nro. 4:

53. El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio

³⁹ *Ibidem*. Una estrategia de rescate de ese tipo de categorías y del escrutinio estricto podría ser la de entender a las acciones afirmativas como fundadas en un interés estatal urgente que derrote a la presunción de invalidez que se le asigna a su uso; de este modo, habría una especie de reconocimiento de la situación de exclusión y ella sería "asimilada" por la noción de igualdad como no-discriminación. Sin embargo, no estoy de acuerdo con esta estrategia por las razones que expongo en "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", *supra* nota 39.

de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

54. Por su lado el artículo 24 de la Convención establece

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Aunque las nociones no son idénticas y quizás la Corte tendrá en el futuro la oportunidad de precisar las diferencias, dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.

Sin embargo, la Corte Interamericana, enfrentada a casos de desigualdad estructural, corrige su noción de igualdad como no-discriminación con ideas que parecen estar más cerca de una noción de igualdad como no-sometimiento. Veamos lo que la Corte Interamericana sostuvo en la Opinión Consultiva Nro. 18:

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en

aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

Si bien la referencia a los *grupos* que hace la Corte en esta OC-18 sigue presumiendo un alcance simétrico de los criterios prohibidos, pues no agrega que el grupo debe encontrarse en una situación de desventaja estructural, las referencias a la *discriminación de facto*, como la mención de *prácticas* prohibidas de funcionarios públicos, introduce aquel factor *sociológico* que Owen Fiss consideraba tan esencial para la idea de igualdad como no-sometimiento. Sin embargo, hasta aquí no surge la noción de grupo en situación de desigualdad estructural, que sí emerge a partir del caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, cuando la Corte Interamericana sostiene que:

401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (*supra* párr. 398), es posible asociar la *subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas*, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.

450. La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de *discriminación estructural* en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra*

párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble Reparación.⁴⁰

Esta cita parece ser evidencia de la incorporación de la noción de desigualdad estructural en el pensamiento y el lenguaje de la Corte Interamericana. La referencia a la "subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas" y, luego, la mención del concepto mismo de "desigualdad estructural" en el párrafo siguiente, muestran que la Corte se ha inclinado por leer el artículo 24 de la Convención a la luz del principio de igualdad como no-sometimiento y no, al menos no exclusivamente, a través del prisma de la noción de igualdad como no-discriminación.⁴¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha transitado esa misma huella cuando sostuvo en su Informe sobre *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* que:

⁴⁰ Corte IDH, *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Nro. 205. Párrafo 401. El énfasis es mío.

⁴¹ La Corte Interamericana profundiza en esta noción de desigualdad estructural posteriormente al menos en otros dos casos: *Atala Riffo vs. Chile* (2012) y *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016).

72. El principio de no discriminación aplicado a los problemas de género puede tener diferentes significados que denotan distinto alcance en su protección. Una primera formulación de este principio, más restringido en términos de su protección, condena las normas, las prácticas y políticas por las cuales un hombre, por el sólo hecho de ser hombre o por supuestos rasgos o condiciones que serían inherentes al hombre, es elegido para un trabajo o un cargo. Por ejemplo, son discriminatorias aquellas normas que postulan que sólo los hombres podrán estudiar una carrera profesional, ejercer determinado trabajo o ser administradores de los bienes de la sociedad conyugal. En consecuencia, en este sentido, el principio de no discriminación postula que las personas no deben ser tratadas desigualmente en base a su sexo, ya que está comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos independientemente de su sexo. Este enfoque presupone un mundo de individuos autónomos que compiten en una carrera o que toman decisiones libres.⁴²

75. Una concepción más amplia del principio de no discriminación se vincula con la idea de terminar con la subordinación de las mujeres como grupo. Esta concepción (que en esta luz algunos llaman principio de antisubordinación condena las prácticas que tienen el efecto de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados, como es el caso de las mujeres. En esta concepción la discriminación de las mujeres no sólo debe ser rechazada porque presupone un trato injusto para algunas personas individualmente consideradas, sino porque, además, tiene por función subordinar a las mujeres como grupo para de este modo crear y perpetuar una jerarquía de género. La discriminación es considerada uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos que coloca a las mujeres en la base de dicha pirámide.

⁴² Comisión IDH, Informe sobre *Acceso a la justicia par alas mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007.

El párrafo no podría ser más claro. La toma de partido de la Comisión por una concepción de igualdad construida sobre el principio de no-subordinación o no-sometimiento es explícita y no deja lugar a dudas. Si bien el primero de los párrafos citados parece adoptar una noción de igualdad como no-discriminación, asociada a la razonabilidad de los criterios y el impacto simétrico que esa idea de igualdad tiene, en el segundo párrafo corrige esa noción y remata con la aceptación explícita de la noción de desigualdad estructural y la consiguiente justificación de las medidas de acción afirmativa que favorecen en el trato al grupo sistemáticamente sometido. Ello resulta aún más evidente cuando afirma que:

99. El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.⁴³

III. Fuentes de consulta

BERLIN, Isaiah, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1993.

DULITZKY, Ariel E., "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Anuario Núm. 3, Año 2007.

⁴³ *Ibidem*.

FERRERES COMELLAS, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976.

_____, *Una comunidad de iguales*, Buenos Aires, Miño y Avila Dávila, 2002. Traducido del inglés por Raúl M. Mejía del original *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Beacon Press, Boston, 1999.

Mackinnon, Catharine A., *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven, 1979.

MILLER, Jonathan, GELLY, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1991.

NASH ROJAS, Claudio y VALESKA, David, "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Nash Rojas, Claudio y Mujica Torres, Ignacio (eds.), *Derechos Humanos y Juicio Justo*, Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos, Lima.

POST, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Post, Robert *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003.

POU GIMÉNEZ, Francisca Pou Giménez, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte", en Olguín, Ana María Olguín (coord.), *Discriminación. Piezas para armar*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2021.

SABA, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

_____, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el estado a los grupos desaventajados*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016.

SIEGEL, Reva B., "Discrimination in the Eyes of the Law: How 'Color Blindness' Discourse Disrupts and Rationalizes Social Stratification", en Post, Robert C. et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Duke University Press, Durham, 2003.

Sentencias e informes

Comisión IDH, Informe sobre Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 68, 20 enero 2007.

Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Languages in Education in Belgium (Fondo), 23 de Julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párrafo 10.

Corte IDH, Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C. Núm. 205. párrafo 401.

SCJN, Pleno, Amparo de Revisión 662/1993, 27 de junio de 1995. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: María Elena Leguizamón Ferrer.

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 19 de noviembre de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 2199/2009, 27 de enero de 2010. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez, Juan Carlos Roa Jacobo, Dolores Rueda Aguilar y Ricardo Manuel Martínez Estrada.

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 410/2012, 21 de noviembre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar. Secretario: Javier Mijangos y González.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, 13 de noviembre de 2013. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valdez.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 19/2014, 3 de septiembre de 2014. Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 8314/2019, 23 de septiembre de 2020. Ponente: Alberto Pérez Dayán.

CAPÍTULO 9

Metodologías de adjudicación para casos de discriminación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ricardo Latapie Aldana*

* Abogado por el Centro de Investigación y Docencia Económicas con estudios de posgrado en la Universidad de Columbia y Secretario de Estudio y Cuenta en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia de la SCJN.

SUMARIO: I. Discriminación directa. II. Test de proporcionalidad. III. Análisis de escrutinios escalonados. IV. Hacia un test de igualdad. V. Metodologías de adjudicación en casos de discriminación indirecta. VI. Discriminación indirecta: un desarrollo pendiente. VII. Metodologías de adjudicación para casos que involucran acciones afirmativas. VIII. Fuentes de consulta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o Corte) ha generado numerosos criterios sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Específicamente, una parte de éstos se han enfocado en mostrar qué método debe seguirse al estudiar la constitucionalidad de un acto o norma considerado discriminatorio. No obstante, navegar a través de esta serie de criterios puede ser una tarea compleja en la medida en la que la práctica de la Corte no ha sido del todo consistente.

El objetivo de este capítulo es fungir como una guía para aproximarse a la práctica de la Corte en esta cuestión. Así, el capítulo se divide en tres secciones. La primera se enfoca en la práctica de la Corte alrededor de los casos de discriminación directa. La segunda parte se encarga de los casos de discriminación indirecta. Finalmente, la tercera parte estudia los casos de acciones afirmativas.

Antes de pasar al estudio, vale la pena hacer algunas precisiones sobre cómo han llegado a coexistir estas metodologías en la jurisprudencia de la SCJN. A lo largo de los últimos años, la Corte parece haber sido influenciada por la práctica de distintos tribunales como el Tribunal

Constitucional alemán y la Suprema Corte de Estados Unidos. Así, distintas sentencias retoman el test de proporcionalidad, que originalmente se desarrolló en el derecho administrativo alemán.¹ Por su parte, otras decisiones adoptaron los niveles de escrutinio que aplican los tribunales estadounidenses. Ambas metodologías consisten en una serie de pasos que la norma o práctica analizada debe superar para validar su constitucionalidad. La siguiente tabla ilustra la forma en la que se han entendido éstas en sus jurisdicciones de origen.²

Test de proporcionalidad ³	Niveles de escrutinio
<p>-Revisión de si existe una injerencia <i>prima facie</i> en un derecho (en este caso igualdad) a través de la medida impugnada.</p> <p>-Legitimidad de los fines: Revisión sobre si el Estado está constitucionalmente autorizado para llevar a cabo la medida.</p> <p>-Idoneidad: Revisión sobre si la medida está encaminada a conseguir el fin que persigue.</p> <p>-Necesidad: Revisión sobre posibles medidas alternativas que cumplan en el mismo grado con la finalidad perseguida con el fin de determinar si ésta es la que menos interfiere con el derecho en conflicto.</p>	<p>Análisis de racionalidad⁴</p> <p>-Revisión sobre la legalidad del fin que persigue la medida.</p> <p>-Revisión sobre si la medida se encamina en algún grado a la consecución del fin pretendido.</p> <p>Escrutinio intermedio⁵</p> <p>-Revisión sobre si el fin que persigue la medida es constitucionalmente importante.</p> <p>-Revisión sobre si la medida está sustancialmente relacionada con la consecución del fin importante.</p>

¹ Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 72, 2008, p. 97.

² He desarrollado con mayor profundidad los orígenes y desarrollos de estas metodologías en: Latapie, Ricardo, "¿De qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad?", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, SCJN, 2021.

³ Klatt, Mathias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP, 2012 p. 8.

⁴ Chemerinsky, Erwin, *The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)*, 14 *Geo JL & Pub Pol'y* 401, 2016, p. 402.

⁵ Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 790-791.

<p>-Proporcionalidad en sentido estricto: Realiza un balance entre el grado de satisfacción del fin perseguido y el grado de intervención en el derecho en conflicto.</p>	<p>Escrutinio estricto⁶</p> <p>-Revisión sobre si la medida persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa.</p> <p>-Revisión sobre si la medida está estrechamente vinculada con la consecución de la medida que persigue.⁷</p>
---	--

Pese a que el test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio son la influencia más clara de nuestra práctica en la adjudicación de casos de discriminación, existen otras prácticas que podrían haber servido de influencia. Algunas metodologías utilizadas por otros tribunales retoman y mezclan elementos del test de proporcionalidad junto con los niveles de escrutinio. Así, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Constitucional de Colombia han utilizado estos modelos híbridos que incorporan la grada de proporcionalidad en sentido estricto con la graduación de intensidad que deriva de los niveles de escrutinio.⁸ En la medida en la que esto también sucede en algunos casos de la SCJN, podría pensarse que estas prácticas han influido en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial.

I. Discriminación directa

La práctica alrededor de los casos de discriminación directa es la más abundante. A grandes rasgos, como se anticipó antes, los criterios de la

⁶ Fallon, Richard H. Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L Rev 1267, pp. 1273 y 1326-1334.

⁷ En otra ocasión he explicado el escrutinio estricto como un análisis de tres gradas. No obstante, una interpretación más precisa de la jurisprudencia estadounidense es que la segunda grada del escrutinio estricto incorpora el análisis de lo que nosotros entendemos por la grada de necesidad. Véase la nota 83 más adelante.

⁸ Para un recuento minucioso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase Serrano, Silvia, "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH: Avances y retos pendientes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, México, SCJN, 2021. Para un resumen breve sobre el caso de Colombia, véase Latapie, Ricardo, "¿De qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, México, SCJN, 2021, pp. 17-18.

Corte en este punto podrían dividirse en tres grupos. Un primer grupo de casos ha desarrollado e impulsado la aplicación del test de proporcionalidad en este tipo de asuntos. Un segundo grupo ha adoptado el uso de niveles de escrutinio de manera similar a la Suprema Corte de Estados Unidos. Finalmente, existe un tercer grupo de casos que incorpora elementos de las dos metodologías anteriores en distintas formas. En otras palabras, este grupo de casos retoma distintos elementos tanto del test de proporcionalidad como de los niveles de escrutinio. Es importante aclarar que este último grupo integra todos los casos que de una u otra forma incorporan elementos de las metodologías antes mencionadas. Esto significa que no necesariamente retoman siempre los mismos elementos.

La coexistencia de estas tres prácticas es un problema en la medida en la que no es una decisión consciente de la SCJN. En otras palabras, la Corte no ha desarrollado lineamientos que den cuenta de cuándo preferir una metodología sobre otra. La falta de justificación de lo anterior apunta a un problema de consistencia en la aplicación de metodologías de adjudicación más que a una decisión consciente. Esto tiene distintas consecuencias. La más obvia es que genera incertidumbre entre las personas que activan el sistema de impartición de justicia que no tienen una expectativa clara de la forma en la que va a resolver la Corte.

Por lo anterior, no se puede realizar un estudio completo de la práctica de la Corte en la adjudicación de casos de discriminación sin aludir a los tres grupos de casos identificados. En lo que resta de esta sección, se desarrollará el uso que la Corte le ha dado a estas metodologías a partir de un estudio de casos. El objetivo de lo anterior es entender en qué casos han sido aplicadas y qué implica cada grada o paso de éstas. Así, se estudiará primero el test de proporcionalidad seguido de los niveles de escrutinio y, finalmente, los casos híbridos.

II. Test de proporcionalidad

Como se mencionó previamente, el test de proporcionalidad examina en un primer momento si la medida controvertida tiene una incidencia

prima facie en un derecho fundamental y posteriormente se verifica si cumple con las gradas de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La Corte ha coincidido con este enfoque en casos no relacionados con el derecho a la igualdad y no discriminación.⁹

Incidencia *prima facie*

Pese a que la doctrina y la propia Corte han reconocido la necesidad de verificar la incidencia *prima facie* de una medida en un derecho antes de aplicar el test, en casos de discriminación no existe una práctica consistente en su aplicación. En efecto, aunque algunos casos siguen esta tendencia, existen otros precedentes que inician el test con otro análisis. Más aún, otros casos inician el análisis con la grada de legitimidad del test.

Uno de los pocos precedentes que utiliza este paso es el amparo en revisión 1041/2019.¹⁰ En este caso, un grupo de personas pertenecientes a una comunidad indígena fue desalojado de ésta debido a que se habían negado a seguir los festejos religiosos de la comunidad al haberse convertido a la religión de los Testigos de Jehová.¹¹ El grupo de personas inició un juicio de amparo para impedir su desalojo que eventualmente llegó a la SCJN. La Corte analizó si el desalojo consistía en un acto de discriminación basado en la religión del grupo utilizando el test de proporcionalidad.

En ese sentido, la Corte analizó la norma "no escrita que dice que cuando una persona de la comunidad deja de ser comunero por cuestiones relacionadas con la negativa a participar en la religión y costumbres de la comunidad, de conformidad con el Estatuto Comunal, puede ser expulsado de la comunidad y el territorio que ésta ocupa"¹² junto con los

⁹ Véase, por ejemplo, el Amparo en Revisión 237/2014 sobre el uso lúdico de marihuana. SCJN, Amparo en Revisión 237/2014 resuelto en sesión de 4 de noviembre de 2015.

¹⁰ SCJN, Amparo en Revisión 1041/2019, resuelto en sesión de 8 de julio de 2020.

¹¹ *Ibid.*, página 2, párrafo 4.

¹² Página 36, párrafo 84.

actos de desalojo de las personas. La SCJN consideró que lo anterior no incidía en el contenido *prima facie* del derecho a la igualdad y no discriminación al considerar que las comunidades indígenas podían asimilarse a las agrupaciones religiosas en sentido estricto, "en función de que resulta evidente que tienen la posibilidad de hacer distinciones por motivos religiosos, pues es justamente esta distinción respecto de las otras religiones lo que los hace ser una comunidad diferenciada".¹³

Llama la atención que la sentencia concede que la comunidad puede realizar este tipo de ejercicios de distinción por motivos religiosos sin que esto impacte en el derecho a la igualdad y no discriminación. Esto en la medida en el que el argumento de que este tipo de distinciones respecto de otras religiones los hace una comunidad diferenciada parece encaminarse más a justificar la validez de la práctica o, en otras palabras, a mostrar que la práctica acredita las otras gradas del test.¹⁴ Si este paso del test comprende la interpretación de la disposición constitucional que alberga el derecho a la igualdad junto con los alcances de la práctica en cuestión,¹⁵ no sería difícil conceder que hay una incidencia inicial en el derecho en la medida en la que, como señala la sentencia, la comunidad realizó una distinción con base en la religión del grupo para expulsarlos de ésta. La discusión sobre su validez se tendría que dar a través del desarrollo del resto de las gradas del test en dicho caso.

Un ejercicio alternativo que se ha realizado en otros precedentes se concentra en establecer un término de comparación entre quien alega la discriminación y algún otro grupo que se encuentre en una situación de igualdad. Hecho esto se verifica si en realidad existe una diferencia en el trato que reciben ambos grupos y, de ser así, se inicia el examen de legitimidad de la

¹³ Página 57, párrafo 144.

¹⁴ En efecto, esto podría contribuir a argumentar que la práctica persigue una finalidad constitucionalmente válida (la satisfacción de la libertad religiosa de la comunidad) o tal vez por qué no hay otra medida menos gravosa que la expulsión del grupo, pero no informa sobre por qué esto no impacta en el contenido *prima facie* del derecho a la igualdad y no discriminación.

¹⁵ SCJN, Amparo en Revisión 237/2014 resuelto en sesión de 4 de noviembre de 2015, página 30.

medida.¹⁶ Dos precedentes que han utilizado este modelo son el amparo en revisión 364/2018¹⁷ y el amparo directo en revisión 7027/2018.¹⁸

En el amparo en revisión 364/2018, la Segunda Sala analizó el caso de un hombre que inició los trámites de una pensión por viudez derivado del fallecimiento de su cónyuge. La delegación encargada del Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante "IMSS") le hizo saber que, conforme al artículo 152 de la Ley del Seguro Social publicada en 1973, debía demostrar estar totalmente incapacitado y que dependía económicamente de su cónyuge para la procedencia de la pensión, requisito que era exclusivo para los hombres. El hombre promovió un juicio de amparo que eventualmente llegó a la Corte en el que controvertió el artículo 153 por contravenir el derecho a la igualdad y no discriminación. Por su parte, en el amparo directo en revisión 7027/2018, dos hombres controvertieron una de las cláusulas de jubilación de su contrato colectivo de trabajo, en el que se estipulaba que los hombres podían acceder a la jubilación al contar con 25 años de servicio y 55 años de edad o 30 años de servicio sin límite edad, mientras que a las mujeres sólo se les pedía 25 años de servicio sin límite de edad. Los hombres controvertieron esta diferencia alegando que se transgredía su derecho a la igualdad y no discriminación, juicio que eventualmente llegó a la Corte.

Ambos casos comienzan sus respectivos análisis preguntándose si "existe una situación comparable y, con base en ésta, establecer si los sujetos se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente."¹⁹ Así, en ambos casos la

¹⁶ El uso de este paso se enmarca en el modelo que ha sido delineado en la tesis de jurisprudencia 2a./J 42/2010 de rubro: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. Como se verá más adelante, esta concepción del test de proporcionalidad también omite la grada de necesidad.

¹⁷ SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, página 23.

¹⁸ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 17, párrafo 33.

¹⁹ SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, página 22; SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 17, párrafo 33.

Corte analizó las medidas impugnadas y concluyó que ambas establecían tratos diferenciados (comprobar la incapacidad y dependencia en un caso y más edad y años de servicio en el otro) entre dos grupos (hombres y mujeres) en supuestos de hecho equivalentes.²⁰

La revisión sobre la incidencia *prima facie* y el análisis del término de comparación parecen guardar algunas semejanzas en la medida en la que ambas pretenden mostrar si nos encontramos frente a una posible violación al derecho a la igualdad y no discriminación, filtrando aquellos casos en los que no es así. Pese a lo anterior, existen casos en los que no se hace ninguno de estos estudios. En estos casos, la SCJN ha entrado directamente al estudio de la grada de legitimidad. Entre estos destacan el amparo en revisión 307/2007, el amparo directo en revisión 652/2015 y el amparo directo en revisión 4865/2018 que serán analizados en la siguiente subsección. Por ahora resta reconocer que este tipo de casos probablemente incurren en un análisis similar a los que hemos estudiado en esta subsección sin explicitarlo en la sentencia en la medida en la que el estudio de las siguientes etapas del test de proporcionalidad presupone la existencia de un posible caso de discriminación.

Legitimidad

Esta grada del test se pregunta por los motivos detrás de la medida impugnada y su compatibilidad con la Constitución. Sin embargo, la Corte no siempre enuncia este análisis en los mismos términos. Por ejemplo, al estudiar el amparo directo en revisión 7027/2018, la Corte señaló que se debía buscar una finalidad constitucionalmente aceptable y posteriormente se refirió a ésta como un fin constitucionalmente válido.²¹ En el amparo en revisión 364/2018 la Corte también habló de una finalidad constitucionalmente válida.²² Por su parte en el amparo en revisión 307/2007, en el cual la SCJN revisó la regularidad constitucional del

²⁰ SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, página 27; SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 22, párrafo 42.

²¹ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 22, párrafo 44.

²² SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, páginas 22-23.

artículo 226, segunda categoría, fracción 45 de la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas,²³ la Corte advirtió que la medida debía contar con una finalidad constitucionalmente legítima.²⁴

Hasta el momento la terminología parece ser similar con variaciones en si la finalidad debe ser legítima, aceptable o válida. No obstante, existen casos que se alejan de esto. En el amparo directo en revisión 652/2015, la Corte analizó la constitucionalidad del tipo penal de feminicidio contenido en el artículo 153-a del Código Penal de Guanajuato. Al explicar la primera grada del test que aplicó, la Corte señaló que se debía estudiar "si la finalidad es objetiva y constitucionalmente válida. Ello debido a que los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar relación con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad."²⁵ Por su parte, en el amparo directo en revisión 4865/2018, la Corte estudió si el despido de un hombre por portar un tatuaje en forma de suástica de una compañía con miembros de la comunidad judía era discriminatorio. Al aplicar el test, la Corte señaló que primero revisaría la legalidad y finalidad de la medida. Por un lado, explicó que la legalidad implicaba "que las condiciones y circunstancias generales que autorizan las restricciones a un derecho humano deben estar claramente establecidas en la ley, entendida esta tanto en su sentido formal como material."²⁶ Por otro lado, advirtió que la finalidad evaluaba "que la medida objeto de juzgamiento debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin".²⁷

La pregunta más importante alrededor de estos términos es si uno u otro modifica lo que la Corte debe verificar a fin de tener por cumplida esta

²³ En ese asunto un militar fue declarado como "inútil" para la prestación del servicio militar al contar con seropositividad al virus de inmunodeficiencia humana. El militar controvertió esta decisión, y llegó finalmente a la Corte.

²⁴ SCJN, Amparo en Revisión 307/2007 resuelto en sesión del 24 de septiembre de 2007, página 71.

²⁵ SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, páginas 29-30, párrafo 66.

²⁶ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, página 103-104, párrafo 167.

²⁷ *Ibidem*, página 104, párrafo 170.

etapa del test. Una de las formas en las que podemos verificar esto es a través de la explicación que da la SCJN en cada sentencia, aunque esto a veces no ocurre. Por ejemplo, en el amparo en revisión 364/2018, la Corte no explicó qué entendía por una finalidad constitucionalmente válida y se limitó a decir que no encontraba una justificación para la distinción entre hombres y mujeres en los requisitos para acceder a la pensión por viudez.²⁸

Otros casos, sin embargo, son más ilustrativos. En el amparo en revisión 307/2007 la Corte citó una tesis jurisprudencial²⁹ en la que se aclara que el fin de la medida debe estar "dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas".³⁰

²⁸ SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, páginas 27-28.

²⁹ Al mismo tiempo, la Corte citó otras tesis de la quinta época que podrían contribuir a la falta de claridad de la metodología que se aplica.

³⁰ Tesis: 1a./J55/2006 de rubro: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias

Al aplicar esto al caso, la Corte consideró que la finalidad detrás del artículo que contemplaba la seropositividad al VIH como causal de "inutilidad" para el servicio militar era garantizar la eficacia de las fuerzas armadas y la protección de sus miembros y terceros.³¹

Por su parte, en el amparo directo en revisión 7027/2018, la Corte consideró que la finalidad detrás de los requisitos diferenciados por género para el acceso a la jubilación era un reconocimiento a la función que la mujer desempeña dentro de la sociedad.³² En el amparo directo en revisión 652/2015 la Corte advirtió que la finalidad detrás de la tipificación del feminicidio perseguía la tutela del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y que ésta era objetiva y constitucionalmente válida.³³ Finalmente, en el amparo directo en revisión 4865/2019, la Corte consideró que el despido del hombre con el tatuaje de una suástica cumplía con el requisito de legalidad en la medida en la que sus derechos a la libre expresión y al libre desarrollo de la personalidad podían restringirse ante afectaciones a terceros por ser discurso de odio.³⁴ Al mismo tiempo consideró que la finalidad detrás de este acto era la protección de los empleados judíos que se habían sentido discriminados.³⁵

Lo anterior nos permite observar que, a pesar de las diferencias terminológicas que utiliza la Corte, la etapa de la finalidad del test de proporcionalidad suele satisfacerse cuando una medida busca tutelar un derecho

derivadas del principio mencionado". Llama la atención que la propia tesis incorpora y suprime o modifica elementos del test que se emplea en la sentencia. Por ejemplo, en la tesis se agrega que la medida debe ser "objetiva", mientras que se suprime la grada de necesidad, limitándose a señalar en la grada de proporcionalidad que la medida no debe ser innecesaria.

³¹ SCJN, Amparo en Revisión 307/2007 resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, página 71.

³² SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 22, párrafo 45. Si bien la incorporación de medidas que buscan nivelar la desigualdad estructural que enfrentan las mujeres en el mercado laboral derivado de la doble jornada que enfrentan con frecuencia podría derivarse con facilidad de la Constitución, la identificación del fin como "un reconocimiento al papel de la mujer en la sociedad" puede generar ambigüedad que más adelante derive en problemas cuando nos preguntemos si la medida se ajusta al fin.

³³ SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, páginas 32-33, párrafo 71.

³⁴ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, página 104, párrafo 169.

³⁵ *Ibidem*, página 105, párrafo 171.

fundamental como el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia o un valor que puede desprenderse de la Constitución, como la eficacia de las fuerzas armadas.

Idoneidad

La grada de idoneidad se enfoca en examinar si la medida impugnada se encamina a cumplir la finalidad que persigue. Como en la grada anterior, el uso de distintos términos dificulta el estudio sobre si la Corte hace el mismo ejercicio siempre que llega a esta etapa. De igual forma, algunas preguntas relevantes en esta etapa son si la SCJN exige algún grado en particular de relación entre la medida y su fin, así como las formas de demostrarlo.

Antes de pasar a estas cuestiones, es conveniente tomar un momento para discutir algunas complicaciones que derivan del tipo de análisis que exige esta etapa. Dado que la grada de idoneidad exige verificar la relación entre la medida y su fin, en ocasiones este análisis puede equipararse erróneamente con un ejercicio de justificación del fin que se persigue. De igual forma, esta etapa puede evidenciar ciertos problemas relacionados con la identificación del fin que persigue la medida. Por ejemplo, en el amparo directo en revisión 7027/2018, la Corte señaló que se cumplía con esta etapa (que en sus palabras verifica si "la diferenciación cuestionada es adecuada para el logro del fin legítimo buscado"),³⁶ pero basó gran parte de su estudio en mostrar por qué es importante la medida³⁷ mencionando sólo brevemente cómo la medida pretende alcanzar el fin al contribuir a aminorar la carga de las mujeres que han ejercido la maternidad.³⁸

Del mismo modo, vale la pena cuestionar por qué la SCJN formuló el fin de un modo abstracto ("un reconocimiento al papel de las mujeres en

³⁶ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, páginas 17-18, párrafo 33.

³⁷ *Ibidem*, páginas 24-25, párrafo 52.

³⁸ *Ibidem*.

la sociedad") y no de forma más concreta (por ejemplo, una medida tendiente a conseguir igualdad sustantiva para las mujeres). Lo anterior no es una sutileza en la medida en la que esta etapa nos obliga a preguntarnos por la forma en la que la medida se encamina a alcanzar el fin. Así, la forma en la que se presenta el fin podría dificultar la argumentación de la segunda etapa del test, como evidencia este caso.

Un problema adicional que puede derivar de la etapa anterior puede apreciarse en el amparo directo en revisión 4865/2018. Dado que la Primera Sala identificó la protección de dos derechos como fin de la medida tomada por la empresa, cabe preguntarse cómo hacer el estudio de la segunda etapa del test. En otros casos no relacionados con discriminación en los que se han identificado posibles afectaciones a distintos derechos por parte de una medida, la Corte ha aplicado un test por derecho afectado.³⁹ La sentencia no da una respuesta a esto, ya que omite explicitar el análisis de idoneidad de la medida, pasando a la grada de necesidad tras determinar que cumple con tener una finalidad y cumplir con el requisito de legalidad.⁴⁰

Pasando a los problemas terminológicos, el amparo en revisión 307/2007, al enunciar la segunda grada, estableció que la medida debía ser "adecuada, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva".⁴¹ Por su parte, el amparo directo en revisión 652/2015 señala que la segunda grada examina "la racionalidad de la medida, es decir, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido".⁴² Pese a que no lo aplica explícitamente, el amparo directo en revisión 4865/2018 advierte que la medida debe lograr en algún grado la conse-

³⁹ Véase, por ejemplo, SCJN, Amparo en Revisión 163/2018 resuelta en sesión de 31 de octubre de 2018.

⁴⁰ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, página 105, párrafo 172.

⁴¹ SCJN, Amparo en Revisión 307/2007 resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, páginas 70-71.

⁴² SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, página 30, párrafo 66.

cución de su fin.⁴³ Por su parte, el amparo directo en revisión 7027/2018 establece que la diferenciación cuestionada debe ser adecuada para lograr el fin que persigue.⁴⁴

Pese al uso diferenciado de términos como "adecuado", "idóneo", "apto", "racional", la práctica de la Corte se suele centrar en la relación entre la medida y su fin, a fin de verificar si contribuye a cumplir este último. El ejemplo más claro es el amparo en revisión 307/2007. En la sentencia la Corte concluye que prever el retiro de los militares con seropositividad al VIH no cumple con el fin de garantizar la eficacia de las fuerzas armadas en tanto existen estudios que demuestran que aislar a las personas con VIH o SIDA no afecta en forma alguna la salud pública ni el padecimiento se transmite por contacto casual o vía respiratoria.⁴⁵ El amparo directo en revisión 652/2015 sigue esta tendencia y especifica que la tipificación del feminicidio constituye una mecanismo de protección frente a agresiones que puedan sufrir las mujeres, con lo que se encamina a satisfacer el derecho a una vida libre de violencia.⁴⁶

Necesidad

La grada de necesidad analiza la existencia de medidas alternas que cumplan en el mismo grado el fin perseguido y sean menos restrictivas. A diferencia de las gradas anteriores, los problemas en esta etapa se relacionan con que a veces es subsumida dentro de la grada de proporcionalidad en sentido estricto y en ocasiones desaparece por completo del análisis.

⁴³ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, página 104, párrafo 170.

⁴⁴ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 17-18, párrafo 33.

⁴⁵ SCJN, Amparo en Revisión 307/2007 resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, página 72.

⁴⁶ SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, páginas 43-44, párrafos 88-91.

En ese sentido, en el amparo directo en revisión 7027/2018⁴⁷ elimina por completo la grada de necesidad de su análisis al igual que el amparo en revisión 364/2018.⁴⁸ Por su parte, en el amparo directo en revisión 652/2015 la Corte no enunció explícitamente la grada de necesidad pero al referirse a la de proporcionalidad en sentido estricto mencionó que consistía en "valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad, la cual propiamente sopesa la relación de medios afines, con el objetivo de determinar si en aras de un fin constitucionalmente válido no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera **existir alguna vía menos gravosa** para el derecho".⁴⁹ Como se aprecia, la sentencia hace referencia a la idea de que no debe existir una medida menos gravosa pero lo liga casi de manera complementaria al análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

Por su parte, en el amparo directo en revisión 4865/2018 la Corte reconoció que la grada de necesidad implica que no deben existir medidas alternativas que también sean idóneas, pero afecten en menor grado el derecho fundamental involucrado.⁵⁰ Hasta el momento, esto coincide con lo que hemos entendido que acarrea la grada de necesidad. No obstante, la sentencia agrega que se debe verificar que la medida atienda a una necesidad social imperiosa que la justifique.⁵¹ Como se puede apreciar, este requisito adicional se relaciona con el fin o motivación detrás de la medida, aspecto que fue analizado en la primera grada del test. Llama la atención que, al aplicar lo anterior, la Corte se centró en este último aspecto y no en la verificación de medidas alternas.⁵²

⁴⁷ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018 resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 17-18, párrafo 33.

⁴⁸ SCJN, Amparo en Revisión 364/2018 resuelto en sesión 20 de junio de 2018, página 22.

⁴⁹ SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, página 30, párrafo 66. Énfasis añadido.

⁵⁰ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, páginas 105-106, párrafo 174.

⁵¹ *Ibidem*, página 106, párrafo 175.

⁵² En efecto, tras explicar en qué consisten las gradas de necesidad y proporcionalidad, la Primera Sala se enfoca en evaluar si es "imperiosa" la necesidad de adoptar medidas en relación con el tatuaje que portaba el individuo. Véase, *Ibidem*, páginas 108-109, párrafo 180.

Al explicar el test en el amparo en revisión 307/2007, la Corte consideró que la grada de necesidad implicaba evaluar si la medida era "suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo".⁵³ La noción de suficiencia y de que la medida no debe imponer cargas desmedidas alude a lo que hemos establecido como la grada de necesidad. Con todo, es difícil concluir si la Corte se refería exactamente a un análisis de medidas alternas menos restrictivas debido a que no llegó a aplicar la grada en el caso.

Proporcionalidad en sentido estricto

Al inicio de este estudio establecimos que la grada de proporcionalidad en sentido estricto pretende hacer un balance entre el grado de intervención de un derecho y el grado de satisfacción del fin que persigue. Ahora bien, algunas de las sentencias de la Corte relacionan esta grada con la noción de "razonabilidad". Así, tanto el amparo en revisión 307/2007 como el amparo directo en revisión 7027/2018 aluden a la razonabilidad dentro de la grada de proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, el primero señala que la medida "debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención".⁵⁴ Por su parte, el segundo señala que la grada de proporcionalidad implica verificar "si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar".⁵⁵

Como se puede apreciar, aunque ambos casos utilizan términos similares, el segundo caso es menos claro en qué entiende por razonabilidad. Por un lado, en el amparo en revisión 307/2007 se alude a un balance entre la

⁵³ SCJN, Amparo en Revisión 307/2007 resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, páginas 70-71.

⁵⁴ *Ibidem*, página 71.

⁵⁵ SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019, página 17-18, párrafo 33.

gravedad de la intervención en el derecho y la importancia de la finalidad que se persigue con ésta. Por otro lado, en el amparo directo en revisión 7027/2018, la Corte refiere a una relación de razonabilidad con el fin que se persigue sin ahondar más en esto. Al aplicarlo, la Corte se limitó a mencionar que la medida era proporcional dado que era razonable con el fin que perseguía, sin dotar de significado el término "razonabilidad".⁵⁶ Llama la atención que la Corte complementó este análisis argumentando que la medida en realidad no causaba un perjuicio a los trabajadores hombres dado que estos podían gozar de la jubilación cuando cumplieran los requisitos que se estipulaban para ellos.⁵⁷ De esta forma, ambas sentencias parecen hacer un balance, tomando por un lado la gravedad de la intromisión en el derecho. No obstante, el otro lado de la balanza es menos claro en el amparo directo en revisión 7027/2018, ya que nunca se especifica la forma en la que la Corte constata la "razonabilidad". Por su parte, debe notarse que el amparo en revisión 307/2007 contrasta la gravedad de la intromisión en el derecho con la importancia o jerarquía de los fines que se persiguen. Esto último difícilmente puede entenderse como el grado de satisfacción de la medida que se persigue.

Al resolver el amparo directo en revisión 652/2015, la Primera Sala consideró que la grada de proporcionalidad implicaba un análisis sobre si la medida impugnada afectaba de manera innecesaria o excesiva otros bienes protegidos por la Constitución.⁵⁸ La Corte concluyó que la tipificación del delito de feminicidio era proporcional en tanto no era "ofensiva" dado que tendía a equilibrar el ejercicio de derechos fundamentales entre hombres y mujeres y generaba la misma situación para todas las mujeres en la hipótesis normativa.⁵⁹ No obstante, más adelante, la Corte señaló que la medida era proporcional porque existía un adecuado balance entre ésta y su finalidad, dado que el legislador local había

⁵⁶ *Ibidem*, página 25, párrafo 55.

⁵⁷ *Ibidem*, páginas 25-26, párrafo 56.

⁵⁸ SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015 resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015 página 44, párrafo 92.

⁵⁹ *Ibidem*, páginas 45-46, párrafo 96.

tomado en consideración la violencia de género que sufren las mujeres, lo cual genera una situación de mayor vulnerabilidad.⁶⁰ Como se puede apreciar, la Corte parece llevar dos análisis paralelos en esta grada sin dejar claro el contenido de la grada de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo anterior se puede contrastar con lo resuelto en el amparo directo en revisión 4865/2018. En este caso, la Corte entendió la grada de la proporcionalidad en sentido estricto de la misma forma en la que se ha planteado al inicio de este escrito, es decir, como un balance entre el grado de intervención de un derecho fundamental y el grado de satisfacción del fin que se persigue con ésta.⁶¹ Al aplicarlo, la Corte consideró que la libertad de expresión y el libre desarrollo de la personalidad del hombre con el tatuaje en forma de esvástica tenían un peso ordinario frente al derecho a la igualdad y no discriminación (cuyo peso no especificó), por lo que debía prevalecer la medida impugnada.⁶²

Como se puede apreciar, la práctica de la SCJN sobre el uso del test de proporcionalidad en casos de discriminación está revista de matices y variaciones que dificultan el estudio de su doctrina. Las variaciones más trascendentes implican la reinterpretación del contenido de alguna de las gradas o su omisión.

Preguntas de la sección

¿Existe alguna diferencia práctica entre el estudio de la incidencia *prima facie* del derecho y el estudio del término de comparación?

¿Utilizar el análisis del "término de comparación" podría dejar fuera del estudio de la Corte casos de discriminación en los que el argumento

⁶⁰ *Ibidem*, páginas 47-48, párrafo 101.

⁶¹ SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018 resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018, páginas 106-107, párrafo 176.

⁶² *Ibidem*, páginas 110-112, párrafos 182-184.

principal es precisamente que dos grupos no se encuentran en una situación de hecho similar cuando deberían estarlo?

¿Qué tipo de fines han sido considerados válidos por la SCJN?

¿Qué significa que un fin sea constitucionalmente válido?

¿Una medida puede perseguir más de un fin y, en su caso, cómo se aplica el resto del test?

¿La Corte debe dar evidencia de cómo la medida impugnada cumple con el fin que persigue y, en su caso, qué tipo de prueba?

¿Qué implicaciones tendría realizar el balance que deriva de la grada de proporcionalidad en sentido estricto entre el grado de intervención del derecho y la importancia del fin que persigue, dejando de lado el grado de satisfacción de este último?

¿Cómo podría descargarse la grada de proporcionalidad en sentido estricto si la Corte eligiera como finalidad de una medida la satisfacción de dos derechos distintos?

III. Análisis de escrutinios escalonados

Como se mencionó, el uso de un modelo escalonado de escrutinios deriva de la práctica de los tribunales norteamericanos. Cada nivel de escrutinio implica un análisis más riguroso de la constitucionalidad de norma. La razón detrás de esta práctica es que las cortes norteamericanas han considerado que existen casos en los que debe otorgarse mayor deferencia al legislador, mientras que en otros debe examinarse su actuación de forma más rigurosa.⁶³ En ese sentido, los tribunales

⁶³ Esta distinción se hizo por primera vez en una nota al pie en *United States v. Carolene Products* cuando la Corte se reservó la posibilidad de analizar con más rigor casos que implicaran violaciones a los derechos contenidos en la Carta de Derechos de Estados Unidos, a los procesos electorales o a los derechos de minorías. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

estadounidenses han reconocido tres niveles de escrutinio: ordinario, intermedio y estricto.⁶⁴ Un ejemplo de este último son casos en los que se distingue entre grupos de personas con base en ciertas características como la raza que, tradicionalmente, han sido utilizadas para discriminar a las personas.⁶⁵

En México, la SCJN ha adoptado este modelo parcialmente. Como se verá más adelante, la Corte ha utilizado frecuentemente el escrutinio ordinario y el estricto. No obstante, aún no se ha pronunciado claramente sobre la posibilidad de aplicar un escrutinio intermedio. La Corte ha aplicado el escrutinio estricto en casos que comprenden las categorías sospechosas previstas en el último párrafo del artículo primero constitucional⁶⁶ y el escrutinio ordinario en casos en los que se alegan transgresiones al derecho a la igualdad que no involucran dichas categorías. A diferencia de los casos que utilizan el test de proporcionalidad, los que utilizan los niveles de escrutinios suelen referirse a las mismas gradas y explicarlas en forma similar.

Un punto que vale la pena señalar antes de pasar al estudio de los escrutinios es que pueden existir casos que incorporen el análisis de término de comparación al que se hizo referencia antes. Así, al resolver el amparo

⁶⁴ La Corte utiliza el escrutinio ordinario o *rational basis review* como regla general, presumiendo la constitucionalidad de las acciones del legislador. Por su parte, como se ha mencionado, el escrutinio estricto se utiliza en aquellos casos en los que la Corte estima que se debe revertir dicha presunción debido a los derechos que están en juego. Así, el escrutinio estricto se aplica generalmente a casos que involucran derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos de Estados Unidos y para conflictos que involucran derechos de grupos minoritarios que se rigen por la Décimo Cuarta Enmienda. Finalmente, el escrutinio intermedio surgió ante la falta de consenso en la Corte sobre si la discriminación basada en género debía ser analizada bajo el escrutinio ordinario o el estricto. Véase Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 790-792.

⁶⁵ Estas características son conocidas como categorías sospechosas. Véase el capítulo respectivo de este manual para una aproximación más profunda.

⁶⁶ Artículo 1: [...]

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

en revisión 1002/2018, la Corte estudió la constitucionalidad de la norma que distinguía por edad entre los hijos de militares fallecidos para efecto del acceso a pensiones por orfandad.⁶⁷ La Corte reiteró el criterio señalado anteriormente sobre la necesidad de elegir un término de comparación que permita contrastar si los grupos involucrados se encuentran en una situación de igualdad.⁶⁸ Este análisis no fue influenciado por el nivel de escrutinio, en este caso estricto, seleccionado por la Corte.

Escrutinio ordinario

Finalidad legítima o constitucionalmente admisible

La Corte ha entendido el escrutinio ordinario como un análisis de dos etapas. En primer lugar, se revisa si la medida reclamada persigue una finalidad constitucionalmente admisible⁶⁹ o, como se ha llamado en otros casos, una finalidad legítima.⁷⁰ En la acción de inconstitucionalidad 61/2016, la SCJN analizó distintas normas de la Ley Nacional de Ejecución Penal. Entre éstas se ubicaba la norma para que las personas que se encontraran en libertad condicional pudieran solicitar la reducción de sus obligaciones cuando se hubieran dedicado de manera exclusiva a actividades productivas, educativas, culturales o deportivas no remuneradas. Al analizar la norma bajo un escrutinio ordinario, la Corte mencionó que debía perseguir una finalidad legítima⁷¹ y concluyó que sí lo hacía al servir para incentivar la reinserción social de las personas sentenciadas.⁷² Pese a que la Corte no detalló en un principio qué entendía por "finalidad legítima", más adelante, al explicar el escrutinio estricto,

⁶⁷ SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019.

⁶⁸ *Ibidem*, página 16.

⁶⁹ SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 56, párrafo 155; Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 16, párrafo 32.

⁷⁰ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, página 26.

⁷¹ *Ibidem.*, página 36.

⁷² *Ibidem.*

detalló que la primera etapa del escrutinio ordinario verificaba si se perseguía una finalidad constitucionalmente admisible. Esto, en palabras de la Corte, significa que el objetivo que persiga la medida impugnada no debe ser contrario a la Constitución.⁷³

Al resolver el amparo directo en revisión 5267/2014, la Corte enfrentó la constitucionalidad de una agravante de homicidio prevista en el Código Penal de Chihuahua para casos en los que la víctima fuera mujer. Por su parte, en el amparo en revisión 152/2013 la Primera Sala estudió la prohibición del matrimonio igualitario contenida en el Código Civil del Estado de Oaxaca. Pese a que ambos casos fueron resueltos utilizando el escrutinio estricto, la SCJN ahondó en la forma en la que se aplica el escrutinio ordinario, reiterando que en este nivel se debe verificar si la medida persigue una finalidad constitucionalmente admisible.⁷⁴ En ambos casos precisó que esto implica que la finalidad perseguida no debe ser abiertamente contradictoria con la Constitución.⁷⁵

Lo anterior nos permite ver que, ya sea que la SCJN utilice "legítima" o "constitucionalmente admisible" para referirse a la finalidad que debe perseguir la medida impugnada, en ambos casos estudia lo mismo. En efecto, la primera grada del escrutinio ordinario constata si la finalidad que persigue la medida es contraria a la Constitución.

Adecuación de los medios a sus fines

El segundo paso del escrutinio ordinario verifica si la medida impugnada se encamina a la consecución del fin que persigue. La Corte ha entendido que en esta etapa debe analizar si la medida está "potencialmente" encaminada a satisfacer el fin que persigue.⁷⁶ Al aplicarlo en la acción de

⁷³ *Ibidem.*, página 28

⁷⁴ SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 56, párrafo 155; Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 16, párrafo 32.

⁷⁵ *Ibidem.*

⁷⁶ Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 16, párrafo 33; SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página

inconstitucionalidad 61/2016, la Corte consideró que exigir que las personas bajo libertad condicional se dedicaran exclusivamente a actividades no remuneradas para acceder a una reducción de sus obligaciones no se encaminaba a cumplir con el fin de incentivar la reinserción social.⁷⁷ La razón detrás de lo anterior es que, de acuerdo con la Corte, restringir el ámbito de aplicación de la norma a los casos en los que la persona se dedique exclusivamente a actividades no remuneradas impide que el grupo de personas que necesariamente debe realizar actividades remuneradas para subsistir pueda acceder a estos beneficios al dedicar su tiempo restante a otro tipo de actividades que benefician a la sociedad.⁷⁸

Recordemos que este nivel de escrutinio, en palabras de la propia Corte, sólo exige que la medida esté potencialmente encaminada a cumplir con su propósito. En ese sentido, podría surgir la duda sobre si la medida analizada realmente fallaba en cumplir un estándar tan bajo. En otras palabras, podría argumentarse que la medida se encamina en cierto grado a incentivar la reinserción social, por lo que acreditaría la grada. De esta forma, se podría argumentar que la SCJN aplicó de manera más rigurosa la segunda grada del escrutinio ordinario pese a que no parece haber alterado el contenido de ésta.

Este fenómeno no es nuevo en la aplicación de los escrutinios. En la doctrina legal estadounidense se ha estudiado cómo en algunos casos los tribunales han aplicado de forma más rigurosa el escrutinio ordinario ("rational basis review"), llamando a esta versión más rigurosa "rational basis review with a bite".⁷⁹ Como se puede ver, graduar la intensidad con la que se revisan las normas puede dar lugar a que los operadores jurídicos no entiendan de igual forma el nivel de rigurosidad que implica cada

56-57, párrafo 156; SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, página 28-29.

⁷⁷ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, página 37.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Fallon, Richard H. Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L Rev 1267, p. 1301.

escrutinio. En otras palabras, algunos jueces pueden ser más o menos exigentes incluso al decir que están aplicando el mismo nivel de escrutinio.

Escrutinio estricto

El escrutinio estricto es el grado más riguroso de análisis al que puede recurrirse. La SCJN lo ha reservado mayoritariamente a casos en los que se utilizan las categorías sospechosas contenidas en el artículo primero constitucional.⁸⁰ Es importante mencionar que la SCJN añade una tercera grada en la que revisa la necesidad de la medida. Esto último se refiere a si la medida es la menos restrictiva posible. En sentido estricto, los tribunales norteamericanos no distinguen este análisis del que se realiza en la segunda grada. En ese sentido, para ellos el análisis de sub o sobreinclusividad se realiza en términos de si la medida es la menos restrictiva.⁸¹

Finalidad constitucionalmente imperiosa o mandatada

La Corte ha modulado la primera grada del escrutinio estricto, de tal forma que en lugar de exigir que la medida persiga una finalidad constitucionalmente admisible se verifica si ésta es constitucionalmente imperiosa o mandatada.⁸² De acuerdo con la SCJN, esto implica que el objetivo

⁸⁰ Fuera del campo del derecho antidiscriminatorio, la Corte ha utilizado el escrutinio estricto en algunos casos de libertad de expresión. Véase por ejemplo el Amparo en Revisión 492/2014 en el que se analizó la constitucionalidad del delito de "halconeo". Esta práctica no es aislada. De hecho, existen estudios que muestran que los orígenes del escrutinio estricto en Estados Unidos se pueden rastrear a casos de libertad de expresión y, sólo posteriormente, a casos de discriminación. Véase Fallon, Richard H. Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, 54 UCLA L Rev 1267, pp. 1274-1275.

⁸¹ *Ibidem*, página 1326.

⁸² SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, páginas 56-57, párrafo 156; SCJN, Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017, página 24; Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, página 28; Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 16, párrafo 32; SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, página 51; SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2018, página 16.

que se busca satisfacer con la medida impugnada debe proteger un mandato constitucional.⁸³ Al aplicarlo, la Corte ha validado diversas finalidades.

En el amparo directo en revisión 5267/2014, la Corte consideró que la finalidad detrás de la agravante de homicidio en casos en los que la víctima era mujer era la tutela del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.⁸⁴ En el amparo en revisión 331/2019, la Corte examinó la constitucionalidad de una norma del Código Civil de la Ciudad de México que contemplaba una preferencia hacia la madre en el ejercicio de la guarda y custodia provisional.⁸⁵ Al aplicar el escrutinio estricto, la Corte consideró que la finalidad detrás de la norma era la satisfacción del interés superior del menor.⁸⁶ Por su parte, en el amparo en revisión 1002/2018, la Corte consideró que la finalidad constitucionalmente imperiosa detrás de la norma que estipulaba requisitos de edad e imposibilidad para trabajar a fin de acceder a una pensión por orfandad era el mandato de proporcionar seguridad social a los militares y sus familiares bajo criterios de igualdad de género.⁸⁷ No obstante, también señaló que la finalidad de dichas limitaciones era la subsistencia del sistema de seguridad social "mediante la selección de aquellas relaciones familiares que resulten más cercanas y aquellas relaciones de dependencia económica que resulten más comunes y que pueden ser respaldadas por el Estado".⁸⁸ Finalmente, en el amparo en revisión 152/2013, la SCJN estimó que la definición de matrimonio (que excluía a las parejas del mismo sexo) buscaba la protección de la familia.⁸⁹

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 25.

⁸⁵ SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019.

⁸⁶ *Ibidem*, página 53.

⁸⁷ Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2018, página 28.

⁸⁸ *Ibidem*, página 22. Como se puede apreciar, este último fragmento de la sentencia añade una consideración adicional que más adelante será problemática para el estudio de la segunda grada del test.

⁸⁹ SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 58, párrafo 161.

En contraste, al resolver el amparo directo en revisión 387/2016, la Corte estimó que la norma que no contemplaba a los concubinos como tutores forzosos no perseguía una finalidad constitucionalmente imperiosa.⁹⁰ En efecto, la Corte consideró que no había ninguna justificación en contemplar que los cónyuges fungieran como tutores forzosos uno del otro y los concubinos no, cuando el vínculo afectuoso que generan ambas relaciones es similar.⁹¹

Como se puede observar, la Corte ha validado la primera grada para medidas que buscan proteger derechos fundamentales como la vida libre de violencia para las mujeres, la seguridad social o la protección de la familia. De igual forma, se han validado principios constitucionales como el interés superior de la niñez. Esto nos permite ver qué tipo de medidas pueden ser consideradas mandatos constitucionales.

Adecuación estrecha entre medios y fines

La segunda grada del escrutinio estricto pasa de exigir que la medida esté potencialmente encaminada a cumplir su fin a que esté "estrechamente" o "directamente" vinculada con su consecución.⁹² En el amparo en revisión 152/2013, la SCJN añadió que esto implica que la medida estudiada debe estar totalmente encaminada a la consecución de su finalidad.⁹³ Con todo, la SCJN no suele ir más allá de esto al explicar la grada. No obstante, su aplicación puede mostrar algunas características más.

Al resolver el amparo en revisión 1002/2018, la SCJN determinó que las distinciones en el acceso a la pensión por orfandad cumplían con la segunda grada ya que no es una situación generalizada el que hijos

⁹⁰ SCJN, Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017, página 24.

⁹¹ Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017, páginas 24-25.

⁹² SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 56-57, párrafo 156; SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2018, página 17; SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, página 52; SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 16, párrafo 33.

⁹³ SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 57.

mayores de edad sean dependientes de sus padres.⁹⁴ Tras lo anterior, la Corte añadió que no debía olvidarse que "una de las finalidades implícitas de la medida fue legitimar aquellas formas de dependencia económica que el Estado considera deseables. En ese sentido, la restricción reclamada sí resulta idónea para evitar que personas mayores de edad, con posibilidad de tener una vida económicamente productiva, permanezcan fuera de la fuerza laboral, dependientes de sus padres y, posteriormente, del Estado".⁹⁵

Como se puede apreciar, parte del razonamiento de la Corte durante el análisis alude a la posibilidad de que la medida cumpla con una de las "finalidades implícitas" que persigue la norma. Dicha finalidad, además, se identifica como la legitimación de formas de dependencia económica que el Estado considere ideales. Esta parte del análisis ilustra los problemas detrás de la identificación de múltiples fines. En primer lugar, debe notarse que parte de la argumentación que permite que la SCJN valide la primera grada descansa en que la medida persigue "el mandato de brindar seguridad social a las fuerzas armadas bajo criterios de igualdad de género". No obstante, al pasar a la segunda grada cobra más peso la "finalidad implícita" de legitimar formas de dependencia económica. En ese sentido, surge la pregunta sobre la viabilidad de otorgar pesos distintos a las finalidades que identifica la Corte dependiendo de la grada que se encuentre estudiando. En otras palabras, cabe preguntarse si la Corte puede válidamente apelar a distintas finalidades conforme cada una de éstas se ajusta de mejor o peor forma al estudio de una grada. En segundo lugar y de la mano de lo anterior, cabe preguntarse si la noción de validar formas de dependencia económica podría constituir una finalidad constitucionalmente mandatada. Incluso si se apareja con el sostenimiento del sistema de seguridad social, como hace la sentencia, queda un margen de duda sobre si la Constitución podría sostener esta última parte de la finalidad identificada.

⁹⁴ SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2018, página 28.

⁹⁵ *Ibidem*.

Por su parte, al resolver el amparo en revisión 152/2013, la SCJN consideró que la exclusión de las parejas homosexuales de la definición de matrimonio no cumplía con la segunda grada del test. Para concluir esto, la sentencia dio algunas consideraciones relevantes sobre el análisis de adecuación. Primero, tras desarrollar el contenido del mandato constitucional de protección a la familia, la Corte advirtió que la medida era sobreinclusiva por incluir a las parejas heterosexuales de que no acceden al matrimonio con el fin de procrear.⁹⁶ Al mismo tiempo la medida era subinclusiva por dejar fuera a las parejas homosexuales que se encuentran en condiciones similares a las parejas heterosexuales no excluidas por la norma.⁹⁷ En general, la subinclusividad o sobreinclusividad no hacen inconstitucional una norma por sí solas, pero contribuyen a evidenciar el grado en el que una norma se encamina a cumplir con el fin que persigue.

Otro ejemplo que ilustra lo anterior es el amparo directo en revisión 5267/2014, en el que la Corte consideró que la agravante para el delito de homicidio prevista en casos en los que la víctima era mujer era sobreinclusiva en relación con el fin de proteger el derecho de éstas a una vida libre de violencia.⁹⁸ Lo anterior en la medida en la que la norma regulaba cualquier muerte de una mujer pese a que su finalidad se enfocaba en las muertes basadas en el género. En ese sentido, la medida no estaba directamente encaminada a satisfacer la finalidad.⁹⁹

Finalmente, al resolver el amparo en revisión 331/2019 la Corte señaló que la segunda grada de este análisis implicaba verificar si la medida (la regla que contemplaba una presunción en favor de la madre en casos de guarda y custodia) era realmente útil para satisfacer el fin que perseguía (el interés superior de la niñez). La Corte concluyó que no era el

⁹⁶ SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página 59-60, párrafo 166.

⁹⁷ *Ibidem*, páginas 60-61, párrafo 168.

⁹⁸ Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, página 27, párr. 59.

⁹⁹ *Ibidem*.

caso, debido a que la presunción impedía que el juez valorara caso por caso las características de los padres, la opinión de los niños involucrados, entre otras cuestiones.¹⁰⁰

Los casos muestran que la segunda grada busca verificar, en pocas palabras, si la medida ayuda a cumplir el fin que persigue. Al tratarse del escrutinio estricto, no basta con que ayude en cierto grado o que potencialmente pueda ayudar a cumplir. Este nivel de escrutinio exige que la medida esté dirigida de forma inequívoca a la satisfacción del fin que persigue. Ahora bien, algunos de los problemas que derivan de esto es precisamente la determinación de cuándo la medida se encamina inequívoca, total, o estrechamente a conseguir el fin. Algo que puede contribuir a determinar esto es el grado de subinclusividad o sobreinclusividad que tenga la norma.¹⁰¹ En otras palabras, el análisis de los casos que pretende regular la norma y no son cubiertos por su redacción o el de los casos que son contemplados por la redacción de la norma pero que no se pretenden regular por ésta, atendiendo a la finalidad que persigue.

La necesidad de la medida

La tercera y última grada del escrutinio estricto analiza si la medida impugnada es la menos restrictiva para llegar al fin que persigue.¹⁰² No hay muchos precedentes en los que la Corte haya ahondado en esta grada. Al resolver el amparo en revisión 1002/2018, la SCJN realizó un estudio de los distintos regímenes de seguridad social en México a fin de entender si existían otras medidas igualmente idóneas, pero menos

¹⁰⁰ SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, página 54, párrafo 82.

¹⁰¹ Para una explicación más detallada de ambos fenómenos, puede consultarse Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, 1991, pp. 31 en adelante.

¹⁰² Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017, página 24; Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019, página 52, párrafo 75; SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, página 29; SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, página, 57, párrafo 157.

restrictivas que los requisitos contemplados para la pensión de orfandad en la Ley del Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.¹⁰³ Posteriormente, la Corte concluyó que todos los regímenes analizados contemplaban previsiones similares o más restrictivas por lo que se podía concluir que la medida impugnada cumplía con la grada de necesidad.¹⁰⁴ Lo anterior muestra cómo la Corte evalúa la regulación de situaciones fácticas similares a fin de explorar si existen medidas alternas que sean menos restrictivas.

¿Un escrutinio intermedio?

Como se mencionó previamente, la SCJN ha reconocido y utilizado el escrutinio ordinario y el estricto. Pese a que no ha reconocido formalmente el escrutinio intermedio, existe al menos un precedente en el cual parece haber realizado un análisis similar. El caso llama la atención en tanto muestra algunas de las razones por las cuales podría ser valioso adoptar el escrutinio intermedio.

Al resolver la acción de inconstitucionalidad 22/2016, la SCJN estudió una reforma a la legislación civil del Estado de Aguascalientes que eliminó la posibilidad de otorgar una dispensa a un menor de edad que busca contraer matrimonio. La Corte analizó si la eliminación de la dispensa vulneraba la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios. Idealmente, al tratarse de un requisito de edad, esto acarrearía un escrutinio estricto. No obstante, la Corte decidió aplicar un test en el que analizó si la medida cumplía con una finalidad constitucional de importancia para el Estado y si la reforma se vinculaba con la finalidad que perseguía.¹⁰⁵

¹⁰³ SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2018, página 31.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, resuelta en sesión de 22 de marzo de 2019, página 110.

De aplicarse el escrutinio estricto, la reforma difícilmente habría sobrevivido pese a que pretendía contribuir a erradicar el matrimonio infantil. Ante esto surge la duda sobre la idoneidad de aplicar el escrutinio estricto en todos los casos que involucren a las categorías sospechosas. Como se discutirá más adelante, las acciones afirmativas son otro ejemplo que ayuda a ilustrar este problema en la medida en la que son normas que distinguen a partir de categorías sospechosas. Atendiendo a que hay algunas normas que utilizan las categorías sospechosas conscientemente con ciertos motivos válidos, existe la duda sobre si la aplicación indistinta del escrutinio estricto es deseable.

La adopción del escrutinio intermedio se ha dado en otras jurisdicciones como producto de las tensiones que derivan de la determinación de qué merece un escrutinio estricto y qué no. En Estados Unidos esto ocurrió con la categoría del género.¹⁰⁶ Ahora bien, el ejemplo anterior sólo sirve para mostrar que, ante la imposibilidad de llegar a un consenso sobre la idoneidad de aplicar el escrutinio estricto a un grupo de casos, el escrutinio intermedio puede fungir como una válvula de escape que permita modular de mejor forma la rigurosidad del análisis de regularidad constitucional. Con todo, vale la pena recordar que añadir un nivel más de escrutinio podría aumentar los problemas que hemos identificado en su aplicación como la omisión o la ambigüedad en la aplicación de las gradas.

Preguntas de la sección

¿El problema de la aplicación diferenciada de los niveles de escrutinio (*rational basis review with a bite*) es exclusivo de este modelo o podría existir en la aplicación del test de proporcionalidad?

¿La Corte debería incluir la grada de necesidad dentro de la de idoneidad del escrutinio estricto de la forma en la que lo hacen los tribunales en Estados Unidos? ¿Qué ventajas o desventajas existen?

¹⁰⁶ Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 790-791.

¿Todas las disposiciones constitucionales podrían ser consideradas "mandatos constitucionales" para efecto de tener por cumplida la primera grada del escrutinio estricto?

¿Hasta qué punto debe valorar un tribunal la sobreinclusividad o subinclusividad de una norma como indicativo de que no cumple con la segunda grada del test?

¿La Corte debería adoptar un nivel de escrutinio intermedio?

¿En caso de que la Corte adoptara el escrutinio intermedio, qué tipo de casos se deberían analizar con éste?

Casos híbridos

El último grupo de casos que muestra la práctica de la SCJN retoma elementos del test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio. A diferencia de las metodologías anteriores, esta práctica no muestra un mismo modelo, sino distintas concepciones de lo que es un "test de igualdad". Por lo anterior, este apartado se enfoca en mostrarlos como instancias aisladas. Con todo, es importante dar cuenta de este tipo de precedentes en la medida en la que evidencian el nivel de fragmentación que existe en la concepción de las metodologías de adjudicación para casos de discriminación o, en palabras más simples, en el "test de igualdad".

Al resolver el amparo en revisión 619/2017, la SCJN analizó la constitucionalidad de los requisitos de ingreso al programa de reproducción asistida de un hospital que habían sido impugnados por ser discriminatorios por distintas razones.¹⁰⁷ Al explicar la metodología que aplicaría para analizar los distintos requisitos, la Corte retomó el escrutinio estricto

¹⁰⁷ Los criterios eran: "edad de los participantes: femenino, treinta y cinco años y masculino, cincuenta y cinco años; ii) parejas constituidas legalmente; iii) pacientes que no tengan hijos o sólo uno; iv) parejas sin anomalías genéticas heredables a sus hijos; v) pacientes que presenten alguna enfermedad concomitante." SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión de 29 de noviembre de 2017, página 12, párrafo 28.

y el ordinario.¹⁰⁸ De acuerdo con la sentencia, el escrutinio estricto "consiste en: i) verificar si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, esto es, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante; ii) debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente importante, es decir, la medida debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad y iii) la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional".¹⁰⁹ Como puede observarse, hasta este punto la Corte replicó el escrutinio estricto en términos similares a los que hemos estudiado.

No obstante, al exponer el escrutinio ordinario, la Corte advirtió que éste "se basa en: i) analizar si la restricción es admisible en la Constitución; ii) determinar si la medida legislativa es necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional y iii) que la restricción sea proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la disposición y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales".¹¹⁰ Como se puede apreciar, la sentencia agrega la grada de proporcionalidad en sentido estricto al escrutinio ordinario. Esto sin duda eleva la rigurosidad del análisis de regularidad constitucional e incluso podría cuestionarse si desvirtúa el propósito detrás del escrutinio ordinario.

Más aún, al aplicar estas concepciones de los niveles de escrutinio surgen algunos puntos de interés adicionales.¹¹¹ El tercer requisito para ingresar al programa era que los pacientes no tuvieran hijos o sólo tuvieran uno. La Corte analizó el requisito bajo escrutinio ordinario ya que no se hace

¹⁰⁸ *Ibidem*, página 57, párrafos 197-198.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ En el análisis de los distintos requisitos se replican algunos de los problemas mencionados previamente como la identificación de múltiples fines. No se reitera el estudio de estas cuestiones en virtud de que ya se ha cubierto en los apartados anteriores.

alusión a alguna categoría sospechosa.¹¹² La finalidad que identificó fue el desarrollo de la familia, ya que la medida ofrecía "la posibilidad de ejercer su derecho a la salud reproductiva, a la autonomía reproductiva y a fundar una familia".¹¹³

De igual forma, la SCJN consideró que la medida cumplía con la segunda "ya que ese requisito tiene como finalidad que aquellos pacientes que no hayan tenido hijos o que solamente hayan tenido uno, puedan tener acceso a las técnicas de reproducción asistida y así poder ejercer su derecho a fundar una familia, así como los derechos a la salud reproductiva y a la autonomía reproductiva."¹¹⁴ En ese punto, la Corte parece reiterar la finalidad de la medida como forma para tener por acreditada la segunda grada. Así, los argumentos de la Corte para sostenerlo no evidencian cómo la limitante de no tener hijos o sólo tener uno es útil o se encamina a cumplir con el objetivo de permitir a las personas fundar una familia, etc. Con todo, sería difícil concluir que la medida no cumple con la segunda grada, particularmente por estar en el escrutinio ordinario.

Finalmente, al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte señaló que se cumplía con la grada ya que el grupo de personas que ya había tenido hijos "ya ejerció su derecho en más de una ocasión, por lo que no se le estaría ocasionando un daño innecesario o desproporcional a estas personas con la imposición de esta medida".¹¹⁵ La Corte añade dos precisiones más. Primero, señala que esta medida privilegia el derecho de las personas que no han podido ejercer su derecho a fundar una familia en relación con quienes sí. Segundo, advierte que la medida es la menos restrictiva, ya que con esto "se procura proporcionar el acceso al mayor número de pacientes que realmente necesitan utilizar las técnicas de reproducción asistida y en consecuencia a ejercer su derecho a fundar una familia, al dar prioridad a estas personas".¹¹⁶

¹¹² SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión de 29 de noviembre de 2017, páginas 70-71, párrafo 255.

¹¹³ *Ibidem.*, página 71, párrafo 259.

¹¹⁴ *Ibidem.*, página 72, párrafo 260.

¹¹⁵ *Ibidem.*, página 72, párrafo 262.

¹¹⁶ *Ibidem.*, página 73, párrafo 265.

Los argumentos de la Corte generan algunas dudas. Primero, la noción de que la limitación que se analiza sirve como una forma de privilegiar el ejercicio del derecho para aquellos que no han podido hacerlo parece un argumento enfocado en mostrar que la medida sirve para cumplir el fin que persigue más que para evidenciar que es proporcional. Al menos en la forma en la que se presenta el argumento, la Corte no parece adscribir un grado de satisfacción al fin que se pretende conseguir ni un grado de intervención en el derecho que se restringe. Segundo, el reconocimiento de la Corte de que la medida es la menos restrictiva es algo que se verifica en la grada de necesidad. Así, el argumento realiza un análisis de necesidad, mientras que no se hace el de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, la sentencia no aborda la posibilidad de que existan medidas alternativas, sino que se limita a señalar que la medida intenta proporcionar acceso a las técnicas de reproducción asistida al mayor número de personas que "realmente" lo necesitan.¹¹⁷ Recordemos que la grada de necesidad verifica la existencia de medidas alternas que sean igualmente idóneas pero que restrinjan en menor medida los derechos involucrados. En ese sentido, quizá la Corte debería haber analizado si existían medidas que dieran entrada al programa a quienes actualmente quedan fuera por la limitación del número de hijos.

Un caso más que ilustra la tendencia de crear metodologías híbridas es el amparo directo en revisión 83/2015.¹¹⁸ En este precedente la Corte analizó una norma de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos que distinguía entre servidores públicos federales y servidores públicos de la Ciudad de México en relación con el régimen legal supletorio que era aplicable a sus casos.¹¹⁹ La Corte concluyó que no existía un trato diferenciado en la medida en la que los casos de unos

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ SCJN, Amparo en Revisión 83/2015, resuelto en sesión de 2 de diciembre de 2015.

¹¹⁹ La diferencia principal que se impugnaba es que el régimen supletorio para servidores públicos federales otorgaba un día más para la presentación de la demanda de nulidad. *Ibidem*, página 22.

y otros servidores públicos se encontraban en ámbitos o esferas competenciales distintas.¹²⁰ No obstante, previo a esto, la Corte desarrolló la metodología que aplicaría al caso. Al hacerlo, retomó los niveles de escrutinio añadiendo algunos elementos. Así, la Corte comenzó advirtiendo que el escrutinio estricto era procedente cuando se hacían distinciones con base en las categorías previstas en el artículo 1 constitucional o en casos en los que existía "una afectación central a derechos fundamentales".¹²¹ Posteriormente, la Corte señaló que el escrutinio estricto implicaba que "debe llevar a cabo un test de proporcionalidad en el que estudie legitimidad, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida".¹²² Por su parte, en el escrutinio ordinario el "test de proporcionalidad se llevará a cabo mediante el análisis de la legitimidad de la medida, su instrumentalidad y su proporcionalidad".¹²³

Como se puede apreciar, la sentencia equipara el test de proporcionalidad al escrutinio estricto sin modular ninguna de las gradas. Asimismo, el escrutinio ordinario se limita a revisar la finalidad detrás de la medida, su adecuación y añade la grada de proporcionalidad en sentido estricto. Un dato adicional es que la sentencia en todo momento se refiere al test de proporcionalidad. Esto permite inferir la noción que parece estar en el fondo de muchos de los modelos híbridos: que el test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio son lo mismo. En otras palabras, los modelos híbridos parecen no estar haciendo un ejercicio de integración de dos metodologías, sino que las entienden como una sola desde un principio. Esta hipótesis se refuerza por el hecho de que ninguna sentencia se enfoca en argumentar la compatibilidad de ambos modelos, como sí ha ocurrido en otras jurisdicciones.¹²⁴

¹²⁰ *Ibidem*, página 26.

¹²¹ *Ibidem*, páginas 19-20.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ SCJN, Amparo en Revisión 83/2015, resuelto en sesión de 2 de diciembre de 2015, página 20.

¹²⁴ La Corte Constitucional de Colombia ha desarrollado una "propuesta integrada" de metodología que incorpora elementos tanto del test de proporcionalidad como de los niveles de escrutinio. Véase, a manera de ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, C-63-18, párrafo 53.1.

Un último ejemplo de los casos híbridos es el amparo directo en revisión 1368/2015, en el cual la Corte estudió y declaró inconstitucional el estado de interdicción.¹²⁵ Durante el estudio la Corte aplicó una metodología para analizar si el estado de interdicción era discriminatorio. Así, la Corte advirtió que utilizaría un escrutinio estricto debido a que el estado de interdicción distingue entre las personas que tienen una discapacidad y las que no.¹²⁶ Posteriormente, la Corte señaló que la medida tenía como finalidad la protección de las personas con discapacidad y que ésta podía entenderse como "constitucionalmente válida", aunque precisando que tenía como premisa la sustitución de la voluntad.¹²⁷ En este punto, llama la atención que la Corte sólo verifica que la medida sea constitucionalmente válida y no imperiosa pese a que está aplicando el escrutinio estricto.

Adicionalmente, tras este análisis la Corte salta directamente a estudiar la proporcionalidad de la medida, concluyendo que el estado de interdicción no cumple con esta grada. La Corte señaló que la medida era desproporcionada puesto que la capacidad jurídica está vinculada de manera indisoluble con el ejercicio de múltiples derechos y, en ese sentido, "no existe correspondencia entre la importancia de la finalidad perseguida y los efectos perjudiciales que produce la interdicción en otros derechos". A diferencia de otros casos, en este precedente la Corte sí hace un balance entre el grado de intromisión en los derechos de las personas con discapacidad y el grado de satisfacción del fin que persigue el estado de interdicción.

En primera instancia podría parecer extraña esta determinación si se toma en cuenta que la finalidad de la medida es la protección de las personas con discapacidad. No obstante, recordemos que la Corte precisó

¹²⁵ SCJN, Amparo Directo en Revisión 1368/2015, resuelto en sesión de 13 de marzo de 2019.

¹²⁶ *Ibidem.*, página 56, párrafo 85.

¹²⁷ *Ibidem.* página 58., párrafo 88.

que esta finalidad está enmarcada dentro de la premisa de la sustitución de la voluntad. Con todo, podríamos cuestionarnos si el uso de alguna de las gradas que omitió la Corte, como la grada de adecuación o idoneidad, habría permitido un análisis más claro.¹²⁸

Preguntas de la sección

¿Sería ideal que la Corte desarrollara una metodología de adjudicación para casos de discriminación que incorpore elementos del test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio?

¿La grada de proporcionalidad debería sufrir alguna modulación si se utilizara en un análisis bajo escrutinio estricto?

IV. Hacia un test de igualdad

La práctica de la Corte muestra un alto grado de fragmentación. Ante un caso de discriminación, hemos identificado tres caminos distintos por los que puede optar la Corte. El primero es la aplicación del test de proporcionalidad, como suele hacer en otros casos que involucran restricciones a derechos. El segundo es utilizar los niveles de escrutinio identificando si el caso en concreto amerita un escrutinio estricto u ordinario dependiendo de si se usa una categoría sospechosa en la distinción que realiza la norma o acto impugnado. Finalmente, una tercera opción es el uso de alguna metodología que incorpore elementos de las dos anteriores. Esto usualmente deriva en alguna combinación del uso de la grada de proporcionalidad en sentido estricto y la modulación del análisis atendiendo a los niveles de escrutinio. Existe una cuarta opción que podría tomar la Corte. Al identificar un caso de discriminación, la Corte podría no utilizar ninguna metodología de las analizadas y resolver

¹²⁸ Podría trazarse un símil con los casos de matrimonio igualitario en los que la Corte consideró que la definición de matrimonio que excluía parejas homosexuales no se adecuaba al mandato de protección de la familia como lo había entendido a lo largo de su jurisprudencia.

el caso de alguna otra forma. La Corte ha sostenido en algunos casos que no está obligada a utilizar alguna metodología en particular.¹²⁹

La pregunta que subyace a este escenario es por qué existen tantas opciones y la respuesta no es sencilla. Una posible interpretación es que la Corte utiliza cada una de estas opciones considerando lo que es mejor para cada caso. Esto, no obstante, es difícil de sostener. En ningún momento la Corte ha emitido consideraciones que pretendan explicar en qué casos procede una metodología u otra. Una explicación más plausible es que la SCJN no nota la discrepancia en sus criterios. Esto se puede deber a la falta de discusión de las metodologías que se aplican durante la discusión de los asuntos, aparejado con una pluralidad de concepciones sobre cómo aplicar un "test de igualdad" por parte de los ministros y sus equipos.

La falta de claridad en el camino que seguirá la SCJN al resolver este tipo de casos genera inseguridad jurídica en las personas que acuden a juicio. En otras palabras, las partes de un juicio no pueden anticipar con base en cuál metodología basar su argumentación. Así, una persona podría argumentar que una norma es discriminatoria con base en el test de proporcionalidad sólo para encontrar que la Corte corre un test basado en los niveles de escrutinio al resolver. Si las partes del juicio pudieran anticipar la metodología que utilizará la Corte, podrían enfocar sus argumentos en mostrar porque sí o no se cumple con éstas. Esto, a su vez, forzaría a la Corte a profundizar en su análisis en la medida en la que tendría que responder a las consideraciones de las partes. En la medida en la que se logre homogenizar la práctica de la Corte y las partes alrededor de una metodología específica es que podremos empezar a hablar verdaderamente de un test de igualdad.

¹²⁹ Véase la tesis 2a./J. 10/2019 (10a.) de rubro: TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL.

V. Metodologías de adjudicación en casos de discriminación indirecta

La sección anterior mostró la práctica de la Corte en relación con el uso de metodologías de adjudicación para casos de discriminación indirecta. En esta sección se analizarán los casos de discriminación indirecta. Al igual que en la sección anterior, se hará un breve recuento sobre cómo se ha entendido la discriminación indirecta en la literatura y en la práctica comparada. Posteriormente, se analizarán algunos de los casos más eminentes de la SCJN a fin de entender su práctica. Una cuestión previa que debe adelantarse es que la práctica de la Corte en relación con la discriminación indirecta aún es incipiente. En otras palabras, existe una cantidad mínima de casos en los que la Corte ha identificado discriminación indirecta. Adicionalmente, como se verá más adelante, parte de la fragmentación que hemos notado en los casos de discriminación directa se ha trasladado también a los casos de discriminación indirecta.

Un caso de discriminación indirecta existe cuando una práctica, política o criterio aparentemente neutral genera una desventaja desproporcionada en un grupo protegido en relación con otro grupo y sin justificación.¹³⁰ Para determinar si existe una justificación se suele emplear un análisis de medios y fines.¹³¹ El primer caso que utilizó esta noción fue *Griggs v. Duke Power Company*, resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos.¹³² En el caso se estudió el prerrequisito de una empresa para contratar personas, consistente en aprobar una prueba de coeficiente intelectual o haber terminado la preparatoria.¹³³ La Corte concluyó que la práctica afectaba desproporcionadamente a las personas afroamericanas y no tenía ninguna justificación en tanto los trabajadores que no habían mostrado este requisito podían desempeñarse satisfactoriamente en el trabajo.¹³⁴

¹³⁰ Khaitan, Tarunabh, "Indirect Discrimination", en Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018, p. 31.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

¹³⁴ La Corte ha llamado a la excepción que puede oponer el demandado "business necessity".

Como se puede apreciar, en estos casos primero se muestra el impacto desproporcionado que la práctica o política tiene en un grupo protegido.¹³⁵ En caso de lograrse, se considera que existe un caso *prima facie* de discriminación indirecta y se estudia su justificación.¹³⁶ Al hacerlo, los tribunales recurren a alguna metodología de adjudicación.¹³⁷ En adelante nos centraremos en la práctica de la SCJN en este último punto.¹³⁸

Justificando un caso *prima facie* de discriminación indirecta ante la SCJN

Existen algunos casos que no recurren al análisis de justificación del impacto desproporcionado. Por ejemplo, al resolver el amparo directo en revisión 1340/2015 estudió una norma del Código de Procedimientos Familiares de Hidalgo que no contemplaba la desventaja económica como supuesto en el que procedía el pago de alimentos.¹³⁹ Durante su estudio, la Corte concluyó que la norma tenía un impacto desproporcionado en las mujeres debido a que la doble jornada que en muchas ocasiones realizan dificulta su reinserción en el mercado laboral.¹⁴⁰ No obstante lo anterior, la Corte no estudió si la norma contaba con alguna justificación.

Por su parte, al resolver el amparo directo 19/2014, la Corte estudió una norma de la Ley de Sociedad de Convivencia del entonces Distrito Federal, que establecía un plazo diferenciado para la duración de la obligación alimentaria al término de una sociedad de convivencia en comparación con el concubinato y el matrimonio.¹⁴¹ La Corte identificó un impacto desproporcionado a las parejas del mismo sexo, ya que éstas

¹³⁵ Khaitan, Tarunabh, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Para una revisión más a detalle de la discriminación indirecta en su totalidad, se puede revisar el capítulo respectivo en esta obra.

¹³⁹ SCJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, resuelto en sesión de 7 de octubre de 2015.

¹⁴⁰ *Ibidem*, páginas 42-43.

¹⁴¹ SCJN, Amparo Directo 19/2014, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014.

conformaban la mayor parte de las sociedades de convivencia registradas.¹⁴² No obstante, tras hacerlo, la Corte se limitó a señalar que el Estado no había demostrado que el impacto diferenciado derivaba de factores objetivos.¹⁴³

Un caso intermedio se aprecia en la acción de inconstitucionalidad 8/2014, caso en el que la SCJN estudió si la legislación sobre sociedades de convivencia de Campeche era discriminatoria.¹⁴⁴ Durante el análisis de la porción normativa del artículo 19 de la ley impugnada, la Corte concluyó que generaba un impacto desproporcionado sobre las parejas homosexuales en la medida que ésta era la única figura a la que podían acceder y generaba un régimen de "separados pero iguales".¹⁴⁵ Tras concluir lo anterior, la SCJN pasó al estudio de otra porción del artículo que impedía la posibilidad de compartir o encomendar la patria potestad a un conviviente y concluyó que tanto la prohibición de adoptar como esta porción incumplían con un análisis bajo escrutinio estricto.¹⁴⁶ En concreto la Corte señaló que ninguna de las porciones descritas contaba con una finalidad constitucionalmente válida.¹⁴⁷ En ese sentido, llama la atención que la Corte no haya buscado una finalidad constitucionalmente imperiosa, como en otros casos. Asimismo, no es claro si la Corte liga el impacto desproporcionado que genera el régimen de exclusión de la sociedad de convivencia con las porciones normativas estudiadas (y, por tanto, con el análisis de la finalidad que realiza), aunque podría asumirse que es el caso.

Finalmente, el amparo directo 9/2018 es el caso en el que la Corte ha desarrollado de manera más clara una metodología de análisis sobre la posible justificación de un impacto desproporcionado. En este caso, la

¹⁴² *Ibidem*, página 43.

¹⁴³ *Ibidem*, página 45.

¹⁴⁴ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015.

¹⁴⁵ *Ibidem*, páginas 40-43.

¹⁴⁶ *Ibidem*, páginas 44-45.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

SCJN estudió la norma de la Ley del Seguro Social que excluía a las trabajadoras domésticas de la incorporación al régimen obligatorio del seguro social.¹⁴⁸ La Corte concluyó que existía un impacto desproporcionado debido a que existía evidencia estadística que mostraba que la mayor parte de las trabajadoras domésticas eran mujeres.¹⁴⁹ La Corte aplicó un escrutinio estricto y analizó si la norma perseguía con una finalidad imperiosa y estaba directamente encaminada a cumplirla, así como si era proporcional.¹⁵⁰ Sobre la última grada, la SCJN precisó que implicaba constatar que la medida "guarde una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas".¹⁵¹ Al aplicar lo anterior, la Corte consideró que la medida no perseguía una finalidad constitucionalmente imperiosa.¹⁵²

Como se puede apreciar, la metodología incorpora tanto los niveles de escrutinio como la grada de proporcionalidad. Como se anticipó, la práctica de la Corte en relación con los casos de discriminación directa parece replicarse en los de discriminación indirecta. Esto en la medida en la que se puede apreciar la mezcla de distintos elementos de las metodologías de adjudicación que usa en los casos de discriminación directa sin ninguna justificación.

Más aún, la sentencia entiende la grada de proporcionalidad como una ponderación entre las ventajas y desventajas de la medida. Pese a que el lenguaje podría sonar similar, no sería adecuado asumir que se está refiriendo al grado de satisfacción del fin en relación con el grado de intervención en el derecho a la igualdad y no discriminación. Adicionalmente, como en otros casos, no parece que la grada de proporcionalidad reciba alguna modulación producto del uso del escrutinio estricto.

¹⁴⁸ SCJN, Amparo Directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018.

¹⁴⁹ *Ibidem*, página 34.

¹⁵⁰ *Ibidem*, página 32.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² SCJN, Amparo Directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018, página 35.

Preguntas de la sección

¿Se debería utilizar un escrutinio estricto en la etapa de justificación de los casos de discriminación indirecta?

¿Qué ventajas podría representar la incorporación de la grada de proporcionalidad en sentido estricto a un análisis sobre la justificación de una medida que genera un impacto desproporcionado?

¿El uso del escrutinio estricto junto con la grada de proporcionalidad podría disminuir la posibilidad de justificar exitosamente una medida que genera un impacto desproporcionado?

En caso de considerar que sí, ¿qué implicaciones positivas y negativas derivan de lo anterior?

¿Qué lineamientos deberían seguirse para distinguir entre una acción afirmativa y una medida que refuerza estereotipos o prejuicios contra un grupo vulnerable?

VI. Discriminación indirecta: un desarrollo pendiente

La práctica de la Corte al utilizar metodologías de adjudicación para evaluar la justificación de casos de discriminación es aún incipiente. Existen pocos casos en los que la Corte haya utilizado el concepto de discriminación indirecta y aun menos en los que haya evaluado si el impacto desproporcionado se encuentra justificado utilizando alguna metodología. Esto representa una oportunidad importante para que la Corte impida que se genere una multiplicidad de criterios sobre cómo llevar a cabo este análisis, como ha pasado con los casos de discriminación directa. Una primera pregunta que deberá hacerse la SCJN en adelante es si utilizar los niveles de escrutinios, teniendo en cuenta que este tipo de casos siempre involucra un grupo protegido por el artículo

l constitucional. Adicionalmente, la Corte podrá optar por incorporar o no la grada de proporcionalidad en sentido estricto. Sin importar la respuesta en particular que dé la SCJN a estas preguntas, hacerlas detonará un proceso de desarrollo y consolidación de la metodología en cuestión que servirá para generar una doctrina consistente.

VII. Metodologías de adjudicación para casos que involucran acciones afirmativas

Una última área dentro del derecho antidiscriminatorio en la que se suelen emplear metodologías de adjudicación es en los casos que comprenden acciones afirmativas. Se han dado distintas definiciones para las acciones afirmativas. Así, Saba entiende que una acción afirmativa es una política del Estado que pretende revertir la exclusión, segregación o subordinación que algunos grupos enfrentan en relación con ciertas prácticas, espacios o actividades a las cuales no pueden acceder como consecuencia de prácticas sociales o normativas vigentes.¹⁵³ Por su parte, Khaitan entiende las acciones afirmativas como medidas diseñadas para beneficiar a cualquier miembro de uno o más grupos protegidos por su pertenencia a estos.¹⁵⁴ La SCJN ha coincidido a grandes rasgos, entendiendo las acciones afirmativas en algunos casos como medidas especiales de implementación temporal para grupos en situación de vulnerabilidad con el fin de eliminar la discriminación histórica que han sufrido en situaciones concretas.¹⁵⁵ En otras ocasiones, la Corte las ha definido como medidas de carácter temporal implementadas con el fin de acelerar la participación de un grupo social desfavorecido, en condiciones de igualdad.¹⁵⁶ Recientemente, también las ha definido como medidas que

¹⁵³ Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, México, Siglo XXI, 2016, pp. 132133.

¹⁵⁴ Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, OUP, 2015, p. 220.

¹⁵⁵ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de 16 de agosto de 2010, página 81; SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015, página 73.

¹⁵⁶ SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019, página 32.

buscan nivelar a grupos históricamente discriminados para garantizarles una igual consideración en el ejercicio de sus derechos.¹⁵⁷ Independientemente de la definición que se elija, el concepto evoca la implementación de medidas que permitan remediar la situación de desigualdad que miembros de un grupo enfrentan por su pertenencia a éstos.

Existe un debate importante en torno a si las acciones afirmativas son actos discriminatorios. Un lado de la discusión argumenta en contra del uso de acciones afirmativas ya que éstas son actos de discriminación.¹⁵⁸ La postura contraria sostiene que éstas son necesarias para poder combatir la discriminación.¹⁵⁹ El análisis de esta discusión excede el propósito de este artículo, pero es importante dar cuenta de ella, en la medida en que informa parte de la práctica alrededor de la adjudicación de casos que involucran acciones afirmativas. En efecto, una postura contraria alrededor de su uso puede derivar en el uso del escrutinio estricto para su análisis, en la medida en la que una acción afirmativa distingue con base en grupos protegidos.¹⁶⁰ La SCJN ha tomado una postura mayormente consistente al respecto y ha considerado que en estos casos no se debe utilizar el escrutinio estricto.¹⁶¹

En el amparo en revisión 203/2016, la Corte estudió una norma de la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes que establecía un mandato de llevar a cabo acciones positivas en favor de niñas y adolescentes, ya que quien impugnó la norma consideraba que ésta discriminaba a niños y adolescentes.¹⁶² La Corte determinó que sólo era necesario analizar la racionalidad de la medida, debido a que la norma no contenía una

¹⁵⁷ SCJN, Amparo en Revisión 603/2019, resuelto en sesión de 13 de enero de 2021, página 27.

¹⁵⁸ Suk, Julie, "Discrimination and Affirmative Action", en Lippert-Rasmussen, Kasper, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018, p. 394.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Para una discusión más a fondo sobre este tema puede consultarse: Lippert-Rasmussen, Kasper, *Making Sense of Affirmative Action*, OUP, 2020.

¹⁶¹ SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019, página 37; SCJN, Amparo en Revisión 603/2019, resuelto en sesión de 13 de enero de 2021, página 29; SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015, páginas 69-70.

¹⁶² SCJN, Amparo en Revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2011.

acción positiva concreta sino sólo un mandato de tomar acciones positivas.¹⁶³ Llama la atención que la Corte dio a entender que, de tratarse de una acción concreta, debería incluirse el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de la medida.¹⁶⁴ Así, este caso difiere de los anteriores, en tanto la Corte omite la mención del escrutinio estricto, con lo que da a entender que las acciones afirmativas deben analizarse con una metodología similar al test de proporcionalidad.

Ahora bien, pese a la aparente homogeneidad en la práctica de la Corte, lo cierto es que existen pocos casos que sirvan para el estudio. En efecto, en varios casos la Corte ha considerado que las medidas impugnadas no pueden ser consideradas "acciones afirmativas". Es importante hacerlo notar en la medida en la que esto dificulta el trabajo de entender por qué la Corte utiliza una u otra metodología. Así, como se mencionó, en el mismo amparo en revisión 203/2016, la Corte consideró que se encontraba frente a un mandato de tomar acciones positivas y no frente a una medida en concreto.¹⁶⁵ La SCJN concluyó que la norma impugnada era "constitucionalmente razonable". Para llegar a lo anterior, la Corte estudió únicamente la finalidad perseguida por la norma (igualdad entre hombres y mujeres).¹⁶⁶

Por su parte, en el amparo en revisión 405/2019, la Corte consideró que la norma que diferenciaba entre hombres y mujeres en relación con los años de cotización y edad para acceder a la jubilación era una "medida especial de nivelación" que pretendía que "no se encuentran orientadas a disminuir o eliminar la situación de desigualdad, sino en lograr la igualdad sustantiva en el acceso o ejercicio efectivo de un derecho civil, político, económico, social o cultural".¹⁶⁷ La Corte propuso un análisis

¹⁶³ *Ibidem*, página 26.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ SCJN, Amparo en Revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2011, página 32.

¹⁶⁷ SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019, página 34.

de racionalidad para este tipo de medidas y señaló que serían inconstitucionales en caso de que fueran "equivalentes o semejantes los supuestos de hecho regulados por ambos regímenes jurídicos, de tal manera que esa equivalencia mostraría la falta de justificación de la distinción".¹⁶⁸ La Corte utilizó diferentes datos estadísticos para demostrar la disparidad que enfrentan las mujeres frente a los hombres en el mercado laboral, derivado de la doble jornada que frecuentemente enfrentan y concluyó que la medida era válida.¹⁶⁹

Por otro lado, en el amparo en revisión 603/2019, la SCJN evaluó un caso en el que se impugnaba la falta de una acción afirmativa al no eximir a las concesiones del espectro radioeléctrico de uso social indígena del pago de derechos por éstas.¹⁷⁰ En ese sentido, la Corte propuso una metodología especial, encaminada a evaluar si incumple con un mandato constitucional de establecer una acción afirmativa. Así, la Corte consideró que "las leyes deben someterse a una evaluación integral para determinar si el legislador ha introducido una norma diferenciadora dirigida a nivelar al grupo vulnerable y posteriormente a determinar si su contenido razonablemente ha logrado posicionar al grupo vulnerable en una situación diferenciada respecto a los demás".¹⁷¹

Finalmente, en el amparo en revisión 466/2011, la Corte encontró una acción afirmativa en el plazo diferenciado para interponer el juicio de amparo para los ejidos, previsto en la Ley de Amparo. Al analizar la norma, la Corte advirtió que estudiaría si perseguía una finalidad constitucionalmente válida; si la medida era adecuada para conseguirla y si era proporcional.¹⁷² La Corte consideró que la medida era válida pues perseguía adecuadamente la finalidad de permitir la protección de

¹⁶⁸ *Ibidem* página 38.

¹⁶⁹ *Ibidem* páginas 51-53.

¹⁷⁰ SCJN, Amparo en Revisión 603/2019, resuelto en sesión de 13 de enero de 2021, páginas 41-42.

¹⁷¹ *Ibidem* página 32.

¹⁷² SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015, páginas 99-103.

las tierras ejidales y remediar la desigualdad estructural que enfrentan.¹⁷³ Además, la SCJN consideró que la medida era proporcional puesto que derivaba de una decisión democrática de enmendar la desigualdad que enfrentan este tipo de comunidades.¹⁷⁴ Un aspecto que llama la atención es que la Corte precisó que la proporcionalidad no debía analizarse bajo cánones rigoristas por lo que debía valorarse "la importancia del fin perseguido, y que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la entidad de la diferenciación, así como que no es facultad de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación efectuar un examen o determinación acerca de si el criterio adoptado por el legislador es oportuno, ni si tiene una mayor o menor adecuación al fin perseguido,¹⁷⁵ como tampoco es factible que decida si la medida es o no la mejor de las posibles que puedan aplicarse, precisamente porque el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones y como producto del ejercicio de su libertad democrática y de configuración legislativa, es a quien corresponde en definitiva la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, así como interpretar o reinterpretar la realidad social y concluir sobre la pertinencia de mantener, modificar o eliminar dicha medida".¹⁷⁶

Preguntas de la sección

Dada la concepción de igualdad que ha sostenido la SCJN, ¿podría considerar que las acciones afirmativas son actos discriminatorios?

Dejando de lado el escrutinio estricto dadas las consideraciones de la SCJN, ¿qué metodología sería más útil para evaluar este tipo de medidas: escrutinio ordinario, intermedio o test de proporcionalidad?

¹⁷³ *Ibidem*, página 99.

¹⁷⁴ *Ibidem* página 103.

¹⁷⁵ Sobre este punto, destaca que la Corte hace este pronunciamiento tras concluir el análisis de adecuación de la medida.

¹⁷⁶ *Ibidem*, página 101.

Acciones afirmativas: un avance y desarrollos pendientes

Al momento de escribir este artículo la Corte aún no cuenta con un criterio claro sobre la forma en que deben evaluarse las acciones afirmativas.¹⁷⁷ Un punto de partida valioso es que existe consenso alrededor de que su análisis no debe someterse a un escrutinio demasiado riguroso. La postura contraria no sólo sería contradictoria con la forma en que la Corte ha entendido la igualdad, sino que representaría un obstáculo importante en futuros litigios que busquen impulsar este derecho. Con todo, aún queda el desafío más importante para delinear una metodología que permita a la Corte analizar la constitucionalidad de las medidas que pretenden ser acciones afirmativas. La tarea no es sencilla por diversas razones. El análisis debe tomar en cuenta que la medida no pretende ser neutra, razón por la que dichas medidas suelen hacer distinciones explícitas con base en las categorías previstas en el artículo 1 constitucional. Esto hace que para algunos sea contrainstitucional la idea de no aplicar un escrutinio estricto y pone un énfasis en la importancia de justificar políticas que pretendan fungir como acciones afirmativas. Una planeación deficiente de este tipo de medidas puede inadvertidamente replicar prejuicios y estereotipos sobre los grupos que pretenden proteger, por lo que la Corte también tiene por delante el trabajo de desarrollar criterios que nos permitan distinguir estos casos de acciones afirmativas.

VII. Fuentes de consulta

CHEMERINSKY, Erwin, *The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)*, 14 *Geo JL & Pub Pol'y* 401, 2016.

¹⁷⁷ No obstante, el 17 de febrero de 2022, el Pleno de la Suprema Corte discutió la Acción de Inconstitucionalidad 195/2020 en la que se discutió la invalidez del artículo 22, párrafo segundo, de la Ley del Servicio Civil del Estado y los Municipios de Chiapas que contemplaba menos horas laborales para mujeres que estuvieran a cargo de sus hijos. El asunto implicó la discusión sobre cómo determinar si una medida es una acción afirmativa y la forma en la que se debe determinar su constitucionalidad. Desafortunadamente, al momento de escribir este artículo, el engrose aún no se encuentra publicado. Véase, SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 195/2020, resuelta en sesión de 17 de febrero de 2022.

_____, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015.

FALLON, Richard H. Jr, *Strict Judicial Scrutiny*, 54 *UCLA L Rev* 1267.

KHAITAN, Tarunabh, "Indirect Discrimination", en Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018.

KHAITAN, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law*, OUP, 2015, p. 220.

KLATT, Mathias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, OUP, 2012.

LATAPIE, Ricardo, "¿De qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad?", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, SCJN, 2021.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper, *Making Sense of Affirmative Action*, OUP, 2020.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, México, Siglo XXI, 2016.

SERRANO, Silvia, "La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH: Avances y retos pendientes", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación. Piezas para Armar*, México, SCJN, 2021.

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon, 1991.

STONE SWEET, Alec y Mathews, Jud, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 *Colum. J. Transnat'l L.* 72, 2008.

SUK, Julie, "Discrimination and Affirmative Action", en Lippert-Rasmussen, Kasper, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018.

Resoluciones

Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión del 24 de septiembre de 2007.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de 16 de agosto de 2010.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015.

SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015.

SCJN, Amparo Directo 19/2014, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016.

SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, resuelto en sesión de 4 de noviembre de 2015.

SCJN, Amparo en Revisión 83/2015, resuelto en sesión de 2 de diciembre de 2015.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, resuelto en sesión de 7 de octubre de 2015.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 1368/2015, resuelto en sesión de 13 de marzo de 2019.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, resuelta en sesión de 22 de marzo de 2019.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017.

SCJN, Amparo en Revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2011.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 387/2016, resuelto en sesión de 26 de abril de 2017.

SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión de 29 de noviembre de 2017.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, resuelto en sesión de 30 de octubre de 2018.

SCJN, Amparo Directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 163/2018, resuelto en sesión de 31 de octubre de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 364/2018, resuelto en sesión 20 de junio de 2018.

SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019.

SCJN, Amparo en Revisión 7027/2018, resuelto en sesión de 13 de febrero de 2019.

SCJN, Amparo en Revisión 331/2019, resuelto en sesión de 21 de noviembre de 2019.

SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019.

SCJN, Amparo en Revisión 603/2019, resuelto en sesión de 13 de enero de 2021.

SCJN, Amparo en Revisión 1041/2019, resuelto en sesión de 8 de julio de 2020.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 195/2020, resuelta en sesión de 17 de febrero de 2022.

United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

CAPÍTULO 10

Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Sandra Serrano*

* Investigadora Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. Introducción. II. Generalidades del derecho a la igualdad y a la no discriminación. 1. Reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación. 2. Importancia de la igualdad. 3. Relación entre la igualdad y la no discriminación. 4. Norma de *jus cogens*. 5. Relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar. 6. Cláusulas autónoma y subordinada. 7. Igualdad formal y material. III. El derecho a la no discriminación. 1. Definición de no discriminación. 2. Distinción y discriminación. 3. Discriminación directa e indirecta. 4. Categorías sospechosas. 5. Discriminación interseccional y múltiple. IV. Obligaciones generales y el principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación. 1. Respetar la igualdad y no discriminación. 2. Garantizar la igualdad y la no discriminación. V. Discriminación estructural. VI. Preguntas pendientes. VII. Referencias.

El capítulo analiza los criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en particular, de la Corte Interamericana sobre el principio y derecho a la igualdad y no discriminación. Permite a la persona lectora contar con elementos clave de la dinámica de este derecho, así como las obligaciones estatales que conlleva. Para ello, proporciona elementos generales sobre el principio y derecho, profundiza en las herramientas que permiten su protección y las formas en que puede presentarse. Finalmente, invita a la reflexión sobre la importancia de la discriminación estructural como una dimensión que tiene el potencial de vincular la desigualdad por identidad y por redistribución.

I. Introducción

En el centro de la idea contemporánea de los derechos humanos está el principio de igualdad. Actualmente, los derechos humanos se entienden como transnacionales, exigibles y guiados por el principio de igualdad entre las personas. Lo primero en tanto hay una integración de los derechos de origen nacional e internacional. Son exigibles porque todos los

derechos humanos son opuestos al Estado o a otros agentes con poder, quienes además tienen la obligación de su cumplimiento. Y giran en torno al principio de igualdad en tanto se reconoce que existen asimetrías en el reconocimiento de las identidades, en la redistribución económica y en la representación política y que esas diferencias inciden en quiénes y en dónde pueden gozar y ejercer sus derechos y hasta dónde pueden hacerlo.

La concepción clásica de que los derechos humanos corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales implica la igualdad entre las personas, sin embargo, constituye una premisa generalizadora que no alcanza a reconocer las diferencias que afectan el disfrute de los derechos. El desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha buscado hacerse cargo de esa generalización de los derechos que tiende a ocultar los derechos de grupo en situación de desventaja histórica. Por ejemplo, el impulso del movimiento feminista dio lugar a la adopción de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) en 1979 para visibilizar y especificar los derechos humanos de las mujeres. Se trata de un instrumento que parte de la discriminación contra la mujer en el ejercicio y goce de todos los derechos humanos. Su adopción dejó en claro que los derechos humanos requieren ser interpretados y reinterpretados a la luz de las condiciones de los distintos grupos en discriminación. El DIDH ha buscado ampliar el contenido y alcance de la igualdad a partir de entenderlo como principio y como derecho. Es principio en tanto informa y dimensiona a todos los derechos y es, por sí mismo, un derecho en cuanto protege contra la discriminación y constituye obligaciones para los Estados a fin de que alcancen la igualdad. Es por ello que el principio y derecho a la igualdad constituye hoy en día un pilar básico del DIDH.¹

¹ El trayecto seguido por el DIDH queda claramente desarrollado en la identificación que Luigi Ferrajoli hace de cuatro modelos de igualdad/diferencia: el primero es el de la indiferencia jurídica de las diferencias. En este modelo las diferencias simplemente son ignoradas (estado de naturaleza

La desigualdad persistente de la región latinoamericana ha impulsado el desarrollo del principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En los últimos años, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)² como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH)³ han desarrollado un grupo amplio de criterios en torno a la igualdad y a la no discriminación. Sin embargo, la atención no siempre ha estado puesta en la igualdad,⁴ sino que ha sido en los últimos años cuando de manera decidida los órganos del SIDH se han hecho cargo de la desigualdad en el ejercicio de derechos de distintos grupos sociales.⁵ De hecho,

de Hobbes). El segundo es el modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias, por medio del cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras, pero a través de instituciones jerarquizadas. Aquí estamos frente a una sociedad de castas, en la que las diferencias sirven para generar procesos de discriminación y jerarquización a través de criterios de privilegio. El tercero es el modelo de la homologación jurídica de las diferencias. Aquí se tiene conciencia de las diferencias, pero son negadas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. Al ocultar las diferencias, también se ocultan las relaciones de poder, sumisión y desigualdad que suponen esas diferencias (Ferrajoli, 2002, pp. 73-76). La propuesta en materia de derechos humanos es avanzar hacia el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, el modelo de *igual valoración jurídica de las diferencias*, que se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. En este modelo no se trata de ser indiferente o tolerante a las diferencias, sino de garantizar la libre afirmación y desarrollo a partir de esas diferencias. El aspecto central es que permite pensar la igualdad desde lo local, desde el contexto de opresión cotidiana de la gente; permite sumar al análisis jurídico las relaciones sociales como factores de desigualdad y, en especial, tener presente que el análisis de estas relaciones es relevante para generar no sólo formulaciones normativas, sino también garantías de efectividad (Serrano y Vázquez, 2021).

² La CIDH es un órgano de la Organización de Estados Americanos que tiene a su cargo la política de derechos humanos en la región por lo que tiene facultades de promoción, supervisión y defensa de los derechos humanos. De manera particular, se constituye en un órgano cuasi jurisdiccional que recibe las peticiones individuales por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a la Declaración Americana. Cuando encuentra méritos en el caso emite un informe de fondo que permite que el caso sea conocido por la CorteIDH.

³ La CorteIDH es un órgano judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que supervisa su cumplimiento a partir de los casos que le son remitidos por la CIDH, emite opiniones consultivas respecto de la interpretación de dicha Convención y dicta medidas provisionales frente a posibles violaciones irreparables de los derechos humanos.

⁴ Por ejemplo, Ariel Dulitzky (2007) hacía notar la poca jurisprudencia desarrollada en materia de igualdad y no discriminación tanto por la CorteIDH como por la CIDH.

⁵ Debe recordarse que los primeros años del SIDH estuvieron dedicados a hacerle frente a las violaciones graves de derechos humanos producto de los regímenes dictatoriales que afectaron a la región, posteriormente el Sistema se abocó a establecer las bases de la justicia transicional y la democracia, mediante el fortalecimiento de las instituciones de justicia. Finalmente, en los últimos años el SIDH se ha tomado en serio el problema de la debilidad institucional en la mayoría de los países

hoy día un buen número de sentencias tienen relación con este derecho.⁶

Los criterios interamericanos en materia del principio y derecho a la igualdad y a la no discriminación establecen su funcionamiento, dinámica y, particularmente, la forma en que los derechos deben ser dimensionados atendiendo a los distintos grupos sociales en discriminación. Esto último ha sido tan relevante que la CorteIDH ha reconocido la existencia de situaciones de discriminación estructural, que van más allá de la identificación de tratos arbitrarios y que le implican al Estado la adopción de medidas que trascienden los ajustes meramente institucionales.

En este sentido, los criterios interamericanos reconocen dos dinámicas del derecho y principio a la igualdad y a la no discriminación. Una primera vinculada con la prohibición de todo trato arbitrario y una segunda, en pleno desarrollo, referente a la discriminación estructural que afecta a los grupos en desventaja. Después de esta introducción, el capítulo parte de identificar las características generales del principio y derecho a la igualdad, en la tercera sección se analizan las distintas dimensiones del derecho a la igualdad y en la cuarta sección las obligaciones que resultan. Por su parte, en la quinta sección se estudia la manera en que la CorteIDH ha entendido la discriminación estructural y algunos de los criterios más relevantes respecto de grupos en desventaja. El capítulo cierra con algunas reflexiones pendientes.

de la región y con ella las afectaciones a los grupos históricamente discriminados (Abramovich, 2009 y Grossman, 2008).

⁶ Para agosto de 2021, el sistema Summa de Cejil reporta 352 sentencias emitidas por la CorteIDH, de las cuales 82 se refieren a no discriminación, niñez, género, pueblos indígenas, migrantes, esclavitud, orientación sexual, pobreza, afrodescendientes, discapacidad, identidad o personas mayores. Lo anterior representa un 23% del total de sentencias disponibles en ese Sistema. Disponible en <https://summa.cejil.org>.

II. Generalidades del derecho a la igualdad y a la no discriminación

El derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene algunas características específicas que lo diferencian de otros derechos y que responden tanto a la forma en la que ha sido reconocido por los instrumentos del SIDH como al lugar que ocupa en el DIDH.

a. Reconocimiento del derecho a la igualdad y a la no discriminación

El derecho a la igualdad y a la no discriminación está reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La DADH establece un derecho a la igualdad ante la ley, que define como "[t]odas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna" (artículo 2). Por su parte, la CADH retoma esta aproximación general de la Declaración y la plasma en dos artículos:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...].

Artículo 24. Igualdad ante la Ley.

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Adicionalmente, diversos instrumentos del SIDH protegen el derecho a la igualdad y no discriminación.⁷ Apenas a inicios de 2020 entró en vigor la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia que recupera los criterios interamericanos para establecer una definición, tipos y características de la discriminación, así como los deberes estatales respecto del derecho a no ser discriminado.⁸

b. Importancia de la igualdad

La CorteIDH ha sostenido que la noción de igualdad "se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable a la dignidad esencial de la persona", por ello no deben permitirse los privilegios al considerar a alguien superior, o la hostilidad o alguna forma de discriminación en el goce de los derechos por considerar a alguien inferior (CorteIDH, 1984: párr. 55). Es por ello, que el principio de igualdad y no discriminación constituye un principio rector del DIDH en tanto es un presupuesto necesario para el goce de todos los derechos (CIDH, 2019: 24); (CorteIDH, 2012b).

⁷ Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 3), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, artículo 4), Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (no firmada ni ratificada por México).

⁸ La Convención establece: 1. Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes. La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

c. Relación entre la igualdad y la no discriminación

Una de las primeras preguntas que saltan cuando se hace referencia a la igualdad y a la no discriminación es respecto a la relación entre ese derecho y esa prohibición. En términos generales se señala que se trata de dos partes de la misma moneda, una concepción negativa que prohíbe las diferencias por tratos arbitrarios (no discriminación), y una positiva que se relaciona con las obligaciones de los Estados de crear condiciones para el ejercicio efectivo y real de los derechos de los grupos históricamente excluidos (igualdad) (CorteIDH, 2012c). Ambas deben entenderse como complementarias y donde la presencia de la discriminación denota también una deficiencia en la igualdad, mientras que el fortalecimiento de la concepción positiva incidirá en la ausencia de la discriminación.

Por tanto, la igualdad y no discriminación implican tanto obligaciones de hacer como de no hacer. Por un lado, abstenerse de discriminar y, por otro, generar todas las condiciones necesarias para la igualdad. Esto último es particularmente relevante para las reparaciones frente a los casos de discriminación, pues rara vez esa conducta prohibida se encontrará de manera aislada, sino que suele responder a una(s) falla(s) en la generación de las condiciones para el ejercicio real de la igualdad.

d. Norma de *jus cogens*

Es tal la importancia del principio y derecho a la igualdad y no discriminación que la CIDH y la CorteIDH han considerado que se trata de una norma imperativa internacional. En palabras del tribunal interamericano:

4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de

igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares (CorteIDH, 2003, párr. 173).

En otras palabras, el derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene un nivel aún mayor de obligatoriedad que la costumbre internacional, ya que una norma imperativa significa que es una "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por [...] norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".⁹ Se trata de uno de los principios sobre los que se sustentan los derechos humanos en general y, aun cuando no existe jerarquía entre ellos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación se entiende como un presupuesto necesario para el ejercicio de cualquier otro derecho.

Lo anterior tiene diversas consecuencias, entre ellas:

- 1) Los Estados no pueden oponer ningún argumento en contrario para discriminar.
- 2) Los Estados o particulares no pueden pactar nada que sea contrario a la igualdad y no discriminación.
- 3) Todas las personas, no sólo los agentes estatales, están obligados a respetar el principio y derecho a la igualdad y no discriminación (efecto *erga omnes*).

⁹ Artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (1969). El listado de normas que son consideradas *jus cogens* son limitadas y dentro del listado se encuentran las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad, tortura y el derecho a la autodeterminación.

Por lo anterior, es que más allá de si un Estado firmó o no un tratado en lo específico, todos están obligados a cumplir con la igualdad y no discriminación. De hecho, el párrafo citado surge de una Opinión Consultiva conocida por la CorteIDH en la que el Estado mexicano preguntó, entre otras cuestiones, si el trato que reciben los trabajadores indocumentados en otro país puede ser distinto de aquél que reciben los que se encuentran en el país de manera regular, lo anterior en el contexto de las personas mexicanas en Estados Unidos. La Corte Interamericana señala que una vez contratadas, las personas extranjeras no pueden recibir un trato diferente por el hecho de estar o no de manera irregular en el país de destino en tanto el principio de igualdad y no discriminación constituye una norma de *jus cogens* y, por tanto, obligatoria para todos los Estados y todas las personas.

e. Relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar

El artículo 1.1 de la Convención Americana ya citado establece las obligaciones de respetar y garantizar sin discriminación los derechos humanos ahí reconocidos. En este sentido, el Tribunal Interamericano ha sostenido que todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional al Estado. "Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación" (CorteIDH, 2010, párr. 268). Esto es, el respeto y garantía de los derechos convencionales debe realizarse siempre en apego al principio y derecho de igualdad y no discriminación.

f. Cláusulas autónoma y subordinada

Como ya se señaló, los artículos 1.1 y 24 de la CADH se refieren a la igualdad y no discriminación. Al primero de estos artículos se le considera de carácter subordinado porque sólo se refiere a los derechos contenidos en la Convención y debe leerse en conjunto con ellos (Bayefsky,

1990). Es decir, el Estado está obligado a respetar y garantizar los derechos políticos sin distinguir entre hombres y mujeres. Si, por ejemplo, adopta una ley que prohíbe el voto de la mujer o le impide ser electa, estaría violando sus derechos políticos, contenidos en el artículo 23 de la CADH en conjunto con el artículo 1.1. Por otra parte, el artículo 24 de la CADH, que se refiere a la igualdad ante la ley tiene un carácter autónomo, en el sentido de que no tiene que ser relacionado con otro artículo de la Convención para encontrarse violado, sino que basta con que el Estado realice un trato arbitrario al regular algún tema para que pueda invocarse.

El arribo a esta distinción no fue un camino sencillo para la CorteIDH, fue hasta 2008 en el *Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela* que se estableció tal distinción al analizar el caso de tres grupos de magistrados cesados de sus funciones y afectados en otros derechos, mientras que otros dos magistrados en aparentemente las mismas condiciones no tuvieron las mismas consecuencias frente al proceso disciplinario al que fueron sometidos los cinco. El Tribunal Interamericano determinó que:

209. [...] La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley". En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. (CorteIDH, 2008)

Posteriormente, la CorteIDH ha desarrollado esta distinción para señalar que el artículo 24 también implica la obligación de respetar y garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación "en la salvaguarda de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, pues protege el derecho a 'igual protección de la ley' de modo que veda también la discrimi-

nación derivada de una desigualdad proveniente de una ley interna o de su aplicación" (CorteIDH, 2014b, párr. 218).

g. Igualdad formal y material

La igualdad no sólo se manifiesta en la ley sino que debe alcanzarse también en la realidad, esto es, se trata de una igualdad material o sustantiva. En consecuencia, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca tanto la igualdad formal como la material, le importan las disposiciones jurídicas y la realidad. Por ejemplo, en el *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala* la CorteIDH recordó que "[l]os Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*" (CorteIDH, 2015c, párr. 173).

Por su parte, la CIDH también ha sostenido que el SIDH protege tanto la igualdad formal como la real, esta última "que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas que permitan su equiparación" (CIDH, 2019, párr. 33). Esto se analizará más adelante a partir de la obligación de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación.

III. El derecho a la no discriminación

La no discriminación constituye una conducta prohibida por el DIDH, ello implica que los Estados deben abstenerse de realizar cualquier acto discriminatorio, esto es, aquellos actos que excluyan, restrinjan o menoscaben el ejercicio de los derechos por la pertenencia a un grupo en situación de desventaja histórica. Si bien se trata de una conducta prohibida y que se plantea en sentido negativo (no hacer), la no discriminación tiene un vínculo indisoluble con la igualdad, como se señaló al inicio de este capítulo. En este sentido, no debe perderse de vista que también es una obligación estatal el construir las circunstancias

para que existan condiciones de igualdad y se erradiquen los actos discriminatorios.

La definición de la no discriminación contiene distintos elementos que permiten identificar su dinámica y alcance, como son las conductas prohibidas, la intencionalidad y las categorías sospechosas.

1. Definición de no discriminación

Dado que la Convención Americana no contiene una definición de no discriminación, la CorteIDH ha construido una definición¹⁰ que abrevia de distintos instrumentos internacionales:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (CorteIDH, 2012b, párr. 79, 2017, párr. 62)

Se trata de una definición de la mayor importancia porque establece los mínimos que los Estados Parte de la Convención Americana deben asegurar sobre la no discriminación. Lo primero que resalta de la definición

¹⁰ La CorteIDH señala que dicha definición toma como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, el artículo 1.2.a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el artículo 1.1 de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Dados los años en que ha decidido los casos donde ha incluido la definición de discriminación, la CorteIDH todavía no considera la definición contenida en la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

es el conjunto de conductas prohibidas: distinción, exclusión, restricción o preferencia. Como se recordará, la igualdad y no discriminación busca que a ninguna persona se le trate con privilegios, pero tampoco con hostilidad o como alguien inferior. Estas conductas deben anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por lo tanto, debe existir un efecto en los derechos, en tanto la no discriminación protege el goce y ejercicio de los derechos, que puede presentarse de manera inmediata o mediata, por ejemplo, por el uso de estereotipos que impactan la manera en que los agentes estatales cumplen o no con los derechos. Se está, por tanto, ante una discriminación con sentido jurídico cuando existe una conducta que afecta los derechos humanos.

a. Distinción y discriminación

La CorteIDH ha señalado que no toda diferencia de trato implica discriminación, esto es, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva. En la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y derechos de los Migrantes Indocumentados, ese Tribunal señaló que "[e]l término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos" (CorteIDH, 2003, párr. 84). Además, agrega que:

[E]n casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponda con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuáles éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad (CorteIDH, 2016c, párr. 240, y 2017, párr. 66).

De lo anterior es posible concluir que el derecho a la no discriminación no exige un trato idéntico en todos los casos, al contrario, a fin de garantizar los derechos de las personas adecuadamente es posible que haya distinciones, pero éstas deben ser objetivas, razonables y proporcionales. Es decir, reconoce que las personas no somos materialmente iguales. De hecho, la idea misma de adoptar medidas a favor de grupos marginados, excluidos o subordinados implica una distinción. Sin embargo, el criterio decisor está en identificar si las personas o grupos efectivamente se encuentran, de origen, en una posición similar.

Por ejemplo, si el trato igual es entre iguales, entonces existe una presunción de legitimidad, pero si el trato igual es entre desiguales (por ejemplo, porque una de las partes en un juicio es una persona indígena que no habla español), entonces hay una presunción de discriminación en el resultado del trato. De la misma forma si hay un trato desigual entre iguales, también existe una presunción de discriminación en el trato, mientras que si hay un trato desigual entre desiguales, entonces hay una presunción de distinción y por tanto de legitimidad de la acción.

El *Caso Flor Freire Vs. Ecuador* de la CorteIDH sirve para ilustrar esto. El señor Freire fue víctima de un acto discriminatorio pues fue dado de baja de las fuerzas armadas por la supuesta comisión de "actos homosexuales" al imputársele una orientación sexual. En cambio, la sanción por actos no homosexuales al interior de las instalaciones militares no hubiera acarreado la baja del señor Flor Freire, sino que hubiera recibido una pena máxima de arresto de 15 días o una suspensión de 30 días. En este sentido, existe un trato arbitrario en razón de la orientación sexual en virtud de las distintas sanciones aplicables a los llamados "actos de homosexualismo" y los "actos sexuales ilegítimos",¹¹ donde

¹¹ El señor Flor Freire no acepta la orientación sexual imputada, sin embargo, la CorteIDH recuerda que lo relevante para el caso no es la auto identificación sino el trato recibido a partir de la identidad percibida o impuesta.

los primeros tienen una pena mayor y se sancionan incluso cuando se realizan fuera de las instalaciones militares, mientras que los segundos sólo acarrearán el arresto o la suspensión. La CorteIDH llega a esta conclusión a partir de lo siguiente:

127. Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Asimismo, resalta que la diferencia de regulación existente en el presente caso frente a los actos homosexuales tenía como efecto excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas. En este sentido, la Corte recuerda que la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual de una persona incluye la protección de la expresión de dicha orientación sexual [...]. Al sancionar los "actos de homosexualidad" dentro o fuera del servicio, el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar castigaba toda forma de expresión de esta orientación sexual, restringiendo la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas ecuatorianas (CorteIDH, 2016b).

En resumen, la conducta prohibida es la que constituye un trato arbitrario a partir de establecer un contraste en el trato como similitud y diferencia. Habrá presunción de trato arbitrario, cuando la distinción se base en alguna de las categorías sospechosas, en la pertenencia a un grupo marginado o excluido o en algún criterio irrelevante para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales.

b. Discriminación directa e indirecta

Con la frase "que tenga por objeto o por resultado" la definición de discriminación establece que la intención de discriminar no es relevante.

Puede ser que el Estado no pretenda realizar un acto discriminatorio, pero si sus consecuencias resultan en la exclusión, menoscabo o restricción de un derecho se estará frente a una discriminación de la misma forma que cuando tiene la intención de discriminar.

Así, la discriminación directa implica la "prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas" (CorteIDH, 2003, párr. 103). Lo anterior también incluye el "deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias" (CorteIDH, 2005a, párr. 271).

Por su parte, en el *Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica* la CorteIDH condenó al Estado por la violación a la obligación de respetar y garantizar los derechos sin discriminación (1.1) por el impacto desproporcionado que la prohibición de la fertilización *in vitro* (FIV) acarrea respecto a discapacidad, género y situación económica. En efecto, en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, el Estado prohibió la FIV, lo que generó que las víctimas del caso tuvieran que interrumpir el tratamiento que habían comenzado. La CorteIDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, y el principio de no discriminación (CorteIDH, 2012a).

Si bien la prohibición no tenía una intención deliberada de discriminar a las víctimas del caso, sí tuvo como consecuencia tal discriminación. Señala la CorteIDH que:

[La discriminación indirecta] implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente nega-

tivas en una persona o grupo con unas características determinadas. Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial [...] (CorteIDH, 2012a, párr. 286).

Debido a ello estima que la prohibición constituye una discriminación indirecta en tanto no se considera que la infertilidad es una discapacidad de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, que la interrupción del tratamiento tuvo efectos sobre el cuerpo de las mujeres y que las víctimas no contaban con los recursos económicos para viajar al extranjero a realizarse el procedimiento de FIV. Como se puede observar, si bien la prohibición no se pensó en esos términos sino en los de la supuesta protección de la vida, sus efectos sí excluyeron del ejercicio de derechos a las víctimas en razón de la salud, el género y la situación económica (CorteIDH, 2012a, párr. 282-304).

c. Categorías sospechosas

Las categorías sospechosas son criterios de distinción basados en una característica subjetiva de la persona (identidad o condición social) que, en principio, no guardan relación de razonabilidad con el propósito de la distinción. Se trata de especies de "focos rojos" que alertan respecto a las razones por las que se puede realizar una distinción entre las personas. La definición de no discriminación de la CorteIDH incluye las siguientes: la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social.

Esta lista de categorías no es exhaustiva ni coincide de forma absoluta en los distintos documentos jurídicos. Sin embargo, prácticamente todos los listados de los tratados internacionales introducen una cláusula abierta, "cualquier otra condición social", lo que permite incorporar otras categorías sospechosas. Una característica común es que están planteadas en

términos neutros, es decir, no designan a los grupos marginados, excluidos o subordinados históricamente, sino que establecen una primera base sobre la cual verificar la existencia de posibles distinciones arbitrarias y, por tanto, discriminatorias.

En efecto, la principal utilidad de estas categorías consiste en alertar sobre un posible trato arbitrario. Cuando la distinción entre personas o grupos se lleva a cabo a partir de una de estas categorías hay una alta probabilidad de que estemos frente a una discriminación. Ello trae como consecuencia que se realice un escrutinio estricto de la distinción como se verá en la siguiente parte de este capítulo y que se invierta la carga de la prueba, esto es, al Estado le corresponderá probar que no discrimina. Es por ello que se les llama categorías *sospechosas*, porque nos hacen sospechar del Estado o de quien haya emitido la disposición, medida o práctica. En palabras de la CorteIDH.

257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio (CorteIDH, 2015a).

Además, conviene tener presente que para comprobar que se ha utilizado una diferenciación de trato "no es necesario que la totalidad de [una] decisión esté basada 'fundamental y únicamente' en [la categoría sospechosa], pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado" para adoptar una determinada decisión. Esto es, la presencia de la categoría sospechosa como razón de la distinción no debe ser la única ni la más importante, sino que es sufi-

ciente con constatar que está presente como un argumento (CorteIDH, 2012b, párr. 94).

La CorteIDH se ha referido a las categorías sospechosas en diversos casos, abarcando una gran amplitud de situaciones. Algunos ejemplos son los siguientes:

- a) Categoría de género. En el *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, se constató que tanto en documentos oficiales como en las decisiones tomadas por las autoridades se hizo uso de estereotipos "en cuanto a los roles de género asignados a la madre y padre de los niños". Los informes daban cuenta sobre si la señora Ramírez Escobar podía o no asumir su rol de madre para lo que analizaron si "aceptaba su rol femenino" y a partir de testimonios concluyeron que "era una madre irresponsable porque, *inter alia*, 'abandonaba a sus hijos cuando se iba a trabajar', y que por estas razones, entre otras, observaba una conducta irregular". En cambio, las autoridades no buscaron al padre de los hijos para que los cuidara a pesar de que mantenía una estrecha relación con ellos. (CorteIDH, 2018e, párr. 294-298). Lo anterior da cuenta de una aplicación diferenciada de la ley que tiene una mayor carga en contra de la mujer por no adaptarse al rol de género esperado socialmente.

A la luz de casos como el anterior, la CorteIDH ha desarrollado un grupo de criterios en torno a los estereotipos de género, mismos que define como:

[U]na pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explí-

citamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales. (CorteIDH, 2009, párr. 401, y 2015c, párr. 180)

Los estereotipos de género tienen consecuencias en el goce y ejercicio de distintos derechos humanos, particularmente en el acceso a la justicia y la protección de los derechos de las mujeres, pues por dichos estereotipos las autoridades suelen no actuar con la urgencia necesaria o los anteponen a la información de los casos con que cuentan (CorteIDH, 2009, 2014d).

- b) Orientación sexual e identidad de género. En los últimos años, la CorteIDH ha revisado un grupo de casos vinculados con esta categoría sospechosa. En ellos ha aclarado que si bien esta categoría no se encontraba originalmente prevista, debe considerarse como tal y está protegida como tal (CorteIDH, 2012b, párr. 91). A partir de esta categoría ha declarado la violación al artículo 24 por la discriminación en el acceso a las pensiones de sobrevivencia en parejas del mismo sexo (CorteIDH, 2016a) y ha determinado la diferencia injustificada en las sanciones impuestas a partir de este criterio (CorteIDH, 2016b). Asimismo, la CorteIDH ha hecho hincapié en que "la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida", pues es posible que la discriminación resulte de una percepción que otras personas tengan, con independencia de que ello se corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima, lo que se ha llamado "discriminación por percepción" (CorteIDH, 2016b, párr. 120).

Finalmente, conviene destacar la Opinión Consultiva 24, en la que la Corte Interamericana indicó que la no discriminación por orientación sexual "no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas". Asimismo, estableció criterios para la protección

de la identidad de género y su estrecha relación con otros derechos y con la dignidad humana (CorteIDH, 2017, párr. 90-101).

- c) Origen étnico. En distintos casos, la CorteIDH ha afirmado que la "etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales". Los pueblos indígenas se encuentran dentro de esta categoría, "respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres" (CorteIDH, 2014c, párr. 204).

- d) Posición económica. En casos recientes, la CorteIDH ha comenzado a visibilizar la situación de pobreza que sufre una gran parte de la población latinoamericana. La posición económica, además de ser un problema de derechos humanos en sí mismo, también puede constituir una categoría sospechosa para efectos de discriminación. En el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil* analizó, entre otros aspectos, la falta de actuación de las autoridades respecto de las denuncias sobre las deplorables condiciones de vida y de trabajo de las víctimas del caso. La CorteIDH consideró que: "existía una afectación desproporcional en contra de una parte de la población que compartía características relativas a su condición de exclusión, pobreza y falta de estudios (CorteIDH, 2016d, párr. 417).

Adicionalmente, la CorteIDH ha considerado otras categorías, como las opiniones políticas (CorteIDH, 2015b, 2018f, 2018b), las condiciones de salud (CorteIDH, 2015a, 2018a) y la edad (CorteIDH, 2012c, 2018d), entre otras.

d. Discriminación interseccional y múltiple

En muchos casos encontramos que existen dos, tres o más categorías sospechosas que incidieron en la discriminación. Aquí estamos frente a lo que se ha llamado "discriminación interseccional". La CorteIDH retoma la definición del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para señalar que:

La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer [...]. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas [, así como] aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones. (Comité CEDAW, 2010; CorteIDH, 2018e)

En el *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador* la CorteIDH determinó que la discriminación que sufrió una niña estuvo "asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico". Todos estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió (CorteIDH, 2015a, párr. 285). Y agregó:

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. [...] En el caso de las mujeres con VIH/SIDA la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas,

sus opciones e interacciones (sobre todo en relación a su sexualidad, deseos y comportamientos). (CorteIDH, 2015a)

Conviene tener presente que la interseccionalidad no es una mera acumulación de factores de discriminación, sino que se deriva en una forma específica de discriminación que resulta de la interacción de los distintos factores, "es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente" (CorteIDH, 2015a, párr. 290), de tal forma que el agregado es, en sí mismo, una forma de discriminación específica. "La Corte comprende que la confluencia de factores de discriminación de manera interseccional resulta en una experiencia discriminatoria que se diferencia de la simple acumulación en contra de una persona de distintas causas de discriminación" (CorteIDH, 2018e, párr. 277).

En cambio la discriminación múltiple no implica una interacción entre los distintos factores, sino que los factores pueden tener distintas incidencias en una violación determinada (CorteIDH, 2016c, párr. 248)

IV. Obligaciones generales y el principio y derecho a la igualdad y no discriminación

Como ya se mencionó, la igualdad y la no discriminación tienen un vínculo indisoluble con las obligaciones de respetar y garantizar en cuanto al cumplimiento de los derechos convencionales. Además, el derecho a la igualdad y a la no discriminación debe ser respetado y garantizado. Es decir, en paralelo a esta relación, los Estados deben respetar y garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación.

Conviene recordar las definiciones básicas de ambas obligaciones de acuerdo con la CorteIDH:

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y li-

bertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (**La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. (CorteIDH, 1988).

La obligación de respetar implica que los agentes estatales deben abstenerse de interferir en los derechos humanos, esto es, no discriminar. En cambio, la obligación de garantizar implica que los estados deben inter-

venir para lograr la realización de los derechos, es decir, asegurar las condiciones para que los derechos se disfruten en igualdad. En la práctica, la CIDH ha señalado que estas obligaciones implican que:

[L]os Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley; de abstenerse de introducir en su marco jurídico normas que sean discriminatorias para ciertos grupos, sea en su texto o en la práctica; y de combatir las prácticas discriminatorias. (CIDH, 2011, párr. 109).

1. Respetar la igualdad y no discriminación

Como se recordará, no toda distinción es discriminación sino sólo aquellas que no son objetivas, razonables y proporcionales, y esas distinciones serán más cuestionables cuando se distingue a la luz de alguna de las categorías sospechosas, en cuyo caso el Estado tendrá la obligación de probar que no discriminó. Se invierte la carga de la prueba, no prueba quien acusa, sino prueba quien se defiende, aquí se trata de un Estado. Por tanto, en principio las distinciones no están prohibidas, pero ¿cómo se identifica cuándo una restricción es objetiva, razonable y proporcional? ¿Qué pasa si no se encuentra presente alguna de las categorías sospechosas?

Para determinar si una distinción es objetiva, razonable y proporcional la CIDH ha señalado que debe realizarse un juicio escalonado de proporcionalidad y se compone de cuatro elementos concurrentes: un fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad entre el fin y la medida (CIDH, 2019, párr. 56). Esto significa que debe existir algún objetivo justificado para hacer tal distinción, que esa distinción debe ser necesaria para obtener ese objetivo y que sólo se puede restringir la igualdad en lo necesario para alcanzar el objetivo.

Sin embargo, estos pasos se intensifican en cuanto a su exigencia cuando la distinción se basa en alguna de las categorías sospechosas. En este caso se realiza lo que se ha llamado un escrutinio estricto y que la CorteIDH explica de la siguiente manera:

81. Asimismo, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías [sospechosas], la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que se persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no puede ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma. (CorteIDH, 2016b, párr. 81, 2016c, párr. 240)

Lo anterior se resume en lo siguiente: i) la existencia de un fin legítimo e imperioso en el marco de la Convención; ii) la distinción constituya un medio necesario porque no existe ningún otro menos lesivo; iii) la distinción debe tener un beneficio claramente mayor que lo que implica la restricción al derecho a la igualdad y no discriminación. Estos elementos son los que un Estado debería acreditar si tiene leyes o prácticas que afectan al derecho a la igualdad y no discriminación por alguna categoría sospechosa.

2. Garantizar la igualdad y no discriminación

En su sentido positivo (hacer) los Estados están obligados a adoptar todas las medidas (por ejemplo, institucionales, normativas, programáticas, capacitación, etc.) para realizar el derecho a la igualdad y no discriminación. La CorteIDH ha señalado que "los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas" (CorteIDH, 2014a, párr. 264). Es más, a los órganos del SIDH no sólo les interesa la igualdad formal, sino que las medidas a adoptarse deben buscar la realización de la igualdad material o sustantiva.

El tipo de medidas pueden ser muy variadas y están vinculadas con el grupo en situación específica que se busca proteger. Por ejemplo, alentar el desarrollo armonioso de la personalidad de la niñez y el reconocimiento de sus derechos (CorteIDH, 2002, párr. 53); proveer un traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla un procedimiento judicial (CorteIDH, 1999, párr. 120); en el caso de las comunidades indígenas, otorgar una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (CorteIDH, 2005b, párr. 63), y el combate de la violencia hacia la mujer como una forma extrema de discriminación, incluyendo medidas respecto del acceso a la justicia de las mujeres (CorteIDH, 2009, 2014d, 2016c, 2018g, 2018c).

V. Discriminación estructural

En los últimos años, la CorteIDH ha reconocido la existencia de una discriminación estructural en contra de ciertos grupos sociales históricamente excluidos o marginados, como las mujeres, la niñez o las comunidades indígenas. Se trata del reconocimiento de que la pertenencia a esos grupos genera, por sí, una desventaja en el goce y ejercicio de los

derechos. Por tanto, no sólo se trata de normas o prácticas que produzcan un trato arbitrario en tanto categoría sospechosa, sino que la organización estatal (institucional y normativa), social, económica y cultural ejerce una influencia sobre dichos grupos que termina por subordinarlos.

La discriminación estructural es distinta a la igualdad material, esta última busca que los derechos sean efectivos en la realidad, pero mira los obstáculos que se presentan para ello. De ahí que se deban adoptar medidas afirmativas para subsanar las deficiencias y enmendar leyes, instituciones o incidir en la capacitación. La discriminación estructural, por su parte, mira a la desigualdad material como una consecuencia de un mecanismo de subordinación que está inserto en la lógica estatal y cultural y a partir de la cual se actúa. Es decir, atiende a las causas, por ello no se queda sólo en las medidas afirmativas.¹²

En el *Caso Campo Algodonero Vs. México* la CorteIDH señaló que la violencia de género en Ciudad Juárez estaba relacionada con una situación de discriminación estructural en contra de las mujeres. Esta sentencia destaca:

133. Distintos informes coinciden en que aunque los motivos y los perpetradores de los homicidios en Ciudad Juárez son diversos, muchos casos tratan de violencia de género que ocurre en un contexto de discriminación sistemática contra la mujer. Según Amnistía Internacional, las características compartidas por muchos de los casos demuestran que el género de la víctima parece haber sido un factor significativo del crimen, influyendo tanto en el motivo y el contexto del crimen como en la forma de la violencia a la que fue sometida". El Informe de la Relatoría de la CIDH señala que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez "tiene

¹² Los criterios de la Corte Interamericana en este tema todavía no han sido del todo dilucidados. Por ejemplo, para González y Parra, el artículo 1.1 protege a los grupos en exclusión y, por tanto, tiene relación con la discriminación estructural (González Le Saux y Parra Vera, 2008). Mientras que la CIDH identifica la discriminación estructural con la desigualdad material aunque también pone énfasis en los grupos históricamente discriminados (CIDH, 2019).

sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres". A su vez, el CEDAW resalta que la violencia de género, incluyendo los asesinatos, secuestros, desapariciones y las situaciones de violencia doméstica e intrafamiliar "no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades" y que estas situaciones de violencia están fundadas "en una cultura de violencia y discriminación basada en el género". (CorteIDH, 2009)

A partir de ello, la CorteIDH señaló que las medidas reparatorias debían considerar esta situación de discriminación estructural, pues a diferencia de las reparaciones integrales que buscan regresar a la persona al estado previo a la violación a derechos humanos, en un contexto como el estudiado en el Caso Campo Algodonero, regresar a tal situación implica regresar a una ya de por sí violatoria de derechos humanos:

450. La Corte recuerda que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (*supra* párrs. 129 y 152), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]. (CorteIDH, 2009)

El desarrollo de la discriminación estructural en la jurisprudencia interamericana todavía es incipiente, pero ya se puede ver también en otro tipo de asuntos, por ejemplo, en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* donde reconoce a la pobreza como una situación de discriminación estructural que afectó las condiciones generales de las víctimas

(CorteIDH, 2016d). Sin duda esta dimensión de la igualdad, distinta a la del trato arbitrario, implica un paso hacia delante en la jurisprudencia de la CorteIDH, en la que la atención se pone en los mecanismos de subordinación de los grupos sociales en exclusión o marginación, lo que conlleva a identificar las distintas dinámicas y factores que permiten su persistencia.

VI. Preguntas pendientes

La jurisprudencia interamericana en torno a la igualdad y no discriminación es uno de sus grandes aportes a la protección y promoción de los derechos humanos, no sólo para la región latinoamericana sino para el mundo entero. Las condiciones de desigualdad de la región han impulsado esa jurisprudencia, pero el SIDH ha sabido hacerle frente.

Como se pudo observar, los criterios se han centrado en la articulación de un andamiaje que permita focalizar las obligaciones estatales, tanto de hacer como de no hacer, en torno a grupos en situación de exclusión, marginalidad o subordinación, ya sea dentro del mecanismo de trato arbitrario o como discriminación estructural. Sin embargo, esta perspectiva sigue fuertemente vinculada a la protección del reconocimiento de identidades. La posición económica y la pobreza, en lo específico, han tenido menos espacio en la jurisprudencia interamericana. Esto tiene que ver también con la falta de protección a los derechos sociales y económicos como derechos de igualdad redistributiva. En los últimos años, la CorteIDH ha buscado hacerse cargo de estos derechos sociales y económicos, pero aún falta vincularlos con una idea fuerte de igualdad redistributiva que permita, entonces sí, comprender las distintas causas de la discriminación estructural, que trascienden pero engloban a la identidad.

Por tanto, quedan algunas preguntas pendientes: ¿Cuál es el límite del escrutinio estricto? ¿Cómo se puede vincular la igualdad como reconocimiento y como redistribución?

Por otra parte, las medidas afirmativas que la CorteIDH especifica respecto de los distintos grupos han sido muy amplias, sin embargo, esto puede presentar retos a los Estados. Uno importante es si es posible hacer políticas sociales de inclusión amplias o siempre tendrán que ser focalizadas a partir de cada grupo social en discriminación. En este sentido, conviene reflexionar sobre ¿qué tipo de políticas de inclusión pueden derivarse de la jurisprudencia? ¿Esto cómo impacta la vigilancia de los órganos judiciales sobre dichas políticas?

La desigualdad es hoy uno de los principales problemas de la región latinoamericana y avanzar en las respuestas a estas preguntas ayudará a caminar hacia el respeto y garantía del principio y derecho a la igualdad y no discriminación, pero también de los derechos humanos en su conjunto.

VII. Referencias

- ABRAMOVICH, V. (2009), "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(11), pp. 7-39.
- BAYEFSKY, A. (1990), "The principle of equality or non-discrimination in international law", en *Human Rights Law Journal*, 11(1-2).
- CIDH (2019), Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos, OEA/Ser.L/V/II.171, Washington, D.C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- DULITZKY, A. (2007), "El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, pp. 15-32.
- FERRAJOLI, L. (2002), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a edición, Trotta.

GONZÁLEZ LE SAUX, M. y PARRA VERA, O. (2008), "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz", en Revista IIDH, (47).

GROSSMAN, C. (2008), "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", en *Indiana Law Journal*, 83, pp. 1267–1282.

SERRANO, S. y VÁZQUEZ, D. (2021), *Los derechos en acción. Principios y obligaciones de derechos humanos*, 2a. edición, Mexico, FLACSO México.

Casos

CIDH (2011). *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos de América*. Fondo Caso 12.6262. 80/11. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comité CEDAW (2010). *Recomendación general No 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. CEDAW/C/GC/28. Ginebra. Naciones Unidas.

CorteIDH (1984). *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84.

CorteIDH (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo.

CorteIDH (1999). *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99.

CorteIDH (2002). *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02.

CorteIDH (2003). Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18.

CorteIDH (2005a). Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2005b). Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2008). Caso Aplitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2012a). Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica.

CorteIDH (2012b). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2012c). Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2014a). Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2014b). Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2014c). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2014d). Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Exepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2015a). Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2015b). Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2015c). Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala.

CorteIDH (2016a). Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2016b). Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2016c). Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2016d). Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2017). Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17.

CorteIDH (2018a). Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2018b). Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2018c). Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México.

CorteIDH (2018d). Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2018e). Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2018f). Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas.

CorteIDH (2018g). Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

CAPÍTULO 11

Formas de reparar la discriminación normativa

Markus González Beilfuss*

* Profesor titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona.

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de discriminación normativa. 1. La discriminación normativa por diferenciación expresa. 2. La discriminación normativa por exclusión tácita. III. El modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa. IV. El modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa. V. Preguntas. VI. Bibliografía.

Las sentencias de la SCJN y de los tribunales constitucionales europeos que detectan discriminaciones normativas también se enfrentan a un importante problema constitucional: ¿quién y cómo se repara la discriminación normativa? Este interrogante no siempre parece haber estado presente en las sentencias de la SCJN, que han dado por supuesto que ello era de su competencia. A partir del análisis del concepto de discriminación normativa y de la jurisprudencia constitucional de algunos países europeos, este trabajo pone de relieve que la reparación de la discriminación normativa puede entrar fácilmente en conflicto con la libertad de configuración del legislador y que requiere de un modelo alternativo para ser abordada. Este modelo parte de que la reparación de la inconstitucionalidad es un proceso en el que deben intervenir tanto el órgano judicial que controla la constitucionalidad de las normas como el legislador democrático. Sin embargo, este modelo bilateral no cierra las puertas a que la discriminación normativa sea reparada directamente por dicho órgano judicial. A partir de la experiencia de otros países, el trabajo propone algunos criterios que permiten justificar el uso de un

modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa, así como los problemas que deben abordarse cuando se opta por el modelo bilateral alternativo.

I. Introducción

El amparo en revisión 152/2013 llevó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a analizar la constitucionalidad del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca, que establecía que el matrimonio era un contrato entre "un solo hombre y una sola mujer" y que su "finalidad era perpetuar la especie". Los quejosos, parejas homosexuales, se consideraban discriminados por dicha regulación y llevaron a la Primera Sala de la Corte a pronunciarse sobre la constitucionalidad de dicha disposición.

Casi un año después, la resolución de otro amparo en revisión (734/2014) obligó a la misma Sala de la SCJN a pronunciarse sobre el artículo 147 de la Constitución del Estado de Colima y sobre diversos preceptos de su Código Civil que regulaban el matrimonio también como un contrato entre un hombre y una mujer, pero que, además, reconocían la institución del enlace conyugal entre dos personas del mismo sexo. El quejoso también consideró que esta regulación era discriminatoria al excluir a los homosexuales de beneficios derivados del matrimonio, como la adopción, y obligó a la SCJN a analizar la constitucionalidad del sistema "separados, pero iguales" vigente en el Estado de Colima.

En resoluciones posteriores, que dieron respuesta a acciones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la regulación del matrimonio en los Códigos Civiles de los Estados de Jalisco, Puebla y Nuevo León (28/2015, 29/2016 y 29/2018), el Pleno de la SCJN también analizó si los preceptos que hacían referencia al matrimonio como unión de un hombre y una mujer eran discriminatorios y, por tanto, inválidos por ser discriminatorias al excluir a las parejas homosexuales.

Por su parte, el amparo en revisión 1317/2017 volvió a situar a la Primera Sala de la SCJN ante la necesidad de analizar otra discriminación normativa; en este caso, si el régimen jurídico del Estado de Veracruz relativo a la modificación del acta de nacimiento era discriminatorio por no contemplar de modo expreso la reasignación sexogenérica de las personas transexuales.

Todos estos casos son sumamente interesantes, porque trasladaron a la SCJN problemas social y jurídicamente relevantes: el carácter pretendidamente discriminatorio de unas normas que no reconocían o trataban de forma distinta realidades como la homosexualidad o la transexualidad, que hoy son innegables, aunque no estuvieran en la mente de los legisladores que aprobaron las normas impugnadas. Pero más allá de este interesantísimo debate constitucional, todas estas sentencias también plantearon otro problema que pasó desapercibido en su momento, pero que en los casos de discriminaciones normativas es sumamente relevante: una vez detectada, como en estos casos, la discriminación normativa, ¿quién y cómo debe repararla?

La respuesta a este interrogante depende de muchos factores y, por supuesto, del marco procesal en que se dictan las sentencias. No es lo mismo, en efecto, una sentencia de la SCJN que resuelve un juicio de amparo directo o indirecto, que se limita a declarar la inaplicación de la norma impugnada para el caso concreto, que una sentencia que da respuesta a una acción de inconstitucionalidad, que puede, como es sabido, declarar la invalidez de la norma impugnada con efectos generales. En todo caso y al margen del marco procesal aplicable, el problema de la reparación de la discriminación normativa es consustancial, como se verá, a toda declaración sobre el carácter discriminatorio de un determinado régimen jurídico.

Este hecho abre las puertas al derecho comparado y, en concreto, a sistemas de justicia constitucional concentrada como los vigentes en algunos países europeos, en los que los Tribunales Constitucionales han

tenido que pronunciarse con frecuencia sobre el carácter pretendidamente discriminatorio de normas de gran relevancia social.

Así, el Tribunal Constitucional español analizó hace tiempo si el régimen aplicable a las pensiones de viudedad era discriminatorio por tratar de manera diferente a los viudos y a las viudas. En la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/1983, de 22 de noviembre, este Tribunal no sólo llegó a la conclusión de que dicha diferenciación era discriminatoria, sino que restableció la igualdad equiparando el régimen de los viudos –hasta entonces más gravoso– al de las viudas. En otra conocida sentencia (la STC 222/1992, de 11 de diciembre), el Tribunal Constitucional se vio obligado a analizar si la norma de la Ley de Arrendamientos Urbanos que preveía la subrogación arrendaticia en los casos de viudedad era discriminatoria por excluir a las parejas de hecho supervivientes. La respuesta volvió a ser positiva, pero lo más relevante a nuestros efectos es que el Tribunal no tuvo reparo en extender a estas últimas el derecho a la subrogación previsto hasta entonces sólo en caso de matrimonio.

Los ejemplos son múltiples y pueden extenderse a muchos países. En todo caso, la pregunta es la siguiente: ¿corresponde a los órganos judiciales que controlan que las leyes no sean discriminatorias decidir también cómo se repara la discriminación normativa cuando ésta se ha detectado? ¿Cuál es el alcance de su función de máximo garante de la igualdad? ¿Disponen estos órganos de la regulación procesal adecuada para, en su caso, hacer frente a la reparación de la discriminación normativa?

Las siguientes páginas intentarán dar respuesta a estas u otras preguntas a partir de algunos ejemplos de la jurisprudencia mexicana, española y, en menor medida, alemana y austríaca.¹ Aunque las competencias y los pronunciamientos de los fallos estimatorios de los Tribunales Constitu-

¹ El presente trabajo recoge algunas de las ideas defendidas en su día en González Beilfuss, M. (2000), en la que también se recogió la experiencia de los Tribunales Constitucionales de Portugal y de Italia.

cionales de los países europeos no coinciden con los de la SCJN, su análisis es pertinente para ilustrar cuáles son los problemas que se plantean cuando se llega a la conclusión de que un régimen normativo es discriminatorio y surge la pregunta de cómo restablecer la igualdad. Es importante destacar que aquí nos limitaremos a analizar la reparación de la discriminación normativa y, en concreto, la que se deriva de normas legales, y no la reparación de discriminaciones que tienen su origen en la aplicación de la ley por parte de poderes públicos o particulares. En estos últimos casos, en efecto, el problema de la reparación normativa afecta siempre al caso concreto y desde un punto de vista institucional enfrenta a la SCJN o a los tribunales constitucionales con el órgano que aplicó la norma. En cambio, la discriminación normativa tiene alcance general y enfrenta a dichos órganos con el Poder Legislativo, es decir, a los representantes de los ciudadanos, lo cual sitúa el problema en otro nivel.

Delimitado el problema objeto de análisis, en las siguientes páginas abordaremos, por este orden, las siguientes cuestiones: en primer lugar, nos centraremos en el propio concepto de discriminación normativa y en su caracterización, que, como se verá, es esencial para entender los problemas técnicos que en ocasiones plantea la delimitación de los fallos de las sentencias que la declaran, así como la dimensión funcional de la reparación de la discriminación normativa; en segundo lugar, analizaremos los supuestos en que la reparación normativa puede ser realizada directamente por el órgano judicial que la detecta, esto es, lo que llamaremos modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa; y finalmente, señalaremos en qué supuestos lo que procede es abordar esta reparación desde un modelo bilateral o multilateral, es decir, a través de un diálogo entre el órgano judicial que la detecta y el legislador democrático o, en su caso, los tribunales ordinarios. Como se verá, el problema de la reparación de la discriminación no tiene una solución unívoca aplicable a todos los supuestos, sino que requiere del desarrollo de criterios dogmáticos y de instrumentos procesales adecuados para abordarlo desde uno de los dos modelos que se acaban de señalar. En todo caso, determinar cómo se repara la discriminación es una cuestión que afecta a diversos bienes jurídicos constitucionales y que, por lo tanto,

debe ser analizado desde una perspectiva estrictamente constitucional y no procesal.

II. El concepto de discriminación normativa

La SCJN ha señalado en diversas ocasiones que una discriminación normativa se produce cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de manera diferente sin que haya una justificación razonable para ello. Un claro ejemplo de ello es la regulación del Estado de Colima analizada en el amparo en revisión 735/2014 mencionado al inicio, en la que se reconocía la institución del matrimonio entre personas heterosexuales y el enlace conyugal entre personas del mismo sexo. La SCJN consideró que éste era un caso paradigmático de diferenciación expresa² y llegó a la conclusión de que la misma no estaba justificada desde el deber de proteger a la familia, dada la necesidad de superar el concepto patriarcal de familia, vinculado a la procreación. Otro caso en que la SCJN se ha referido expresamente al concepto de discriminación normativa es el que resuelve el amparo en revisión 1317/2017, en relación con el procedimiento de modificación del acta de nacimiento. En este caso, la diferencia de trato se producía entre los supuestos en que el cambio fuese motivado por la transexualidad y los restantes supuestos previstos en la ley del Estado de Veracruz. En definitiva, toda discriminación normativa obliga a comparar dos supuestos de hecho equivalentes al objeto de preguntarse si su diferenciación jurídica está justificada.

1. La discriminación normativa por diferenciación expresa

Ciertamente, existen diversas modalidades de discriminación normativa en función de cómo están expresados los regímenes jurídicos objeto de comparación. Una primera modalidad es la ya mencionada diferencia-

² La sentencia, de hecho, cita en varias ocasiones la obra mencionada en la nota núm. 1.

ción expresa, esto es, la que se deriva de la existencia de dos regímenes jurídicos reconocidos de forma explícita. El caso del matrimonio y del enlace conyugal al que se acaba de hacer referencia es un claro ejemplo de ello. Pero también lo es el supuesto de la Sentencia 103/1983 del Tribunal Constitucional español, en el que, como se recordará, la discriminación derivaba de la existencia de dos regímenes jurídicos distintos para viudos y viudas.

En estos casos se ha planteado si es posible acudir a la interpretación conforme para restablecer la igualdad normativa. Tras alguna decisión en sentido afirmativo (las que resuelven los amparos 457/2021 y 581/2012, entre otras), las Salas de la SCJN han afirmado en varias ocasiones de manera tajante que "las normas discriminatorias no admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar". Esta doctrina se explica sobre todo en el marco de las sentencias de amparo de revisión, que afectan a la aplicación del precepto impugnado y no a su validez y que, por tanto, permiten la subsistencia de la norma objeto de control de amparo. En todo caso, en los supuestos de diferenciación expresa es evidente que las sentencias interpretativas tienen un límite importante que deriva de la literalidad de los regímenes jurídicos objeto de comparación.

Desde un punto de vista técnico, en cambio, no parece haber problemas para declarar la inconstitucionalidad de una "porción normativa", por utilizar el término que comúnmente emplea la SCJN, o un "inciso normativo", como prefiere referirse el Tribunal Constitucional español del precepto analizado. Más allá de si la decisión afecta a su aplicación o a su validez, declaraciones de este tipo parecen técnicamente adecuadas para hacer frente a discriminaciones normativas. Máxime, si se tiene en cuenta que un pronunciamiento sobre la totalidad de los preceptos analizados crearía un vacío normativo que parece que va más allá del motivo de la inconstitucionalidad, esto es, su carácter discriminatorio. Piénsese, en este sentido, en el vacío normativo y en los subsiguientes problemas a los que hubiese conllevado un pronunciamiento sobre el

matrimonio y el enlace conyugal en el caso del Estado de Colima o de todas las pensiones de viudedad en el caso español.

Ahora bien, ¿qué porción normativa es la que provoca la discriminación normativa y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional? Ésta es, sin duda, una pregunta clave para el tema que nos ocupa y que tiene una vertiente práctica y otra teórico-normativa.³ Desde este último punto de vista, la respuesta es clara si estamos ante un problema estrictamente de igualdad normativa: ninguna. Como es sabido y como ha reconocido la propia SCJN y otros tribunales constitucionales,⁴ la igualdad es un concepto relacional que obliga a tener en cuenta dos supuestos de hecho o dos regímenes jurídicos en el caso de la discriminación normativa. La discriminación no es el resultado de la existencia de uno de ellos, sino de su coexistencia cuando no hay ninguna razón que lo justifique. La discriminación no está, por tanto, en el régimen de pensiones de los viudos –por seguir con el ejemplo español de la STC 103/1983– o en el de las viudas, sino en el de su coexistencia. Lo mismo cabría decir de la regulación del matrimonio y del enlace conyugal en el caso del Estado de Colima. Lo discriminatorio no es la existencia de uno u otro, sino que coexistan cuando no es posible hacer una diferencia entre parejas hetero u homosexuales. Y si la discriminación normativa es el resultado de una relación internormativa, no es posible circunscribirla a una porción normativa o a uno de los dos regímenes jurídicos objeto de comparación.

A pesar de ello, la SCJN y también el Tribunal Constitucional han acudido a este tipo de fallos en sentencias que han concluido que existía una discriminación normativa por diferenciación. Sin ir más lejos, en la sentencia sobre el matrimonio y el enlace conyugal en el Estado de Colima, la SCJN declaró la inconstitucionalidad de las porciones normativas que vinculaban el matrimonio a la existencia "de un solo hombre y una sola

³ *Vid.*, en relación con estos últimos, González Beilfuss, M. (2000), pp. 17-31.

⁴ En el caso de la SCJN, *vid.* la sentencia en relación con el amparo en revisión 735/2014, en la que se cita expresamente el trabajo mencionado en la nota 1.

mujer". Lo mismo ocurrió, en el caso español, con la regulación de las pensiones de viudedad, en la que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y nulidad del requisito que se añadía a los viudos y la palabra "viuda" que antecedía a los requisitos que se exigía a estas últimas. En ambos casos, sin embargo, las sentencias no se limitaron a declarar inaplicable o a expulsar del ordenamiento jurídico un régimen jurídico determinado, sino que, sobre todo, provocaron una ampliación de uno de los dos regímenes comparados para permitir su aplicación al otro supuesto de hecho.

Desde un punto de vista material puede considerarse que estas sentencias tienen "efectos aditivos",⁵ es decir, que adicionan un colectivo a un régimen jurídico inicialmente previsto para otro. Este concepto, que tiene su origen en la doctrina italiana,⁶ en la que es habitual el uso del concepto "sentencias aditivas", permite englobar bajo un mismo concepto sentencias que utilizan diversas técnicas, como se verá, para conseguir un mismo objetivo: ampliar un régimen jurídico para aplicarlo a supuestos no previstos originalmente en el mismo. Más allá de su denominación y de la técnica empleada para conseguir este efecto aditivo, la pregunta realmente relevante es si es competencia de la SCJN o de los tribunales constitucionales reparar la discriminación normativa de esta manera cuando, como se ha visto, su origen no está en uno de los dos regímenes jurídicos objeto de comparación, sino en su relación internormativa. Si ello es así, ¿no existen múltiples formas de reparar la discriminación normativa? ¿Y no debería, en este caso, ser el Poder Legislativo el encargado de decidir de qué forma se restablece la igualdad?

En el caso de los recursos de amparo resueltos por la SCJN, la necesidad de dar respuesta a un caso concreto y a las demandas del quejoso dificultan que esta pregunta salte a un primer plano. Por el contrario, en el caso del control concentrado de constitucionalidad de las normas, esta

⁵ Vid. González Beilfuss, M. (2000), pp. 118-127.

⁶ Vid., entre otros, Lavagna, C. (1970), Colapietto, C. (1990), Parodi, G. (1996).

incidencia directa en la libertad de configuración del legislador es más clara. Volviendo al ejemplo español de las pensiones de viudedad, ¿no era posible restablecer la igualdad de múltiples maneras –a través de regímenes jurídicos que no diferenciaron entre hombres y mujeres– en lugar de extender a los hombres el régimen aplicable a las mujeres? ¿No tenía la opción que finalmente se adoptase un impacto presupuestario importante que hacía todavía más necesario que fuese el Parlamento y no el Tribunal Constitucional quien decidiese cómo reparar la discriminación? Estas consideraciones funcionales, es decir, relativas a las funciones del Tribunal Constitucional y del Parlamento en el sistema constitucional vigente han llevado a que en diversos países se haya planteado la necesidad de abordar la reparación de la discriminación normativa desde otros modelos que, como se verá, conducen a un diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo. Éste es el caso, sobre todo del Tribunal Constitucional Federal alemán, del Tribunal Constitucional austríaco y, en menor medida, de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional español. En todo caso, como se tendrá la ocasión de ver, la existencia de este modelo alternativo no excluye que en determinados casos pueda seguir optándose por un modelo unilateral en el que, como en los casos de las sentencias de la SCJN y del Tribunal Constitucional español mencionadas hasta hora, es posible aceptar que la reparación de la discriminación también es una tarea de los tribunales de control.

2. La discriminación normativa por exclusión tácita

Junto a la discriminación por diferenciación expresa, una segunda modalidad de discriminación normativa es la que se produce por exclusión tácita, es decir, por no contemplar un supuesto de hecho equivalente que se debería haber incluido desde el punto de vista del principio de igualdad. Un claro ejemplo de ello es la regulación del matrimonio en los Estados mexicanos que lo vinculaban a la unión entre un hombre y una mujer, así como a la procreación humana. Éste también es el caso del régimen de subrogación arrendaticia vigente en su momento en Es-

paña, que la reservaba a "los cónyuges" y excluía, por tanto, a las parejas de hecho. En todos estos casos, detectado el carácter discriminatorio de dicha exclusión, el primer problema que se plantea es el del contenido del fallo. De nuevo, aquí deben tenerse en cuenta las diferencias procesales que existen entre un juicio de amparo vinculado al caso concreto y entre juicios de control de constitucionalidad que afectan a la validez de la norma impugnada. Si se entiende que la discriminación tiene su origen en una norma excluyente que no es expresa, sino que se deriva de la interpretación del precepto impugnado, ¿qué se declara inconstitucional y, en su caso, inválido? La SCJN se ha decantado en la mayor parte de supuestos por la porción normativa de la que se deriva dicha exclusión. En el caso del matrimonio vinculado a una unión entre un hombre y una mujer y a la finalidad de procreación, sin ir más lejos, la SCJN declaró la inconstitucionalidad y, en acciones de inconstitucionalidad, la invalidez de dichas porciones normativas. Como se ha señalado anteriormente, en los casos analizados por la vía del amparo en revisión ha descartado la posibilidad de llevar a cabo una interpretación de conformidad con el argumento de que debe repararse la discriminación y que la norma analizada permanece en el ordenamiento, puesto que el juicio de amparo se limita al caso concreto. Pero más allá del problema de las sentencias interpretativas cuando la literalidad del precepto es clara, ¿qué ocurre cuando la declaración de invalidez de una porción normativa deja sin sentido el precepto impugnado? Éste no es el caso de la regulación del matrimonio, donde la inconstitucionalidad de las palabras "hombre y mujer" y de la referencia a la "finalidad de procreación" no creaban un vacío normativo. Pero ello no es siempre así. Piénsese, por ejemplo, en el caso español de la subrogación arrendaticia, en el que la expulsión de la palabra cónyuge entre los beneficiarios de esta institución no sólo no reparaba la discriminación, sino que acaba con este derecho en el caso de los cónyuges viudos.

Es en estos casos en los que el Tribunal Constitucional español se ha apartado de su propia Ley Orgánica (cuyo artículo 39.1 de la LOTC le obliga a declarar la nulidad de los preceptos inconstitucionales) para

declarar la inconstitucionalidad (sin nulidad) de la omisión normativa o, en algunos casos, la necesidad de interpretar la norma en un sentido inclusivo. El primero fue el caso de la STC 222/1992, en la que se declaró la inconstitucionalidad del precepto impugnado "en cuanto excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido". Y el segundo, el de la STC 74/1987, en la que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que otorgaba el derecho al intérprete a los extranjeros que no hablasen ni entendiesen el castellano, "interpretado en el sentido de que no priva del derecho a ser asistido por intérprete a los españoles que no hablen o entiendan el castellano." Más allá del discutible empleo de una sentencia interpretativa en relación con un precepto que no planteaba dudas de interpretación, ambas sentencias ponen de relieve los límites técnicos de las declaraciones de inconstitucionalidad de porciones o incisos de los preceptos impugnados: o no alcanzan o van más allá del motivo de la inconstitucionalidad. Éste no es, por su puesto, un problema exclusivo de las discriminaciones normativas, pero en las discriminaciones por exclusión tácita hay más posibilidades de que se produzcan.

Los problemas técnicos para declarar la inconstitucionalidad de una discriminación tácita derivan, en el fondo, del desajuste entre una declaración de inconstitucionalidad que tiene por objeto un texto o inciso normativo y el ya mencionado carácter relacional del principio de igualdad, que conlleva que la discriminación normativa no esté en una norma concreta (en este caso excluyente), sino en una relación internormativa; la discriminación normativa no está, en efecto, en la exclusión, sino en la diferencia entre dos regímenes jurídicos equivalentes. Por tanto, más allá del problema técnico de qué fallo debe emplearse, vuelve a surgir el problema funcional de cómo debe repararse la discriminación y quién debe hacerlo. Expresado con otras palabras, ¿es la inclusión del colectivo excluido la única forma de reparar la discriminación? ¿No es posible restablecer la igualdad de múltiples modos, siempre que los dos regímenes jurídicos equivalentes sean iguales? La respuesta a estos interrogran-

tes depende, como se verá, de múltiples factores. Entre ellos, cuál sea el régimen jurídico impugnado, puesto que en el caso de una institución tan importante y consolidada como el matrimonio no es posible pensar en otro modo de restablecer la igualdad que a través de su ampliación a las parejas homosexuales. Pero desde el punto de vista estricto del principio de igualdad, en los supuestos de discriminación por exclusión tácita también se plantean los problemas funcionales que se han señalado anteriormente, es decir, que una decisión de la SCJN o de un tribunal constitucional que repare directamente dicha discriminación puede entrar en conflicto con las competencias del legislador democrático.

III. El modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa

En las sentencias de la SCJN y del Tribunal Constitucional español mencionadas hasta ahora ambos tribunales no dudaron en decidir cómo debía restablecerse la igualdad. Aunque, una vez más, el cauce en que llegaron los casos a su jurisdicción es relevante —en los juicios de amparo, en efecto, es necesario resolver el caso concreto y todo el enjuiciamiento está enfocado a ello—, la función de tutela de la Constitución y, con ella, del principio de igualdad que tienen encomendada hace que la reparación inmediata de la inconstitucionalidad entre dentro de sus funciones ordinarias. Ello también es así en el caso de las discriminaciones normativas y por ello la SCJN ha señalado en varias ocasiones —probablemente influido por estar resolviendo un juicio de amparo— que la reparación forma parte del derecho al acceso a la justicia. Pero como se ha visto hasta ahora, en el caso de las discriminaciones normativas es estructuralmente posible que dicho modo de actuar entre en conflicto con la libertad de configuración del legislador democrático. Por insistir una vez más: si la discriminación normativa es el resultado de una relación internormativa, la reparación de la discriminación es posible de diversas maneras; debe, en efecto, restablecer la igualdad normativa equiparando los regímenes jurídicos comparados, pero ello es posible de diversos modos, lo cual implica que, en principio, debe ser el legislador

quien decida por uno de ellos. Éste es el enfoque que en países como la República Federal de Alemania o Austria ha llevado a sus respectivos tribunales constitucionales a desarrollar un modelo de reparación de la discriminación normativa que se basa en un diálogo y un proceso entre el tribunal constitucional y el legislador. Aún así, sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de estos y otros países permite identificar que hay supuestos de discriminación normativa en que, en efecto, debe ser el tribunal constitucional o el órgano judicial competente para controlar la constitucionalidad de la ley quien debe reparar directamente la discriminación.

Un primer supuesto es aquel en que la reparación de la discriminación normativa está de alguna manera predeterminada por la Constitución.⁷ Dado que el principio de igualdad tiene carácter horizontal y se proyecta en todos los ámbitos, es habitual que en la resolución de los supuestos de discriminación normativa entren en juego otras normas y principios constitucionales y que éstos determinen cómo debe repararse la discriminación.

Un buen ejemplo en este sentido es el de la regulación del matrimonio. En todos sus pronunciamientos sobre esta materia, la SCJN no se ha referido sólo al principio de igualdad, sino también a la protección constitucional de la familia, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, entre otros principios. La *ratio decidendi* de sus sentencias, en efecto, es que el concepto tradicional de familia ha variado y ya no puede interpretarse desde una perspectiva patriarcal, que la finalidad del matrimonio ya no es la procreación, que existe una obligación constitucional de proteger a la(s) familia(s) y que, por lo tanto, no puede excluirse a las personas homosexuales de la posibilidad de contraer matrimonio. Aunque la argumentación de la SCJN es prolija y no exactamente la misma en todas las sentencias en las que ha abordado esta cuestión, desde

⁷ Vid., con mayor detalle, González Beilfuss, M. (2000), pp. 117-175.

un punto de vista constitucional el problema no se limita al principio de igualdad, sino que también afecta a otros bienes jurídicos constitucionales, como la protección de la familia, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y el hecho de tratarse de un derecho y no de una obligación. En definitiva, desde esta perspectiva y teniendo en cuenta el carácter tradicional y nuclear del matrimonio, ¿cabía otra opción que la de ampliarlo a las personas del mismo sexo? La respuesta era clara: no.

Lo mismo ocurrió en el caso español de la STC 74/1987, de 25 de mayo. En este caso el Tribunal Constitucional analizaba si la norma procesal penal que limitaba el derecho al intérprete a los extranjeros que no hablen y entiendan el castellano era constitucional. Como se ha visto anteriormente, en este caso paradigmático de discriminación por exclusión tácita, el Tribunal Constitucional extendió el derecho a las personas españolas que estuviesen en la misma situación a través de una sentencia interpretativa. Más allá de los límites de este tipo de sentencias, ¿había otra opción? De nuevo la respuesta es negativa; pero en este caso, porque dicha exclusión no afectaba sólo al principio de igualdad, sino sobre todo al derecho a no sufrir indefensión reconocido en el artículo 24 de la CE. Con independencia, pues, de la nacionalidad de la persona afectada por un proceso penal, lo constitucionalmente exigible es que se le proporcione un intérprete si no habla o entiende el castellano. Por tanto, la Constitución Española predeterminaba el modo en que debía repararse una inconstitucionalidad que iba más allá del principio de igualdad, puesto que afectaba al derecho a no sufrir indefensión.

La predeterminación constitucional de la reparación de la discriminación normativa es, pues, un supuesto en el que está plenamente justificado que la SCJN o los tribunales constitucionales reparen unilateralmente la discriminación. El problema, por supuesto, es identificar cuándo el texto constitucional u otras normas del bloque de la constitucionalidad obligan a que sólo sea posible un modo de actuar. En todo caso, se trata de un problema de interpretación constitucional que debería abordarse

de forma conjunta con el análisis de si se ha vulnerado el principio de igualdad.

Un segundo supuesto en el que la reparación unilateral de la igualdad normativa parece estar justificada es el de los supuestos en que dicha reparación coincide con la voluntad del legislador.⁸ En tales casos, en efecto, una sentencia que repara la discriminación de una determinada manera no entraría en conflicto con la libertad de configuración del legislador en la medida en que es coincidente con la misma. Como es natural, este criterio no es fácil de aplicar en la práctica, puesto que el criterio de la voluntad del legislador no es claro en la mayoría de ocasiones. Sin embargo, hay algunos supuestos en que sí puede tener alguna incidencia.

Éste sería el caso, por ejemplo, de la STC 222/1992 del Tribunal Constitucional, relativa al derecho de subrogación en caso de muerte del arrendatario. En efecto, la decisión del Tribunal Constitucional de incorporar a las parejas de hecho en este beneficio no sólo se vio influida por el fundamento de esta institución –proteger la continuidad en un espacio íntimo en el que se había desarrollado una convivencia–, que concurre tanto en el caso del matrimonio como de la convivencia marital y estable, sino que éste había sido el criterio adoptado por el legislador poco antes de que el Tribunal Constitucional español dictase sentencia.

Un razonamiento similar es el que, aún sin ser reconocido, parece darse también en la resolución por parte de la SCJN del amparo en revisión 208/2016, en relación con el orden de los apellidos previsto en el Código Civil para el Distrito Federal. La Sala Primera de la SCJN consideró que una interpretación literal de la norma objeto de análisis, que establecía que el acta de nacimiento debía contener, entre otras cuestiones, "los apellidos paterno y materno que correspondan" era incompatible con

⁸ *Vid.*, al respecto, González Beilfuss, M. (2000), pp. 150-165.

una concepción no patriarcal de la familia y con la jurisprudencia sobre el derecho al nombre y la doctrina de tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero la declaración de inconstitucionalidad de la porción normativa "paterno y materno" también era coincidente, tal y como reconoció la propia SCJN, con las iniciativas de reforma que ya se habían presentado. La referencia a estas iniciativas (y no a una reforma legal ya aprobada) pone de relieve cómo el argumento de la voluntad del legislador puede ser indeterminado desde un punto de vista dogmático. En todo caso, constituye un supuesto que, de concurrir, puede justificar que el órgano judicial que detecta una discriminación normativa también la repare.

IV. El modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa

Frente al modelo unilateral, en diversos países europeos que cuentan con un sistema concentrado de justicia constitucional se ha desarrollado un modelo alternativo para reparar la discriminación normativa: un modelo en que el Tribunal Constitucional se limita a detectar la discriminación y a emplazar al legislador democrático para que sea éste el que decida cómo reparar la discriminación. Este modelo bilateral se ha desarrollado sobre todo en la República Federal de Alemania y en Austria para evitar los ya mencionados problemas funcionales del modelo unilateral, esto es, que se invadan las competencias del Poder Legislativo.⁹

Como es evidente, este modelo contempla la reparación normativa como un proceso que se demora en el tiempo en el que intervienen tanto el Tribunal Constitucional como el Parlamento. Frente al modelo unilateral e inmediato de reparación de la discriminación normativa, se trata de dar lugar a un proceso dialogado en el que el Tribunal Constitucional se limita a detectar la discriminación para dar paso a que sea el legislador

⁹ Vid., en relación con este modelo, González Beilfuss, M. (2000), pp. 177-318.

quien la repare. Este modelo tiene su origen en otros supuestos, vinculados sobre todo a los problemas derivados del vacío normativo provocado por la declaración de inconstitucionalidad de normas muy relevantes como las que regulan el impuesto sobre la renta de las personas físicas. En estos casos, en efecto, para evitar un vacío de importantes consecuencias presupuestarias, el Tribunal Constitucional alemán empezó a prescindir de la declaración de nulidad y optar por una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad que no genera ningún vacío normativo, pero que obliga al legislador a aprobar una nueva ley en un plazo determinado. El Tribunal Constitucional de Austria siguió este modelo desde sus orígenes, aunque con la diferencia de que en este país la inconstitucionalidad conlleva la derogación de la norma inconstitucional y desde un principio la Constitución austríaca permite que la derogación se retrase durante un período de tiempo máximo que se ha ido ampliando en sucesivas reformas constitucionales hasta llegar a los 18 meses.

Este modelo, que en el caso alemán fue desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en contra de las previsiones de su propia ley¹⁰ y que en el caso austríaco utilizó una fórmula —el retrasar la entrada en vigor de la inconstitucionalidad— ya prevista en su propio ordenamiento jurídico, ha sido empleado en ambos países desde hace años también para hacer frente a los supuestos de discriminación normativa, en los que el problema no está en el vacío normativo, sino en la necesidad de respetar las competencias del Poder Legislativo.

Este modelo bilateral, que se encuentra consolidado en Alemania y Austria, también ha empezado a extenderse en otros países europeos como España e Italia. Aunque en ambos países está lejos de haberse consolida-

¹⁰ La Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán establecía originariamente que la inconstitucionalidad debía acarrear la nulidad de la norma impugnada. A raíz de la jurisprudencia constitucional de prescindir de la nulidad en determinados casos, en 1970 se procedió a reformar esta ley para darle cobertura legal a esta jurisprudencia.

do, se trata de un modelo que en ambos países se ha empezado a emplear para hacer frente a supuestos de vacío normativo y de discriminación normativa. En el caso español, la jurisprudencia constitucional también ha prescindido en algunos casos del binomio inconstitucionalidad-nulidad impuesto por su ley reguladora (artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) para limitarse a declarar la inconstitucionalidad sin nulidad de un precepto o para diferir la entrada en vigor de la declaración de nulidad en el tiempo.

Así, en sentencias como la 36/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional español prescindió de la declaración de nulidad de algunas normas del sistema de tutela de menores, porque la misma hubiese creado un vacío normativo muy perjudicial. Por su parte, en la famosa STC 45/1989, de 20 de febrero, se prescindió de la declaración de nulidad en relación con el sistema de tributación conjunta para evitar un vacío normativo, pero también para emplazar al legislador a que fuese él el que restableciese la igualdad para las parejas de hecho, que estaban tácitamente excluidas de dicho sistema. Y en sentencias posteriores como las SSTC 96/1996, de 30 de mayo, 235/1999, de 16 de diciembre, y 132/2010, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional también optó por un fallo de inconstitucionalidad sin nulidad para permitir que fuese el legislador quien reparase la constitucionalidad de normas que afectaban al régimen disciplinario de las entidades financieras o al internamiento involuntario por motivos psiquiátricos. Hasta el momento, sin embargo, el modelo bilateral se ha empleado en el caso español sobre todo para hacer frente a supuestos de vacío normativo insoportables. Un caso paradigmático, en este sentido, fue el de la STC 195/1998, de 1 de octubre, en el que se declaró inconstitucional una ley que protegía un espacio natural (la reserva de Santoña). Tal y como reconoció el propio Tribunal Constitucional, la nulidad de dicha ley no sólo no hubiese resuelto el problema, sino que lo hubiese empeorado, puesto que uno de los motivos de inconstitucionalidad era la insuficiente protección de dicho paraje.

Al margen de su mayor o menor implantación en los diversos países, el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa plantea, como es lógico, diversos interrogantes: el primero de ellos es el del contenido del fallo de la sentencia que se limita a detectar la discriminación y, con ello, dar inicio al proceso de su reparación. El Derecho comparado pone de relieve que son diversas las opciones que pueden seguirse y que, en el fondo, dependen de la tradición jurídica y la regulación de cada país. Mientras en el caso austríaco desde un primer momento se optó por la posibilidad, prevista en su ordenamiento, de retrasar la entrada en vigor de la declaración de inconstitucionalidad y de su efecto derogatorio, en el caso de la República Federal de Alemania y de España se ha optado mayoritariamente por fallos de inconstitucionalidad sin nulidad. Sólo en algún caso el Tribunal Constitucional español ha preferido diferir la entrada en vigor de la declaración de nulidad hacia el futuro,¹¹ siguiendo de alguna manera el caso austríaco. En todo caso, en los casos de Alemania y España, cuyas normativas partían del rígido binomio inconstitucionalidad-nulidad, se ha optado por escindir dicho binomio. En el caso de México ello también sería posible en las acciones de inconstitucionalidad, en las que la SCJN debe declarar, en principio, la invalidez de las normas inconstitucionales. Más difícil sería en las sentencias que resuelven juicios de amparo, que al tener únicamente efectos *inter-partes* no contienen declaraciones sobre la validez o vigencia de las disposiciones impugnadas.

El segundo problema, ligado al anterior, es el de la suerte que debe correr la norma declarada inconstitucional durante el período interino que existe entre la sentencia que detecta la discriminación y la entrada en vigor de la ley reparadora aprobada por el legislador. En el caso austríaco, en el que se retrasa la entrada en vigor de la sentencia, la solución es

¹¹ *Vid.*, en este sentido, la STC 164/2013, de 26 de septiembre, en la que se retrasó la entrada en vigor de la declaración de nulidad un año para dar tiempo al legislador a actuar.

clara: la norma discriminatoria debe seguir aplicándose con normalidad, lo cual no es de fácil aceptación desde el punto de vista de la garantía de la supremacía constitucional. En el caso alemán de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad la respuesta es más dudosa, puesto que en principio la norma también debe seguir aplicándose, con la única excepción del supuesto que, en su caso, dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad dirigida al Tribunal Constitucional. Pero en no pocos casos el propio Tribunal Constitucional ha establecido expresamente que dicha norma no podía seguir siendo aplicada o incluso ha establecido un régimen provisional aplicable a los supuestos que deben resolverse antes de que el legislador restablezca la constitucionalidad de forma definitiva. Se trata, en definitiva, de una situación que puede resolverse de diversas maneras, sin que sea descartable —antes, al contrario, que el propio Tribunal Constitucional establezca en su sentencia qué debe hacerse en función de las circunstancias del caso—.

Finalmente, el último problema evidente que plantea el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa es el del emplazamiento para que sea el legislador quien repare la discriminación de forma definitiva. Este emplazamiento puede ser expreso o derivarse tácitamente de la sentencia. También es posible que se establezca un plazo para que el legislador apruebe la llamada ley reparadora o que ello se deje sin concretar. En el caso austríaco y de forma creciente en caso alemán se establece un plazo máximo dentro del cual debe entrar en vigor la ley reparadora. Pero más allá de este plazo y de su mayor o menor duración, el problema es el de su cumplimiento o, mejor dicho, qué puede hacerse en caso de que el legislador no actúe. De nuevo aquí puede haber diferencias en función de la técnica seguida. En el caso austríaco lo habitual es que entre en vigor de derogación de la norma declarada inconstitucional, mientras que en el caso de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán no suele haber tal consecuencia jurídica inmediata. En todo caso, es evidente que más allá de esta cuestión concreta, el modelo bilateral de repara-

ción de la discriminación normativa requiere de una cultura constitucional que haga que la aprobación de la ley reparadora sea una realidad al margen de la existencia de una sanción o mecanismo de presión concreto para que ello se produzca.

Este modelo alternativo de reparación de la discriminación normativa no está exento, pues, de problemas y retos. Pero más allá de los supuestos en que la reparación de la discriminación está constitucionalmente predeterminada o coincide con la voluntad del legislador, optar por un modelo que se basa en la colaboración entre el Tribunal Constitucional y el Parlamento y, por tanto, en la necesidad de un proceso para restablecer la igualdad normativa parece un modelo más adecuado que el unilateral para hacer compatibles los diversos bienes jurídicos constitucionales que están en juego en las discriminaciones normativas: la reparación de la discriminación, pero también el respeto de la libertad de configuración del legislador democrático.

V. Preguntas

¿Por qué la reparación de la igualdad normativa por parte de la SCJN puede plantear problemas funcionales? ¿Son dichos problemas los mismos cuando se resuelven juicios de amparo o acciones de inconstitucionalidad?

¿Considera justificado, desde una perspectiva constitucional, que la SCJN haya extendido el concepto de matrimonio a las personas del mismo sexo?

¿Conoce otros casos de reparación unilateral de la discriminación normativa por parte de la SCJN?

¿Cómo podría articularse el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa en México?

VI. Bibliografía

COLAPIETTO, C. (1990), *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pisa, Pacini Editore.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2010), *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LAVAGNA, C. (1970), "Le sentenze additive della Corte Costituzionale", en *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Vol. II, Milano, Giuffrè Editore, pp. 1133-1144.

PARODI, G. (1996), *La sentenza aditiva a dispositivo genérico*, Torino, Giapichelli Editore.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Noviembre de 2022.

La desigualdad es un fenómeno complejo y multicausal que aún permea muchas de las estructuras e instituciones de nuestra sociedad y que afecta los derechos de un número importante de grupos y personas. Su abordaje, tanto desde el punto de vista teórico como político, requiere del despliegue de una mirada periférica que resulte sensible a las distintas condiciones, características y necesidades del mosaico cultural y social que conforma a nuestras comunidades. Durante los últimos años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dedicado importantes esfuerzos para desarrollar, a través de sus sentencias, las bases de un derecho antidiscriminatorio propio que permita responder a las problemáticas y necesidades concretas de la realidad mexicana.

En esta obra, el Centro de Estudios Constitucionales reúne una serie de reflexiones que analizan las trayectorias jurisprudenciales que han dado forma al principio de igualdad en México durante los últimos años. Los textos que forman parte de esta compilación abordan problemáticas como la ética de la igualdad; el concepto de discriminación y la desigualdad económica; la igualdad formal, sustantiva y socioeconómica; así como la discriminación indirecta y la interseccionalidad, entre otros. Cada tema es abordado por personas expertas que, de manera creativa y accesible, relacionan los aspectos teóricos con dichos fenómenos y diversos pronunciamientos a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el objetivo de que las y los lectores comprendan la evolución que ha experimentado el principio de igualdad en nuestro país.

