

PRÓLOGO

Mario Santiago Juárez ha dado en el blanco de uno de los temas más polémicos, pero también más relevantes, del debate constitucional contemporáneo: las acciones afirmativas. Se trata de una serie de mecanismos encaminados a hacer realidad uno de los grandes ideales del constitucionalismo: la igualdad. Pero una igualdad que vaya más allá de la perspectiva de la no discriminación, una igualdad *real*, en los hechos y no simplemente en los textos jurídicos.

En el fondo de la discusión sobre las acciones afirmativas se encuentra una opción ideológica referida a la función que debe tener el derecho en las sociedades contemporáneas. La cuestión interesante para el derecho constitucional es saber si por medio de las normas jurídicas se pueden y se deben revertir las desigualdades sociales existentes o si el ordenamiento jurídico se tiene que limitar a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de la previsión de una igualdad formal (igualdad ante la ley o mandato de no discriminación).

Como se decía, lo que late detrás de este tema es una interrogante más amplia sobre el papel del derecho en las sociedades modernas: ¿el derecho debe servir solamente para lograr la convivencia pacífica de una comunidad o puede ser utilizado también para modelar esa misma sociedad según nuestros ideales de justicia?,¹ es decir, ¿el derecho tiene la capacidad para servir como un motor de transformación social sin por ello dejar de servir a los valores que le dan legitimidad?

Para quienes, como el autor de este libro, sostienen la pertinencia de avanzar hacia esquemas de igualdad sustancial o real a través de las normas jurídicas las preguntas anteriores tienen una respuesta clara: el derecho no solamente puede servir como motor del cambio social, sino que de no hacerlo estaría perpetuando el *status quo* y negando con ello el

¹ Una novedosa perspectiva sobre la forma en que debemos entender la justicia puede verse en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlo M., *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006.

sentido mismo de la igualdad tal como ha sido entendida por lo menos desde Aristóteles.

Llegados a este punto, la cuestión lejos de simplificarse parece complicarse a cada paso. Muy bien. Supongamos que el derecho debe servir no solamente para decirnos que todos somos iguales, sino también para *hacernos* más iguales. ¿Cómo lograr ese objetivo sin afectar a otros bienes de rango constitucional?, ¿cómo lograr la igualdad partiendo de reconocer que no todos somos iguales?, si es verdad que no todos somos iguales, ¿qué desigualdades debemos tomar en cuenta para efecto de perseguir por medio de las normas jurídicas una mayor igualación social? En concreto, ¿podemos tomar en cuenta alguno de los rasgos incluidos en el mandato de no discriminación contenido, por ejemplo, en el párrafo tercero, del artículo 1o. de la Constitución mexicana, para efecto de corregir desigualdades?, es decir, ¿podemos utilizar el criterio del sexo de una persona o la raza para construir un supuesto normativo que haga más iguales a quienes son mujeres o tienen la piel de X o Y color?, y si aceptamos esos rasgos como válidos para efectos de un tratamiento normativo diferenciado ¿podemos también aceptar el criterio de las preferencias sexuales o el de las creencias religiosas y crear un sistema de protección especial para los homosexuales o para los practicantes del shintoísmo?

Las respuestas para todas estas preguntas, que no siempre resultan sencillas de formular, creo que se pueden encontrar en el texto de Mario Santiago. Algunas son analizadas expresamente y otras subyacen al conjunto de la obra.

La perspectiva elegida por el autor toma como punto de partida la frondosa jurisprudencia norteamericana, construida sobre todo alrededor del texto de la enmienda XIV de su Constitución. Pero una de las mayores virtudes del libro es que no se limita a hacer un recuento de casos y argumentos, sino que mezcla en su análisis cuestiones de teoría general de los derechos fundamentales e incluso de teoría general de la Constitución. Esto sucede, por ejemplo, cuando examina el carácter contramayoritario de los derechos fundamentales y de la jurisdicción constitucional. Este carácter, que ha sido puesto en evidencia por muchos autores, es particularmente marcado en el debate constitucional norteamericano, pues en ese país se han producido avances importantes a partir de decisiones de sus tribunales (sobre todo de su Corte Suprema), que al momento de ser emitidas seguramente no estaban apoyadas por el parecer mayoritario de los ciudadanos. Pero justamente para eso está la jurisdic-

ción constitucional: para proteger a las minorías “discretas e insulares” o a los grupos “diferenciados y aislados”, tal como lo anunciaba la famosa nota al pie número 4 de la sentencia dictada en el caso *United States versus Carolene Products Co.* de 1938.

En última instancia, el constitucionalismo cobra sentido cuando es capaz de proteger al disidente aislado, a esa voz heterodoxa que a través de su pensamiento alternativo nos obliga a repensar cuestiones que damos por normales y aceptadas, pero que muchas veces reflejan y ocultan a la vez profundos prejuicios.

Desde luego, no podemos obviar que detrás del debate en torno a la “cuestión contramayoritaria” late una tensión de mayor amplitud entre el constitucionalismo y la democracia, como lo pone de manifiesto Mario Santiago y como lo ha analizado recientemente en un magnífico texto Pedro Salazar Ugarte.² Pero tampoco hay que exagerar el alcance de esta tensión. No son pocos los autores que advierten sobre los riesgos de que el constitucionalismo termine devorando a la democracia, de que los derechos fundamentales “fagociten” el debate público.³

Lo cierto es que, como se aprecia con enorme claridad en el libro de Mario Santiago, ese riesgo puede ser cierto a nivel analítico, pero no se ha dado nunca en la realidad histórica. Es decir, aunque puede ser interesante que los expertos nos llamen la atención sobre los peligros de que el constitucionalismo pueda sofocar o limitar el debate público, los operadores jurídicos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional no deberían sentirse limitados por tales advertencias, sino que deberían ejercer a fondo las facultades que, por otro lado, les dan las Constituciones para defender los derechos fundamentales frente a los abusos y atropellos de las mayorías parlamentarias y de amplias capas de la sociedad que todavía no han entendido los alcances de tales derechos. En otras palabras: el activismo judicial *realmente existente* no ha supuesto en el pasado, no está suponiendo en la actualidad ni se vislumbra que pueda suponer en el futuro ningún tipo de riesgo efectivo para la democracia. El llamado *gobierno de los jueces* sigue siendo más una profecía que una realidad.

² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.

³ Esta es la posición defendida, por ejemplo, por Ana Pintore en el debate que sostiene con Luigi Ferrajoli, véase de Pisarello, Gerardo y Cabo, Antonio de (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

En sentido inverso, lo que sí podemos constatar históricamente es el abuso de las mayorías parlamentarias para eliminar con cualquier posible forma de disidencia o de pensamiento alternativo. No hace falta recurrir a los clásicos ejemplos de asesinatos que se hacen de una u otra manera con el poder de un Estado: Hitler, Mussolini y Franco (el primero de ellos por vía democrática, por cierto), sino que basta con recordar algunos de los despropósitos recogidos por la legislación norteamericana que son examinados por Mario Santiago.

Habrán sido tomados por la mayoría parlamentaria que sea, pero ¿puede defenderse una ley que prohíbe a los niños afroamericanos ir a las mismas escuelas que los niños blancos? (Caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, resuelto en 1954 por la Suprema Corte de los Estados Unidos); ¿qué tiene de democrática una decisión que ordena a las parejas mayores de edad que se abstengan de utilizar pastillas anticonceptivas? (*Griswold vs. Connecticut*, resuelto en 1965); ¿cómo se justifica que un código penal sancione las relaciones homosexuales consentidas entre adultos? (Caso *Lawrence vs. Texas*, resuelto en 2003). Las citas y los ejemplos podrían multiplicarse; el lector podrá encontrar las explicaciones y los análisis pertinentes en el libro de Mario Santiago.

Lo importante en este momento es señalar dos cuestiones concretas: la primera es que aunque la tensión entre constitucionalismo y democracia existe a nivel teórico, no se ha manifestado a nivel práctico en contra de los ideales democráticos ni se ha proyectado para sofocar el debate público o para impedir la vigencia del principio de mayoría; la segunda es que el modelo de la democracia constitucional exige y lleva implícita una fuerte dosis de activismo judicial. Nos puede gustar más o menos ese activismo, pero si lo objetamos debemos ser conscientes de que, a la par, estamos yendo en contra del modelo de constitucionalismo democrático en su conjunto. Es una opción ideológica y analítica válida, sin duda, pero quienes la adoptan deben hacerlo explícitamente, sin enmascarar su discurso detrás de tecnicismos.

Además de las cuestiones mencionadas, creo que hay un elemento adicional que hace de la publicación del libro de Mario Santiago un evento venturoso: su oportunidad. En efecto, en México se ha generado un poderoso movimiento para intentar disminuir la pavorosa desigualdad que caracteriza al país desde los tiempos de la Colonia, y aún antes seguramente. En este contexto, en el que se están produciendo esfuerzos muy importantes como la expedición de una Ley Federal para Prevenir y Eli-

minar la Discriminación o como la creación del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), creo que una obra como la de Mario Santiago nos suministra un excelente mirador para poder dirigir correctamente el debate público alrededor del tema de la igualdad. Y lo hace además, y ésta es otra más de las grandes virtudes del texto, desde la altura intelectual que le proporciona el derecho comparado, que por tantos años ha sido una perspectiva minusvalorada entre los constitucionalistas mexicanos.

Las referencias que nos aporta Mario Santiago deben ser aprovechadas en varios niveles e instancias. Creo que deben ser estudiadas, analizadas y, en su caso, utilizadas por nuestros jueces federales, para mejorar la forma en que se resuelven casos referidos al principio de igualdad. También deben ser atendidas por todos aquellos funcionarios que, desde la administración pública, diseñan planes de acción afirmativa, en cumplimiento con lo que establecen diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Finalmente, sería deseable que este libro llegara a las escuelas y facultades de derecho, sobre todo a los cursos de posgrado, pues es desde la formación jurídica básica que se pueden comenzar a remover los paradigmas tradicionales que tan negativos se han demostrado en los años recientes. Hace falta una gran revolución de la conciencia jurídica de México y el libro de Mario Santiago es una aportación de primer orden para ese objetivo. Nos demuestra que el talento y el esfuerzo bien dirigidos, al cabo, terminan valiendo la pena.

Miguel CARBONELL*

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.