

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS DE IGUALDAD

I. Introducción	61
II. ¿Qué diferencias son relevantes?	63
III. El principio de no discriminación. Cuestiones generales	64
IV. No discriminación en materia lingüística	70
V. No discriminación por xenofobia	72
VI. No discriminación por preferencias sexuales	73
VII. No discriminación por discapacidad	76
VIII. No discriminación genética	81
IX. Cuestiones varias	83
X. La discriminación indirecta	84
XI. Igualdad sustancial	85
XII. La discriminación en materia de propiedad.	93
XIII. El artículo 32 constitucional y la discriminación por origen nacional	96
XIV. El artículo 33 constitucional y la expulsión de extranjeros	100
XV. El derecho de asilo	108
XVI. La discriminación en el juicio de amparo.	110
XVII. El combate a la discriminación como política de Estado	113
XVIII. Propuestas.	114

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHOS DE IGUALDAD

I. INTRODUCCIÓN

Luego de haber realizado algunas reflexiones generales sobre el sentido del presente libro y sobre el régimen constitucional vigente de los derechos fundamentales, es momento de comenzar a analizar de forma sectorial o temática las necesidades de reforma que son más obvias o más urgentes. La exposición se desarrollará a partir de una clasificación convencional de los derechos, que sirve para ubicar y hacer explícita su dimensión más importante.⁷⁶ De acuerdo con tal clasificación comenzaremos por el análisis de los derechos de igualdad y seguiremos con los derechos de libertad.

Es mucho lo que se podría decir sobre el concepto de igualdad. Para efectos de nuestra explicación, sin embargo, será suficiente con un breve repaso de algunas cuestiones especialmente importantes.

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

⁷⁶ La justificación y pertinencia de tal clasificación se han expuesto en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cap. I., *cit.*, nota 9.

¿Qué supone decir que dos personas o dos objetos son iguales? Para que dos personas o dos objetos sean iguales deben mantener una relación de igualdad, la cual debe cumplir con tres propiedades: ser reflexiva ($A=A$), ser simétrica ($A=B$, $B=A$) y ser transitiva (si $A=B$, $B=C$, entonces $A=C$).⁷⁷

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

la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los ‘términos de la comparación’, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad.⁷⁸

Al ser un concepto relacional, podemos considerar también que el principio de igualdad tiene un carácter abierto, en un doble sentido.⁷⁹ El principio de igualdad es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un trato diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos.⁸⁰ Así por ejemplo, hasta hace poco no era ex-

⁷⁷ Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 67 y 68.

⁷⁸ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, p. 640.

⁷⁹ Sigo la idea de Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, pp. 14 y 15.

⁸⁰ Martín Vida, María Ángeles, *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Granada, Universidad de Granada, 2004.

taño que existiera una diferencia entre los hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho de sufragio; de la misma forma, todavía hasta la mitad del siglo XX, en Estados Unidos existía una separación entre personas de raza blanca y personas de raza negra en el sistema escolar o en el sistema de transporte público; hoy en día, sin embargo, a nadie en su sano juicio se le ocurriría defender que los criterios del sexo o la raza son válidos para tratar de distinta forma a una persona.

En un segundo sentido, el principio de igualdad es un principio abierto debido a que no es posible enumerar o hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un trato diferente a dos o más personas.

Al proponer que la Constitución regule de determinada manera el principio de igualdad o la prohibición de discriminar lo que estamos haciendo es precisar históricamente nuestro entendimiento de los rasgos que pueden o no ser utilizados para distinguir o tratar igual a las personas. Algunos rasgos a partir de los que tradicionalmente se distinguía a las personas hoy en día han quedado superados; así por ejemplo, y en términos generales, el color de la piel, el sexo, el origen étnico, etcétera. Otros rasgos, que suponen el reflejo de claros fenómenos de discriminación, siguen alojados en la mentalidad social y en los textos constitucionales; así por ejemplo, la homosexualidad y la distinción por razón de ciudadanía, entre otros.

II. ¿QUÉ DIFERENCIAS SON RELEVANTES?

En la práctica, tanto al momento de escribir un texto constitucional o legal, como al momento de aplicarlos a un caso concreto, la pregunta que surge es: ¿cuáles son las diferencias entre las personas que pueden ser relevantes para producir un trato distinto entre ellas? O dicho en otras palabras: ¿cómo sabemos cuando está permitido tratar de forma distinta a dos personas? ¿Cómo justificamos que una persona tenga un mejor sueldo que otra o que un

empresario deba pagar más impuestos que un desempleado? ¿Qué es lo que justifica que los menores de edad no puedan ser titulares del derecho de sufragio o que las personas que tienen una discapacidad psíquica no puedan realizar por sí mismas contratos de compra-venta? ¿Es correcto o justo que quienes deciden compartir su vida con una persona de su mismo sexo no puedan casarse y tener los mismos derechos que las personas heterosexuales?

Una parte de la teoría constitucional de nuestros días reconoce que un concepto útil para contestar a esas preguntas es el de los “juicios de relevancia”. A partir de tales juicios podemos razonar de la siguiente forma: el principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias relevantes, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue debe ser distinto.⁸¹ No se trata de otra cosa sino de la conocida fórmula expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Para no tratar de resolver estos importantes aspectos del principio de igualdad en abstracto quizá sea mejor pasar a comentar enseguida la expresión que tal principio encuentra en el texto constitucional mexicano. Al hilo de la exposición se harán las propuestas de reformas que se consideran más útiles en la materia.

III. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. CUESTIONES GENERALES

Una de las expresiones más conocidas del principio de igualdad en los textos constitucionales, consiste en la prohibición de discrimi-

⁸¹ Una exposición somera de los criterios que se utilizan en las teorías de la justicia para precisar los juicios de relevancia puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., nota 9, pp. 170-173.

minar, es decir, de tratar de forma diferente a dos o más personas con base en algún criterio que se juzgue no razonable. Lo más común es que las Constituciones y los tratados internacionales en la materia enuncien una serie de rasgos que no pueden ser utilizados para efecto de tratar de forma diferente a las personas. También suele ser frecuente que tales enunciaciones se dejen abiertas, puesto que el marcado pluralismo que puede tener el trato desigual injustificado aconseja permitir un espacio de creatividad para el intérprete constitucional en este punto.

En México es con la reforma del 14 de agosto de 2001 cuando se incorpora en la Constitución un tercer párrafo a su artículo 1o. para establecer el principio de no discriminación, en los siguientes términos:

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

La introducción de este párrafo en el texto constitucional debe juzgarse como muy positiva. Se trata de una de las reformas más importantes de las últimas décadas y su potencial de movilización en favor de los derechos fundamentales puede llegar a ser de importantes dimensiones. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se trate de un texto mejorable y que no se le deban agregar en consecuencia cuestiones que actualmente no prevé o enunciar de mejor forma otras que sí establece.

Cláusulas como las que contiene el artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución mexicana son muy comunes tanto en el derecho constitucional de otros países como en el derecho internacional de los derechos humanos. Por citar solamente dos ejemplos podemos recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone que:

Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (ver también el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece sobre nuestro tema lo siguiente:

Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Aunque los pronunciamientos jurisprudenciales en que se haya aplicado la prohibición de discriminar no son muy abundantes, nuestros tribunales federales ya han comenzado a emitir algunos que los sitúan en una línea de convergencia respecto a los criterios que sostienen las jurisdicciones constitucionales de otros países. Entre las tesis jurisprudenciales más importantes pueden citarse las siguientes:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es 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 el juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución federal establece va-

rios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

Clave: 1a., Núm.: CXXXIII/2004. Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos.

Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

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 un 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 dere-

chos 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 derivadas del principio mencionado.

Clave: 1a., Núm.: CXXXII/2004. Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Como puede verse, en estas tesis ya se incorpora una forma de razonamiento judicial que da cuenta de la enorme complejidad del principio de no discriminación y que concluye adecuadamente en una mayor limitación de la esfera decisional del Poder Legislativo. Las pautas interpretativas expresadas en ambas tesis provienen, sin duda, de la mejor jurisprudencia norteamericana, alemana y española, lo que supone un avance frente a las formas tan domésticas de razonar que la Corte por décadas ha utilizado en sus sentencias.

Quizá lo más importante de dichas tesis es que ya introducen el criterio de proporcionalidad como una forma de evaluación de la tarea legislativa frente a los mandatos de igualdad y no discriminación; con ello la Corte no solamente recoge una forma moderna de razonamiento judicial, sino que crea un estándar de medición racional para discernir si las leyes se ajustan o no a los mencionados mandatos constitucionales.

En los siguientes apartados estudiaremos, a partir del marco analítico general de las páginas anteriores, lo que hace falta incluir en la Constitución mexicana en materia de igualdad, ya sea debido a que existen omisiones completas o a que la actual regulación no cubre algunos aspectos sustantivos de nuestro tema.

IV. NO DISCRIMINACIÓN EN MATERIA LINGÜÍSTICA

Si tomamos en cuenta los criterios enumerados en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional y otros ejemplos de derecho comparado que podrían citarse,⁸² veremos que la lista de rasgos con base en los cuales no puede tratarse de forma diferente a dos o más personas es incompleta y que, en consecuencia, sería positivo agregar nuevos rasgos prohibidos o incluso precisar alguno de los actuales que puede presentar cierta ambigüedad.

Entre los rasgos que se podrían agregar puede mencionarse a la lengua. La protección frente a discriminaciones lingüísticas es una de las más importantes desde varios puntos de vista. Por un lado, parece una evidente y manifiesta injusticia el tratar diferente a dos o más personas solamente con base en el idioma que hablan (y lo mismo sucede cuando se impide a una persona disfrutar de un derecho fundamental por esa razón). La protección contra discriminaciones por razón de lengua es importante, en el caso mexicano, si tomamos en cuenta que un porcentaje de la población del país es, cuando menos, plurilingüe, es decir, que no todos los que habitan en México tienen un idioma común. Por otro lado, la protección frente a discriminaciones lingüísticas serviría para evitar tratos injustificados a nacionales de otros países que se encuentren en territorio mexicano y que no conocen el español.⁸³

La propuesta de incluir la prohibición de discriminar por razón de lengua es congruente con lo que dispone la fracción IV del apartado A del artículo 2o. de la Constitución mexicana. Di-

⁸² Una lista más o menos amplia de las cláusulas de igualdad y no discriminación puede verse en los cuadros contenidos en Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 141-152.

⁸³ Para la fundamentación teórica de los “derechos lingüísticos” y sus consecuencias puede verse Kymlicka, Will y Patten, Alan (comps.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

cha fracción reconoce como un derecho de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas de México el de “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”.

De las aproximadamente 180 Constituciones que existen en el mundo, solamente 22 no contienen referencias a las lenguas.⁸⁴ Concretamente, la prohibición de discriminar por razón de lengua se encuentra en la Constitución alemana (artículo 3o.), la de Finlandia (artículo 5o.), la de Italia (artículo 3o.), la de Portugal (artículo 13), la de Bolivia (artículo 6o.), la de Colombia (artículo 13), la de Ecuador (artículo 23), la de Nicaragua (artículo 27) y la de Perú (artículo 2o.), entre otras.

Algunos textos constitucionales no se limitan a proteger los derechos lingüísticos mediante un mandato de no discriminación, sino que abundan sobre el importante aspecto de la co-oficialidad lingüística, es decir, sobre el reconocimiento de lenguas distintas a la que habla la mayoría de la población como lenguas oficiales.⁸⁵ Al respecto puede citarse el caso de Colombia cuya Constitución señala en el artículo 10 que “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

Otra regulación interesante se encuentra en el artículo 6o. de la Constitución italiana, que ordena lo siguiente: “La República protegerá mediante normas adecuadas a las minorías lingüísticas”.

A diferencia del poder reformador de la Constitución, el legislador ordinario mexicano sí alcanzó a observar la omisión de la lengua en el listado del artículo 1o. párrafo tercero constitucional e incluyó su protección en el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD, en lo sucesivo).

⁸⁴ Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 93.

⁸⁵ Una visión general muy amplia sobre el tema se encuentra en, *idem*.

V. NO DISCRIMINACIÓN POR XENOFOBIA

Además de la cuestión lingüística, se podría agregar al listado del artículo 1o. la prohibición de la xenofobia, como ya lo hace el segundo párrafo del artículo 4o. de la LD.⁸⁶ La inclusión en el artículo 1o. constitucional de la prohibición de discriminar por cuestiones xenofóbicas no es una idea solamente teórica, sino que es una respuesta práctica a una realidad muy grave y preocupante. Según lo acredita la “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México”,⁸⁷ existen en México sentimientos, percepciones y actitudes bastante generalizadas que son claramente discriminatorias hacia los extranjeros, al grado que no es exagerado suponer que los no nacionales se encuentran dentro de los grupos sociales más discriminados en México, junto a las personas homosexuales, a las mujeres, a los indígenas y a las personas con discapacidad.

Dentro de la encuesta mencionada se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranje-

⁸⁶ En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la “Declaración y programa de acción de Viena” dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, celebrada en Durban, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durban pueden consultarse en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

⁸⁷ La encuesta ha sido publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en junio de 2005. También puede ser consultada en la página *web* de la Secretaría www.sedesol.gob.mx.

ro y el 42% contestó que no; ese porcentaje de rechazo solamente es superado en el caso de los homosexuales (48%).

Esto nos indica la pertinencia de incluir una mención constitucional sobre la xenofobia. Además de elevar a rango constitucional una tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, esta propuesta tendría evidentes consecuencias sobre la legislación ordinaria, que sigue manteniendo inaceptables distinciones (discriminaciones, mejor dicho), en contra de los no nacionales. La legislación mexicana en materia de migración y naturalización no superaría el más mínimo estándar anti-discriminatorio internacional;⁸⁸ es seguro que si dicha legislación existiera por ejemplo en los Estados Unidos el gobierno mexicano ya habría promovido diversas quejas diplomáticas.

Una proyección del sesgo xenofóbico del ordenamiento jurídico mexicano se encuentra en el artículo 33 constitucional, a cuyo estudio dedicaremos un apartado posterior.

VI. NO DISCRIMINACIÓN POR PREFERENCIAS SEXUALES

Además de la prohibición de discriminar por razón de lengua o por xenofobia, también sería útil precisar los términos “preferencias” y “capacidades diferentes” que se encuentran actualmente en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. Aunque haciendo un sencillo ejercicio interpretativo podemos concluir que en realidad la Constitución se refiere a las preferencias *sexuales* y a las discapacidades, no estaría de más hacer la puntualización para ofrecer mayor claridad a todos los lectores de la carta magna.⁸⁹

⁸⁸ Véase al respecto los comentarios críticos, muy acertados, de Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La reforma de la Ley General de Población. Más derechos y menos control”, en Valdés, Luz María (coord.), *La Ley de Población a treinta años de distancia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 201-218.

⁸⁹ Estando este libro en prensa fue publicada una reforma al artículo 1o., párrafo tercero constitucional para modificar el término “capacidades diferentes”

El tema de la protección frente a la discriminación por motivos de preferencia sexual es especialmente importante, también por razones no solamente teóricas sino sobre todo prácticas. La sociedad mexicana, según lo acredita la Encuesta Nacional sobre Discriminación que ya hemos citado, es profundamente discriminadora hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual. Esto se refleja en actitudes y conductas sociales muy diversas (incluso en los estereotipos que suelen repetir inopinadamente los medios de comunicación acerca de los homosexuales), algunas de las cuales han sido prohibidas por la LD en su artículo 9o. (véase por ejemplo las fracciones II, XV, XXIII, XXVII y XXVIII).

La prohibición de discriminar por razón de preferencia sexual debe ser la punta de lanza para alcanzar una plena equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales.⁹⁰ Dicha equiparación podría deducirse actualmente de diversos compromisos internacionales que han sido firmados por el Estado mexicano y quizá también del párrafo primero del artículo 4o. constitucional,⁹¹ interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de estado civil, pero serviría de mucho contar con la expresa precisión en el artículo 1o. constitucional.

En el derecho comparado es abundante la información tanto legislativa como jurisprudencial que nos permite tener una visión más amplia de la no discriminación por razón de preferencias sexuales. Por un lado, el criterio de las preferencias sexuales aparece con frecuencia en los listados de características con base en las cuales está prohibido tratar de forma diferente a las personas. Por otro, los tribunales constitucionales de varios países así co-

por el de “discapacidad”. Véase el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de diciembre de 2006.

⁹⁰ Para una primera aproximación al tema, Rey Martínez, Fernando, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 73, 2005.

⁹¹ Ver al respecto el argumento que se expone en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., nota 9, pp. 233-235.

mo las cortes internacionales han ido apuntalando criterios interpretativos para evitar ese tipo de discriminación.

En Estados Unidos, la Suprema Corte había sostenido en 1986 la constitucionalidad de las leyes que sancionaban penalmente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos (en el caso *Bowers versus Hardwick*), pero este criterio fue abandonado en junio de 2003, en un caso en el que la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que contenía ese tipo de sanciones para tales conductas (*Lawrence versus Texas*).⁹² Desde 1996, sin embargo, la Corte había aceptado que no pueden existir normas que prohíban tomar medidas a los órganos públicos a favor de las personas homosexuales (en *Romer versus Evans*, donde se discutía la constitucionalidad de una enmienda a la Constitución de Colorado que impedía que cualquier órgano público concediera ningún tipo de derecho especial o ayuda a las personas homosexuales, lesbianas o bisexuales).

En un sentido parecido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias protegiendo a personas homosexuales. Por ejemplo, en el caso “Salgueiro da Silva” (de 1999) el Tribunal aprecia una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a que a un padre homosexual se le había negado la custodia de su hija alegando justamente su condición homosexual. En otro caso reconoce el derecho de una persona homosexual a continuar con el arrendamiento de una vivienda que había compartido con su compañero (caso “Karner”, de 2003).⁹³

Las sentencias que se han mencionado sirven para ilustrar los importantes pasos que deben darse para tutelar el principio de no discriminación por razón de orientación o preferencia sexual. En

⁹² Sobre el caso *Bowers* puede verse Carbonell, Miguel, “*Bowers versus Hardwick*: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y análisis*, México, núm. 119, mayo de 2005, pp. 33-35. Sobre *Lawrence* hay un importante trabajo de Tribe, Laurence, “*Lawrence v. Texas: the ‘Fundamental Right’ that Dares not Speak its Name*”, *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1893 y ss.

⁹³ Citados en Giménez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 246.

orden a conseguir ese objetivo es que se recomienda incluir en el texto constitucional mexicano la mención expresa y clara de que está prohibido discriminar por razón de preferencias sexuales.

VII. NO DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD

Por lo que hace al tema de la discapacidad (hasta hace poco recogido de manera ambigua en el artículo 1o. párrafo tercero bajo el concepto de “capacidades diferentes”) existen en el derecho constitucional comparado, ejemplos de regulación relativamente amplia o en todo caso más completa que la que figura en el artículo 1o. de la Constitución mexicana. Esto se debe a que en algunos países se tomó la decisión de no limitar la protección constitucional para las personas con discapacidad a la prohibición de discriminar. Yendo más allá de dicha prohibición, ciertos ordenamientos constitucionales disponen tareas concretas a cargo del Estado para proteger a las personas con discapacidad o para asegurarles una mayor igualdad de oportunidades en áreas como la laboral o la educativa.⁹⁴

Un ejemplo de lo que se acaba de decir, aunque tiene el defecto de emplear una terminología poco moderna, lo encontramos en el artículo 49 de la Constitución Española de 1978, que dispone lo siguiente: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos,

⁹⁴ Para un panorama teórico del tema puede acudir a Courtis, Christian, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Martin, Claudia *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, UIA, 2004, pp. 641 y ss.; Cardona Lloréns, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo, “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal”, en Courtis, Christian *et al.* (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa, ITAM, 2005, pp. 147 y ss.; así como Parra Dussan, Carlos (ed.), *Derechos humanos y discapacidad*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004 (este libro contiene tanto un desarrollo teórico como un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que puede ser de gran interés).

sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.⁹⁵ Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece en su artículo 26 que: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

Otros modelos de regulación de los derechos de las personas con discapacidad pueden encontrarse en el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque se trata de textos más largos que los que se han citado y que por tanto quizá no quepan por su amplitud en un texto constitucional que siempre debe intentar ser escueto, lo cierto es que en ellos podemos observar algunos aspectos esenciales útiles para emprender una futura reforma constitucional sobre el tema. Al respecto se puede citar, entre otros, el artículo 18 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana de Derechos Humanos (de 1969, conocida como “Pacto de San José”), el cual dispone que

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

A) Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades

⁹⁵ Quizá este artículo fue la fuente de inspiración del artículo 47 de la Constitución colombiana de 1991, cuyo texto es el siguiente: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Para un estudio del desarrollo jurisprudencial que ha tenido este artículo, ver Parra Dussan, Carlos y Londoño Toro, Beatriz, “La protección de la población con discapacidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Parra Dussan, Carlos (ed.), *Derechos humanos y discapacidad*, *op. cit.*, nota 94, pp. 198 y ss.

y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

B) Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;

C) Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;

D) Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

En términos generales, cuando se estudia la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos, hay que recordar que en la “Declaración y Programa de Acción de Viena” emitido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 se recogieron algunos señalamientos interesantes. Así, por ejemplo, en ese documento se precisa que

El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales, psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad (párrafo 64).

Algunos elementos adicionales a los ya citados pueden encontrarse en las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” dictadas por la Asamblea General de la ONU en 1993.⁹⁶

Las Normas Uniformes (NU, en lo sucesivo) conforman el cuerpo normativo más completo que existe sobre el tema de la discapacidad, hasta donde tengo información.⁹⁷ Aunque, como se señala en

⁹⁶ Las “normas uniformes” se encuentran en el anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de la ONU, del 20 de diciembre de 1993.

⁹⁷ En diciembre de 2006 la ONU aprobó la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. A partir de su entrada en vigor, será el documento internacional más relevante.

el propio texto, no son obligatorias en sentido jurídico, la Asamblea General de la ONU reconoce que se pueden llegar a convertir en derecho internacional consuetudinario cuando un número importante de países decida aplicarlas (párrafo 14 de la Introducción).

El artículo 1o. de la NU se refiere a la necesidad de una mayor toma de conciencia de los problemas de las personas con discapacidad. Para que esa toma de conciencia se produzca, se establece la obligación del Estado de distribuir información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para esas personas, para sus familias, para los profesionales que trabajen en esta esfera y para el público en general (artículo 1.1). Es necesario, también, llevar a cabo campañas informativas sobre los derechos de las personas con discapacidad y alentar a los medios de comunicación a que presenten una imagen positiva de ellas (artículos 1.2. y 1.3.).

En cuanto a la atención médica, las NU señalan que los Estados deben proporcionar programas de detección precoz, evaluación y tratamiento de las deficiencias (artículo 2.1.). Para ello es necesario capacitar a trabajadores comunitarios locales, asegurarse que las personas con discapacidad reciban atención médica de igual calidad que el resto de la población y dentro del mismo sistema general, contar con personal médico y paramédico debidamente capacitado y equipado para atender a las personas con discapacidad, así como prestar asesoría a los padres para que no limiten las opciones de sus hijos con discapacidad (artículo 1o., párrafos 2 a 5).

Las NU también establecen los servicios de apoyo que deben prestarse a las personas con discapacidad. Los Estados deben proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad (artículo 4.1), así como apoyar el desarrollo, fabricación, distribución y reparación de esos equipos y recursos auxiliares (artículo 4.2).

Las necesidades especiales de las personas con discapacidad hacen necesario tomar en cuenta una serie de cuestiones para facilitarles el acceso a los bienes y servicios a los que, como el resto de la población, tienen derecho. Las NU se refieren ampliamente a

lo que se debe hacer para mejorar las “posibilidades de acceso” de las personas con discapacidad al entorno físico. La adaptabilidad del entorno puede traducirse en leyes que regulen de forma adecuada la construcción de viviendas, los servicios de transporte y los establecimientos que dan servicio al público (restaurantes, cines, teatros, etcétera).

En el ámbito de la educación, las NU señalan en su artículo 6o. la necesidad de que, en la medida de lo posible, las personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema educativo general y que sólo de forma excepcional concurren a escuelas de educación especial. En el caso de las escuelas de educación especial el presupuesto asignado deberá ser al menos el mismo que el del resto de las escuelas (en términos porcentuales, como es obvio).

También el tema del empleo recibe un amplio tratamiento en las NU. Se trata de un aspecto, junto al de la salud y la educación, central para la vida digna de las personas con discapacidad, pues es justamente en el ámbito laboral donde existen limitaciones muy importantes para las personas con discapacidad que pueden dar lugar incluso a discriminaciones. El objetivo de los Estados, señala el artículo 7o. de las NU, debe ser apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto; solamente de forma excepcional se podrán crear empresas o ámbitos de actividad profesional especialmente dedicados a la contratación de personas con discapacidad. El apoyo de las instituciones estatales se puede concretar en programas de capacitación profesional, planes de cuotas basadas en incentivos,⁹⁸ el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, etcétera (artículo 7.2).

Aparte de las normas uniformes, una futura reforma a la Constitución mexicana en materia de discapacidad podría nutrirse de lo

⁹⁸ Señalando, por ejemplo, que las empresas que cuenten entre sus empleados con más del 5% de personas con discapacidad tendrán un trato fiscal favorable, o incluso estableciendo que el Estado se hará cargo de las cuotas de la seguridad social de las personas con discapacidad que las empresas contraten.

que se señala en la Observación General número 5 (“Personas con discapacidad”) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU, emitida en 1994.⁹⁹ También puede ser de interés la consulta de la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, vigente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos y adoptada en la Ciudad de Guatemala en junio de 1999.¹⁰⁰

Para determinar el contenido de la protección constitucional que debe darse a las personas con discapacidad, es necesario tomar en cuenta que hay evidencias empíricas que sugieren que la prohibición de discriminar, como única referencia constitucional, no es suficiente.¹⁰¹ Con tal prohibición no se puede terminar con los problemas que las personas con discapacidad tienen en ámbitos como la salud, el trabajo o la educación, tal como acertadamente lo señalan las Normas Uniformes. Por eso es que la Constitución debería quizá acoger una regulación más amplia sobre el estatuto jurídico de las personas con discapacidad, sin limitarse necesariamente al mandato de no discriminación.

VIII. NO DISCRIMINACIÓN GENÉTICA

El texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea nos suministra otro criterio interesante para evitar posibles violaciones a la dignidad humana por trato discriminatorio: las cuestiones genéticas. Recordemos que en el artículo 21 de la

⁹⁹ Consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, nota 16, pp. 511-525.

¹⁰⁰ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 2001; en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, nota 16, pp. 305-311.

¹⁰¹ Véase al respecto el muy completo ensayo de Bagenstos, Samuel R., “The Future of Disability Law”, *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 14, 2004, pp. 1-83.

Carta, que ya se ha transcrito, dispone que está prohibido discriminar por “características genéticas”.

Este concepto es muy relevante en la medida en que los avances de la biología y del estudio de la genética humana permiten intrusiones hasta hace poco insospechadas en nuestra intimidad. De hecho, se comienza a observar en diversos ordenamientos nacionales e internacionales la tendencia a regular los avances genéticos, no como un mecanismo para impedir el desarrollo de la investigación científica, sino para prevenir que dicho desarrollo pueda conculcar derechos fundamentales y producir nuevos fenómenos de discriminación.

Pensemos, por ejemplo, en las consecuencias que sobre el ámbito de los derechos fundamentales puede tener la determinación del código genético de una persona, los avances en materia de clonación o el desarrollo que se ha dado en la tecnología para el trasplante de órganos. En el ámbito más reducido de la reproducción humana pensemos en las consecuencias que pueden tener las técnicas de fertilización *in vitro*, de congelación de espermatozoides, de inseminación artificial, de diagnóstico prenatal, etcétera.¹⁰²

Como se apuntaba, en algunos textos constitucionales ya se hace referencia a cuestiones genéticas y de medicina reproductiva. Una de las regulaciones más detalladas es la que se contiene en el artículo 119 de la Constitución Helvética, que establece lo siguiente:¹⁰³

Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. 1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. Corresponde a la Confede-

¹⁰² Para una primera aproximación a estos temas, Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004; Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir*, México, Fontamara, 2003.

¹⁰³ Romeo Casabona, Carlos María, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en Varios autores, *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 17 y 18.

ración legislar sobre el patrimonio germinal y genético humano. A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetará en particular los siguientes principios: a) se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos; b) el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste; c) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata; d) la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas; e) no se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión; f) el patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley; g) todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia.

En vista de lo anterior, se nos presenta una alternativa de cara a una futura reforma constitucional en México: o que se incluyan las “características genéticas” dentro del mandato de no discriminación del párrafo tercero del artículo 1o. de la carta magna, o bien que se dedique un artículo o un párrafo específicos a la regulación de tales características. Incluso se puede pensar en la necesidad de contemplar los dos aspectos a la vez, de forma que por un lado tuviéramos el mandato de no discriminación y por otro una regulación más amplia de la cuestión genética, siguiendo el modelo de la Constitución helvética.

IX. CUESTIONES VARIAS

Aparte de lo que se ha mencionado en los párrafos anteriores, habría que ponderar la necesidad de mencionar de manera expre-

sa la prohibición de discriminar por razón de embarazo, que es un tema que afecta profundamente a las mujeres sobre todo en el ámbito laboral.

Si las propuestas que se acaban de hacer y las que se realizarán a continuación fueran en el futuro aprobadas, se ampliarían considerablemente y se mejorarían las posibilidades de tutela que ofrece en la actualidad en artículo 1o. constitucional. Pero junto a la inclusión de nuevos criterios (lengua, xenofobia, características genéticas, embarazo, etcétera) o a la correcta enunciación de los ya existentes (preferencias sexuales, discapacidades), es importante considerar dos temas importantes que todavía no figuran en el texto de la Constitución mexicana y, que sin embargo gravitan indudablemente en el debate contemporáneo sobre la igualdad y la no discriminación; me refiero a los temas de la “discriminación indirecta” y al concepto de “igualdad sustancial”. A cada uno de ellos se dedican los dos siguientes apartados.

X. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Un concepto que a veces pasa desapercibido pero sobre el que vale la pena llamar la atención es el de la llamada “discriminación indirecta”. Este tipo de discriminación es el que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad.

Para prevenir justamente este tipo de discriminación, en una propuesta ciudadana de Ley contra la Discriminación se había considerado pertinente incluir un párrafo con el siguiente texto: “Asimismo, será considerada discriminatoria toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.¹⁰⁴ Este párrafo podría perfectamente incluirse en

¹⁰⁴ El texto completo del Anteproyecto puede consultarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado*.

el texto constitucional, figurando al final del artículo 1o. de la carta de Querétaro.

Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como

aqueellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo.¹⁰⁵

La discriminación indirecta es un concepto interesante, ya que nos permite enfocar la mirada sobre fenómenos que, a primera vista, serían neutrales, pero que en virtud de discriminaciones históricamente extendidas y todavía presentes, causan perjuicios a un grupo vulnerable. Esto sucede particularmente en el caso de las mujeres, que deben enfrentarse a regulaciones legislativas o administrativas que supuestamente reflejan nada más que la igualdad entre hombres y mujeres, pero que terminan perjudicando a estas últimas.

XI. IGUALDAD SUSTANCIAL

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar

Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002 del mismo autor, “Propuesta de ley contra la discriminación”, *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Barra Mexicana-Colegio de Abogados-Themis, 2002, t. I.

¹⁰⁵ *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64; el concepto de discriminaciones indirectas fue introducido en la jurisprudencia constitucional española —en términos muy parecidos a los de la definición que se acaba de transcribir— por medio de la sentencia 145/1991.

igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa, por ejemplo, que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden.

La cuestión interesante para el derecho constitucional es si por medio de normas jurídicas se pueden y se deben revertir esas desigualdades o si el ordenamiento jurídico se debe limitar a prohibir cualquier forma de discriminación a través de la previsión de una cláusula de igualdad formal. Hay una importante cantidad de autores y analistas que sostienen que el ordenamiento jurídico, comenzando por el propio texto constitucional, debe promover positivamente la igualdad real de oportunidades, no debiendo limitarse a prohibir los fenómenos discriminatorios.¹⁰⁶

Esa determinación se plasma en los textos constitucionales que, junto a los preceptos que recogen el principio general de igualdad o la prohibición de discriminar, incluyen cláusulas de igualdad material o igualdad sustancial.

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de igualdad sustancial se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos; unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”.

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, la reconstrucción que en torno al debate sobre este tema hace Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003. Para una exposición más teórica, Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la Constitución española o 3.2 de la Constitución italiana. El artículo 9.2 de la Constitución española dispone que

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

De forma parecida, el artículo 3o. párrafo segundo de la Constitución italiana señala que

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Entre los modelos de artículos sobre la igualdad sustancial que podríamos llamar de “segunda generación” está el importante y polémico agregado de 1999 al artículo 3o. de la Constitución francesa, que ha dado lugar a distintos cambios en la legislación electoral de ese país; el texto en cuestión dispone que “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4o. de la misma Constitución, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3o. dentro de las condiciones que establezca la ley.

Con un enfoque también centrado en la igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 3.2. de la Constitución de Alemania dispone, luego de una reforma realizada en 1994, que: “Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. El Estado fomentará la realización efectiva de la igualdad de derechos de hombres y mujeres y procurará suprimir las desventajas existentes”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Un análisis de este proceso y de la discusión sobre su contenido puede verse en Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades*

En el ámbito regional de América Latina se puede tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 75, inciso 23 de la Constitución argentina, que faculta al Congreso de ese país para “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”.¹⁰⁸ Más específicamente, la propia Constitución de Argentina establece un mandato de igualdad real en materia electoral; este mandato está contenido en su artículo 37 párrafo segundo, cuyo texto es el siguiente: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.¹⁰⁹

De forma parecida a lo que sucede en Argentina, la Constitución de Venezuela de 1999 señala en su artículo 21.2 que

La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

laborales entre hombres y mujeres, Madrid, CEPC, Universidad de Zaragoza, 2003, pp. 293 y ss.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, pero siguiendo quizá más de cerca a los textos constitucionales de Italia y España, el párrafo tercero del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires dispone que “La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

¹⁰⁹ Este precepto es bastante completo porque se refiere no solamente a las acciones positivas para los cargos de elección popular sino también a los cargos partidistas, con lo cual lleva la idea de la igualdad real no sólo hacia dentro de las instituciones públicas, sino también al ámbito de los partidos políticos.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General número 18 (sobre no discriminación, adoptada en su 37o. periodo de sesiones, 1989)¹¹⁰ señala que

el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto (párrafo 10).

En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su Recomendación General número 5 (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7o. periodo de sesiones, 1988),¹¹¹ recomienda que los Estados partes de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (entre los que se encuentra México) “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Esta recomendación encuentra sustento en el artículo 4.1 de la propia Convención, que dispone lo siguiente:

La adopción por los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de *facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la pre-

¹¹⁰ Consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, t. I, *op. cit.*, nota 16, pp. 422 y ss.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 641 y 642.

sente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

En el caso concreto de las acciones afirmativas en beneficio de las personas con discapacidad tenemos que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad señala que

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

Tomando en cuenta lo anterior, quizá sería interesante incluir como párrafo cuarto del artículo 1o. de la Constitución mexicana una cláusula de igualdad sustancial que combinara los mejores elementos de los preceptos citados. En caso de que se acepte esta idea se debería pensar al menos en las siguientes cuestiones: a) ¿es conveniente especificar los grupos sociales en situación de vulnerabilidad a los que protegería una cláusula de igualdad sustancial o es mejor enunciarla en términos generales?; b) ¿es oportuno señalar alguna medida de acción positiva, por ejemplo en materia electoral, o dejar abierta la puerta para que el legislador pueda instrumentar las medidas positivas que juzgue más necesarias?¹¹²

¹¹² Recordemos que en México ya existen cuotas electorales por razón de género en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, y en varias legislaciones electorales de las entidades federativas. Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos. El promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda el 12%; en Europa se ubica sobre el 15%, pero en los países árabes

Para estar en capacidad de contestar con fundamento a la segunda pregunta, conviene recordar que algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualación positiva. Estas medidas se pueden definir como

los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible, la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan.¹¹³

Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. De alguna manera, este tipo de dispositivos a favor de la igualdad sustancial ya están previstos en la Constitución mexicana. Por ejemplo la progresividad en el impuesto sobre la renta puede deducirse del mandato del artículo 31 fracción IV de la carta magna. Los beneficios en las prestaciones públicas pueden desprenderse del régimen general de intervención del Estado en la vida económica establecido en los artículos 25, 26 y 28 de la propia Constitución.

El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualación

apenas es significativo. En México dicho porcentaje alcanzó el 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000), pero subió en las elecciones federales del año 2003 —ya con la aplicación del sistema de cuotas electorales previsto en la legislación electoral— hasta el 24% en la Cámara de Diputados y el 23% en la Cámara de Senadores (el sistema de cuotas fue aplicado solamente para la elección de diputados, ya que en 2003 no hubo renovación del Senado); los datos pueden verse en www.ipu.org, dentro del banco de datos sobre “Women in Parliaments”, que contiene un cuadro comparativo por países (consultada el 19 de diciembre de 2005) y en la página web del Senado www.senado.gob.mx. Más datos de interés pueden encontrarse en www.quotaproject.org.

¹¹³ Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 58.

positiva es el de lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.¹¹⁴ Las primeras buscarían favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualación que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, trabajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

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

Teniendo presente lo anterior es que podremos contestar a las preguntas que se hacían párrafos arriba y que ahora podemos reformular de la siguiente manera: a) ¿es deseable y/o legítimo contemplar acciones afirmativas en el texto constitucional?; b) si la respuesta es afirmativa, tales acciones ¿deben ser mencionadas por la Constitución en términos generales o deben ser precisados alguno o algunos de sus tipos y alcances?; c) en caso de que deban ser precisados algunos de sus tipos, ¿la nueva redacción del texto constitucional debe señalar los objetivos de las medidas de forma general o incluir también metas concretas a alcanzar? Estas son las preguntas que deberá responder una reforma constitucional seria en materia de igualdad sustancial.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 75 y ss.

XII. LA DISCRIMINACIÓN EN MATERIA DE PROPIEDAD

El derecho de propiedad es un importante punto de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga del derecho a la propiedad dependerá la definición del sistema económico (capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de varios derechos fundamentales. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica. Su regulación constitucional se debe justamente a su importancia, debe hacerse de tal manera que no genere discriminación.

Por desgracia, no es el caso de la Constitución mexicana, que en alguno de sus artículos trata de forma discriminatoria a los no nacionales por cuanto hace a la titularidad del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 27, fracción I constitucional señala que:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De este párrafo resulta discriminatoria su última parte, ya que establece una imposibilidad absoluta e injustificada para que los extranjeros adquieran propiedades en una faja de cien kilómetros a

lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Puede entenderse que existió en algún momento de la historia de México una posible justificación para este tipo de regulación. Por ejemplo, se pudo haber pensado que de esta forma se evitaría que los extranjeros que tuvieran propiedades en las fronteras o en los litorales mexicanos cooperaran con una posible invasión extranjera. Pero hoy en día, siendo realistas, ¿se justifica tener una limitación en el texto constitucional basada en la nacionalidad de las personas? Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva rendida precisamente a instancias del gobierno mexicano, ha realizado diversas consideraciones acerca del estatuto jurídico de los extranjeros que residan en territorio de alguno de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de la Opinión Consultiva 18/2003.

En la OC 18, la Corte estima que la situación migratoria de una persona “no es condición necesaria para que (un Estado) respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que... dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio” (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte,

...sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos* (párrafo 119, cursivas añadidas; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

En consecuencia con lo anterior, la Corte afirma que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna,

una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...” (párrafo 134).

Lo dicho hasta aquí, dentro del presente apartado, ofrecería una justificación normativa suficiente para proceder a la reforma de la última parte del artículo 27 constitucional, pero a ese tipo de razones deben añadirse al menos las del sentido común y las de carácter económico. Respecto de las primeras hay que considerar que hoy en día ya no existen las razones que pudieran haber justificado una regulación como la mencionada durante los siglos XIX y XX. A falta de dicha justificación, el Estado mexicano no puede remontar la carga de la prueba que siempre existe respecto de un trato desigual por razón de nacionalidad; dicho con otras palabras, la presunción de discriminación que se produce cuando el Estado trata de forma desigual a dos personas es suficiente para acreditar, hoy en día, el carácter violatorio de diversos pactos y tratados internacionales de derechos humanos que supone la última parte de la fracción I del artículo 27 constitucional. Es de puro sentido común pensar en una disposición de otro tipo, si lo que se busca es evitar que el territorio mexicano pueda ser invadido y que los extranjeros residentes en México colaboren en dicha invasión (situación esta última bastante alejada de la realidad).

Desde el punto de vista económico, es obvio que regulaciones discriminatorias y poco modernas como la del artículo 27 fracción I de la Constitución inhiben las inversiones extranjeras en materia turística y alientan diversas formas de “fraude a la ley” por medio de las cuales grandes grupos de inversionistas extranjeros construyen y administran complejos hoteleros y turísticos tanto en las playas como en las fronteras mexicanas.

Por lo anterior, debe considerarse la posibilidad de modificar el texto constitucional en la parte señalada, a fin de que se trate en igualdad de circunstancias a los nacionales y a los extranjeros respecto del derecho de propiedad en la zona litoral y fronteriza. Esto no quiere decir que se deje de aplicar la cláusula respecto de la cual los extranjeros se sujetan, en cualquier litigio sobre dichas propiedades, a la autoridad del gobierno mexicano, renunciando a

cualquier posible intervención del gobierno de su país (excepto para el caso del derecho a la asistencia consular, sobre el que se abunda más adelante).

Para emprender la reforma que se está proponiendo, quizá sea útil tomar en cuenta el contenido del artículo 20 de la Constitución de Argentina, que dispone:

Los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y las costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

XIII. EL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL Y LA DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN NACIONAL

El artículo 32 constitucional señala lo siguiente:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se am-

pare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

Como puede verse, el contenido de este precepto establece varias cuestiones discriminatorias. Al principio de este capítulo decíamos que el principio de no discriminación estaba recogido de manera limitada dentro del texto constitucional mexicano. Limitada y contradictoria, podríamos añadir en este momento, a la luz del ejemplo que nos proporciona el artículo 32 constitucional, al menos por lo que hace a su párrafo segundo. En efecto, este párrafo contradice al primer párrafo del artículo 1o. constitucional, puesto que éste último establece la prohibición de discriminar por razón de “origen nacional”. El origen nacional no es ni puede ser otra cosa más que el lugar de nacimiento de una persona. Cuando el artículo 32 autoriza a que las leyes del Congreso de la Unión establezcan como requisito para ejercer los derechos subjetivos el de ser mexicano por nacimiento, está contradiciendo de manera clara lo señalado por el artículo 1o. constitucional, además de un buen número de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México.

Lo menos que puede decirse sobre el contenido del artículo 32 es que refleja una postura anticuada, impropia de un texto constitucional que quiere estar al servicio de un Estado democrático. Pero además, desde una óptica estrictamente jurídica, puede afirmarse que una parte del artículo en cuestión podría incluso estar derogada, pues su contenido proviene del texto original de la Constitución mexicana¹¹⁵ y el de una reforma pu-

¹¹⁵ El texto original de la Constitución puede consultarse en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Constituciones históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 493 y ss.

blicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, tal como ya fue explicado, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1o. para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de “origen nacional”. Ya se ha dicho, y ahora se repite, que la no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32 cuando señala que el legislador podrá determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a señalar en qué cargos se requiere ser “mexicano” para poder ocuparlos, pues el artículo 1o. de la carta magna no señala a la “nacionalidad” como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean “mexicanos por nacimiento” y quienes simplemente sean “mexicanos”. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla; en el primer caso se está utilizando el criterio de la “nacionalidad”, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del “origen nacional”, que es uno de los prohibidos por el artículo 1o. constitucional, en su párrafo tercero. Por otro lado, con este tipo de prevenciones se permite la existencia de “mexicanos de primera” (los que lo son por nacimiento) y “mexicanos de segunda” (los que lo son por naturalización), causando de esa manera una evidente e injustificable discriminación.

Actualmente, al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat genera-*

lis).¹¹⁶ Para el caso que nos ocupa, el criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máximo rango dentro del sistema jurídico nacional), ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente en el tiempo deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 constitucional. En esa virtud, todas las normas de rango sub-constitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser “mexicano por nacimiento” se oponen al artículo 1o. constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.¹¹⁷

Ahora bien, para evitar dudas sobre la aplicación del criterio hermenéutico que se acaba de enunciar, lo mejor sería derogar expresamente el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, guardando de esa forma plena coherencia textual entre lo que dispone el artículo 1o. párrafo tercero y lo que establece dicho precepto. Es probable que, por razones muy parecidas, deban ser derogados también los dos últimos párrafos del mismo artículo 32 constitucional, que contienen criterios pre-modernos, inapropiados para un texto constitucional del siglo XXI. Además, su mala redacción ni siquiera permite precisar el universo de sujetos a los que se dirigen. Algún intérprete podría preguntarse ¿quiénes son los mecánicos a los que se refiere el penúltimo párrafo? ¿deben ser mecánicos dedicados de tiempo completo a mantener

¹¹⁶ Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, cap. IV.

¹¹⁷ Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1o.) entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Como se sabe, una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

y reparar embarcaciones o aeronaves o también deben quedar comprendidos en el supuesto de la norma quienes solamente reparen aeronaves de medio tiempo o cuando tienen ratos libres? Y por otro lado, ¿a qué embarcaciones se refiere el mismo párrafo? ¿a todas con independencia de su peso o medidas? ¿también a un pequeño bote de pesca con el que un turista sale a navegar los domingos en el litoral mexicano?

Sobre el último párrafo del artículo 32 más vale no hacer comentario alguno. Refleja sin duda un complejo de inferioridad respecto a quienes no son nacionales al que ya hicieron referencia durante varias décadas del siglo XX Samuel Ramos y Octavio Paz entre otros. Pero además se trata de una prevención inútil, puesto que el requisito que pone para que puedan ser preferidos los mexicanos frente a los extranjeros es fácilmente burlado: “la igualdad de circunstancias”. Es obvio que enunciados constitucionales como este se prestan para todo tipo de aplicaciones interesadas, sin que puedan servir al objetivo que se proponen. Hay que derogar lo antes posible el párrafo en cuestión.

XIV. EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

El artículo 33 constitucional tiene el siguiente texto:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos ele-

mentos de orden histórico para comprender (aunque no justificar) por qué sigue presente en nuestro texto constitucional y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar, hay que decir que la razón por la que este precepto está en el texto constitucional es de orden histórico.¹¹⁸ Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaeciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país. Así, por ejemplo, en los “Elementos constitucionales” de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”. En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desemboca en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros. Por esa razón las Bases Orgánicas de la república mexicana ya facultaban al presidente de la república para “Espeler de la República á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella” (sic), de acuerdo con su artículo 87 fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada relación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte.

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto del artículo 33 de la Constitución vigente. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857

¹¹⁸ Sigo en esta parte el análisis expuesto en Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en Cienfuegos, David y López Olvera, Miguel A. (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 60 y ss.

se refiere a la facultad no del presidente sino del “gobierno” y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.¹¹⁹

Con esos antecedentes llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presenta Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.¹²⁰ En ese proyecto el jefe del Ejército Constitucionalista recoge la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agrega algunas modificaciones importantes. Para empezar la facultad de expulsar a los extranjeros ya no reside en “el gobierno”, sino en el presidente. Además, tal facultad permite al presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión será “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Finalmente, el proyecto establecía que “Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente, no se limitara a los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímbolas de personas como “los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)”, “los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo”, “los que representen capitales clandestinos del clero”, “los mi-

¹¹⁹ Actualmente la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional es la que figura en la parte final del artículo 11. Sobra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

¹²⁰ Cuyo texto se puede consultar en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

nistros de cultos religiosos” y “los estafadores, timadores o caballeros de industria”.¹²¹ Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado porque de otra manera México y su Constitución de Querétaro, ejemplar en tantos otros temas, hubieran entrado directamente en la historia de las infamias constitucionales. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones históricas subsisten o no en la actualidad.

La reflexión del párrafo anterior, en todo caso, no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.¹²² Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (ofensas, amenazas), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del Poder Ejecutivo. El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo presente que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado, deben aplicarse en distin-

¹²¹ Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *cit.*, nota 118, p. 65.

¹²² *Ibidem*, p. 69.

tos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.¹²³

En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos diversas disposiciones que regulan la estancia de extranjeros en los Estados parte. Por ejemplo, es el caso de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero de tales preceptos dispone que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este artículo ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.¹²⁴ Vale la pena detenernos en algunos de sus aspectos más destacados.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el

¹²³ *Idem*, nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”.

¹²⁴ Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67o. periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos, cit.*, nota 16, t. I, pp. 462-468.

principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

Por su parte, el artículo 13 del Pacto dispone que

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Aunque México, al momento de suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos interpuso una reserva respecto del artículo 13, al parecer habría elementos para considerar que tal reserva no puede ser válida, ya que va en contra precisamente del objeto y fin del tratado internacional.¹²⁵

¹²⁵ Becerra, Manuel, *op. cit.*, nota 118, p. 73.

Otra reserva destinada a proteger la arbitraria utilización del artículo 33 constitucional fue interpuesta por el gobierno de México al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También esta reserva se puede juzgar como nula, puesto que el momento elegido por México para interponerla no fue el correcto. Lo adecuado hubiera sido, en su caso, formular la reserva cuando se suscribe la Convención Americana de Derechos Humanos, no cuando se reconoce la competencia de la Corte.¹²⁶

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A la luz de todo lo anterior, lo correcto sería reformar de manera integral el artículo 33 de la Constitución, de forma que se precisara lo siguiente:

- a) Los extranjeros podrán ser expulsados solamente por orden del presidente de la República;
- b) La expulsión de extranjeros solamente se podrá realizar cuando se acredite que su presencia en territorio nacional pone en peligro la seguridad nacional, debido a que el extranjero en cuestión haya realizado actividades de espionaje o vinculadas con el terrorismo;
- c) La expulsión podrá ser impugnada, como cualquier otro acto de autoridad, por medio del recurso legal ordinario que dispongan la Constitución y las leyes (puede ser el juicio de amparo si el quejoso estima que se le están violando derechos fundamentales);

¹²⁶ *Ibidem*, p. 74.

- d) Dentro del mencionado recurso se le respetarán al extranjero todas las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, se deberán observar todos los elementos que componen el “debido proceso legal” (*due process of law*).
- e) No podrán hacerse expulsiones masivas o sin que se haya determinado la identidad precisa de las personas a expulsar.
- f) En la medida de lo posible se deberá dar siempre el derecho a la asistencia consular a favor del extranjero.¹²⁷

Respecto del derecho a la asistencia consular hay que recordar el hecho de que el gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en la materia. La consulta fue desahogada por la Corte en la Opinión Consultiva 16/1999.¹²⁸ En dicha Opinión, la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito:

reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia (párrafo 80).

La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

¹²⁷ Un panorama sobre este derecho puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., nota 9, pp. 664 y ss.

¹²⁸ Consultable en Carbonell, Miguel et al. (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, cit., nota 16, t. II, pp. 1003-1097.

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informarle de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Por todo lo que se ha dicho se puede concluir señalando que el objetivo de la reforma que se propone al artículo 33 constitucional consiste en reducir la discrecionalidad del presidente de la república al momento de expulsar a extranjeros que se encuentren en territorio nacional y en someter dicha facultad a un permanente escrutinio de los tribunales mexicanos e internacionales. En otras palabras, se trata de pasar de una facultad arbitraria e incontrolada como la que existe hoy en día, a una facultad sometida al imperio de los principios del Estado de derecho, en cuyo ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas no nacionales que se encuentran en territorio mexicano.

XV. EL DERECHO DE ASILO

En el apartado anterior nos hemos referido a la discriminación que supone el artículo 33 al permitir que una persona sea expulsada sin juicio previo del territorio nacional por el mero hecho de que sea extranjero y de que así lo ordene el presidente de la repú-

blica. En conexión con ese tema, aunque no tenga que ver con el problema más general de la igualdad, conviene aportar una brevísima reflexión sobre la necesidad de constitucionalizar en México el derecho de asilo, como expresión no solamente de una práctica histórica del Estado mexicano que tanto reconocimiento internacional le ha merecido, sino sobre todo como una concreción del carácter humanitario que deben tener los textos constitucionales del presente.

Para llevar a cabo la constitucionalización del derecho de asilo podríamos revisar los ejemplos de otros países, en los que se han ensayado fórmulas diversas. Una sencilla, aunque útil, es la contenida en el párrafo tercero del artículo 10 de la Constitución italiana de 1947: “Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley”. Más parco es el párrafo primero del artículo 16A de la Constitución alemana de 1949, que se limita a señalar: “Los perseguidos políticos gozarán del derecho de asilo”.¹²⁹

Lo importante en este punto, al margen de tomar como modelo el texto constitucional que mejor nos parezca, es la reflexión de fondo acerca del papel que hoy en día tiene en nuestro mundo globalizado el derecho de asilo, es decir, el derecho de toda persona a ser recibida en un determinado Estado cuando concurren ciertas circunstancias que no le permitan seguir viviendo en el suyo propio. Se trata de un tema que nos pone frente a obvios dilemas, jurídicos y políticos. Parece difícil de sostener la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La desprotección en que se encuentran en todo

¹²⁹ Véase también el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, es algo frente a lo que no podemos cerrar los ojos.

Sería importante que dentro del régimen constitucional del derecho de asilo se recogiera la posibilidad de considerar como asilados a personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen, por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

XVI. LA DISCRIMINACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO

En el capítulo primero del presente libro, al trazar los objetivos generales que persiguen estas páginas, se señaló la necesidad no solamente de contar con una renovada regulación de los derechos fundamentales, sino también la importancia de atender a la cuestión de las garantías de tales derechos. En esa lógica se inscribe el presente apartado, en el que se aborda el estudio de un aspecto concreto del juicio de amparo. Se ha considerado pertinente su inclusión dentro del capítulo dedicado a los derechos de igualdad debido a que tiene un significativo impacto, como se explica de inmediato, sobre la igual consideración y el igual trato de todas las personas frente a la ley.

En México, como se sabe, el instrumento tradicional de protección de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos de igualdad en general y al derecho a no ser discriminado en particular, ha sido el juicio de amparo. Creado a mediados del siglo XIX, el amparo representa prácticamente la única vía judicial a la que pueden recurrir los habitantes del país para defenderse en contra de los actos de autoridad que violen sus derechos fundamentales. Por desgracia, uno de los principios rectores del juicio de amparo genera, hoy en día, un profundo efecto discriminatorio, ya que permite un trato desigual hacia las personas a partir de las leyes que se les pueden aplicar.

En efecto, la fracción II del artículo 107 constitucional contiene lo que se denomina, por razones de orden histórico, “Fórmula Otero”, que no es otra cosa más que la disposición por medio de la cual los efectos de la sentencia de amparo que declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma general (ley, tratado internacional, reglamento, directiva, Norma Oficial Mexicana, decreto, etcétera) son relativos, toda vez que solamente se aplican a las partes que concurren al juicio sin que, por regla general, puedan extenderse a otros supuestos o a otros agraviados que no hayan sido partes. La primera parte del texto de la fracción II del artículo 107, que es la que ahora interesa, dispone lo siguiente: “La sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías.¹³⁰ Esto supone la *consagración jurídica de la desigualdad*, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos. En este sentido, se puede sostener que la “Fórmula Otero” choca con uno de los principios más elementales de la democracia: aquel de acuerdo con el cual la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual, evitando situaciones que pueden representar una discriminación *de iure* entre ellos.

La solución para hacer frente a esta notoria situación discriminatoria puede tener varias vertientes. Una de ellas consiste en dejar tal cual está actualmente la fracción II del artículo 107 constitucional pero agregándole un segundo párrafo en el siguiente tenor:

¹³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 231.

Cuando la Suprema Corte de Justicia establezca jurisprudencia en la que resuelva que una norma general es inconstitucional o determine una interpretación conforme con la Constitución, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad o la de interpretación conforme, en la cual fijará sus alcances y condiciones en términos de la ley reglamentaria.

Este párrafo fue propuesto por la comisión convocada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para redactar una nueva ley de amparo.¹³¹

Otra posible solución reside, simplemente, en modificar la fracción II del artículo 107 constitucional para que se reconozca expresamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma general realizada por la Suprema Corte tendrá por efecto la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, por lo cual no podrá volver a ser aplicada en ningún caso a partir de dicha declaración.

Un ejemplo de regulación un poco más detallada se puede encontrar en el artículo 58 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional de Bolivia. En ese precepto se precisan los efectos abrogatorios (si se declara la inconstitucionalidad de toda la norma), derogatorios (si la declaratoria de inconstitucionalidad afecta solamente a una parte de la misma) y de inconstitucionalidad conexa (si alguna otra norma depende para su validez de la norma declarada inconstitucional), que pueden tener las sentencias del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso, lo importante es dejar en claro que no puede haber normas generales que hayan sido declaradas inconstitucionales y sin embargo sigan vigentes. Esto lo había expresado con gran claridad Hans Kelsen cuando en su más conocido ensayo

¹³¹ *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2000, p. 220. Sobre el tema de la nueva Ley de Amparo y sus alcances, Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002 (particularmente pp. 107 y ss. para el análisis de la declaración general de inconstitucionalidad); sobre el mismo tema de la declaración general, Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 130, pp. 913 y ss.

sobre la jurisdicción constitucional afirmaba que “Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —sin poder anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.¹³²

XVII. EL COMBATE A LA DISCRIMINACIÓN COMO POLÍTICA DE ESTADO

Una posible reforma constitucional en materia de no discriminación, que podría sumarse a las que se han esbozado en los apartados anteriores, sería la que introdujera en el texto de la carta magna el mandato para todas las autoridades del Estado mexicano (es decir, para las autoridades de todos los niveles de gobierno), de implementar en el ámbito de sus respectivas competencias políticas públicas de no discriminación. Desde luego, una reforma en ese sentido quizá no pueda ser ubicada dentro del capítulo de la Constitución relativo a los derechos fundamentales, puesto que se trata de una norma de mandato dirigida a regular la actividad de las autoridades más que a reconocer u otorgar un derecho fundamental.

La utilidad de la reforma que se propone reside en involucrar a todos los niveles de gobierno en la lucha contra la discriminación, de forma que el objetivo de alcanzar una sociedad más igualitaria sea un compromiso de Estado en México y no una moda coyuntural o incluso sexenal, lo que sería peor aún.

La mejor ubicación para una reforma de este tipo sería dentro de los artículos que asignan obligaciones de carácter general para el Estado mexicano. Por ejemplo en el artículo 25 de la Constitución mexicana. También puede incluirse en el artículo 26, pero precisando que en el Sistema Nacional de Planeación (que se

¹³² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 95.

materializa en el Plan Nacional de Desarrollo y en los respectivos planes estatales de desarrollo), se deberá de tomar en cuenta la no discriminación como un factor esencial en todas las políticas públicas del Estado mexicano.

XVIII. PROPUESTAS

En las páginas anteriores se han intentado ofrecer dos tipos de argumentos alrededor de la regulación constitucional de los principios de igualdad y de no discriminación. Por un lado, se han explicado los alcances semánticos y normativos de las normas que actualmente recogen tales principios. Por otro, se han realizado propuestas para extender el alcance de los mismos, ya sea previendo supuestos que están mal redactados o que pueden parecer dudosos, o bien incluyendo cuestiones que hasta el momento no figuran dentro del texto constitucional.

En este contexto, conviene aclarar que la regulación minuciosa de la igualdad y la no discriminación —y esto se aplica al conjunto de los derechos fundamentales estipulados en la Constitución mexicana— no sería tan necesaria en México si tuviéramos una tradición más consolidada en materia de interpretación constitucional. Por desgracia, en México las grandes transformaciones constitucionales se han dado por vía de la reforma al texto de la carta magna y no a través de los pronunciamientos interpretativos de los tribunales.¹³³ En Estados Unidos, donde la Constitución ha sido reformada apenas en 27 ocasiones desde 1787, la Suprema Corte ha desarrollado una sólida jurisprudencia sobre el tema de la igualdad y la no discriminación, partiendo de la escueta cláusula de trato igual prevista en la Enmienda XIV. En México, sin embargo, la labor de los tribunales ha sido por décadas, y sigue sien-

¹³³ Un panorama de la forma en que se ha interpretado la Constitución en México, con un buen repertorio de casos prácticos comentados, puede verse en Cossio, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002; del mismo autor, sobre el tema, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004.

do en la actualidad, muy restringida. Las causas de dicha restricción son variadas y su análisis excede con mucho el objeto de estudio del presente ensayo.

Es pertinente hacer las aclaraciones anteriores en virtud de que quizá algún observador podría juzgar como poco acordes con los principios de la técnica legislativa las propuestas que se han hecho a lo largo de este capítulo y que se harán en los subsiguientes. En efecto, serían poco pertinentes dichas propuestas si tuviéramos una jurisdicción constitucional mucho más activista y decidida a dar pasos adelante en la igual protección y defensa de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a no ser discriminado. Mientras eso sucede quizá la vía para asegurar un mejor régimen constitucional para ese derecho sea la de la reforma constitucional.

A continuación se sintetizan, resumidamente, las reformas que se han propuesto a lo largo de las páginas del presente capítulo:

1. Incorporar en el párrafo tercero del artículo 1o. la no discriminación por razón lingüística, por xenofobia, por preferencia sexual, por embarazo y genética.

2. Respecto de la no discriminación por razón de discapacidad quizá podrían precisarse algunas cuestiones más concretas, de acuerdo a lo que fue señalado en el apartado conducente de este trabajo. Lo mismo podría considerarse para el supuesto de la no discriminación por razones genéticas, ya que su relativa novedad y su eventual ambigüedad al momento de ser aplicada a un caso concreto, justificarían una regulación más detallada.

3. Recoger una cláusula que no permita las discriminaciones indirectas, que han sido poco estudiadas en México, pero que sin duda existen y causan graves perjuicios a los grupos en situación de vulnerabilidad.

4. Establecer una cláusula de igualdad material, de acuerdo a las variantes que fueron discutidas en el apartado dedicado al tema dentro de este trabajo. Puede ser una cláusula general siguiendo el modelo de las constituciones de España e Italia, o bien una cláusula que prevea acciones positivas en concreto o acciones positivas a favor de grupos determinados.

5. Derogar la discriminación en contra de los extranjeros por lo que respecta al derecho de propiedad en playas y fronteras.

6. Derogar los párrafos segundo, cuarto y quinto del artículo 32 constitucional, puesto que utilizan como criterio de distinción entre las personas el del lugar de nacimiento, que es un criterio prohibido por el artículo 1o. párrafo tercero constitucional, y por numerosos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en México.

7. Reformar el artículo 33 constitucional para eliminar la facultad arbitraria del presidente de la república de expulsar a extranjeros del territorio nacional. Tal facultad debe ejercerse en el marco de supuestos concretos, no permitiendo, como hasta ahora, la libre apreciación del titular del Poder Ejecutivo federal acerca de la “inconveniencia” de que un extranjero permanezca en territorio nacional. Además, como cualquier otro acto de autoridad, la determinación de expulsar a una persona debe poder ser revisada por los tribunales nacionales e internacionales.

8. Recoger en la Constitución el derecho de asilo, que podría darse tanto por persecuciones políticas o cualquier otra violación a los derechos de libertad e igualdad, como por la negación de los derechos sociales, permitiendo de esa forma la “emigración humanitaria” hacia México, como ha sucedido en diversos momentos anteriormente de la historia de nuestro país.

9. Eliminar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido como “Fórmula Otero”, a fin de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma general proteja por igual a todos los destinatarios de la misma norma y no solamente a quienes obtuvieron una sentencia de amparo favorable.

10. Introducir en la Constitución un mandato dirigido a todas las autoridades a fin de prever mecanismos de no discriminación en todo el Sistema de Planeación Nacional del Desarrollo (plan nacional y planes estatales), haciendo de la lucha contra la discriminación una política de Estado permanente.

5. Derogar la discriminación en contra de los extranjeros por lo que respecta al derecho de propiedad en playas y fronteras.

6. Derogar los párrafos segundo, cuarto y quinto del artículo 32 constitucional, puesto que utilizan como criterio de distinción entre las personas el del lugar de nacimiento, que es un criterio prohibido por el artículo 1o. párrafo tercero constitucional, y por numerosos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en México.

7. Reformar el artículo 33 constitucional para eliminar la facultad arbitraria del presidente de la república de expulsar a extranjeros del territorio nacional. Tal facultad debe ejercerse en el marco de supuestos concretos, no permitiendo, como hasta ahora, la libre apreciación del titular del Poder Ejecutivo federal acerca de la “inconveniencia” de que un extranjero permanezca en territorio nacional. Además, como cualquier otro acto de autoridad, la determinación de expulsar a una persona debe poder ser revisada por los tribunales nacionales e internacionales.

8. Recoger en la Constitución el derecho de asilo, que podría darse tanto por persecuciones políticas o cualquier otra violación a los derechos de libertad e igualdad, como por la negación de los derechos sociales, permitiendo de esa forma la “emigración humanitaria” hacia México, como ha sucedido en diversos momentos anteriormente de la historia de nuestro país.

9. Eliminar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido como “Fórmula Otero”, a fin de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma general proteja por igual a todos los destinatarios de la misma norma y no solamente a quienes obtuvieron una sentencia de amparo favorable.

10. Introducir en la Constitución un mandato dirigido a todas las autoridades a fin de prever mecanismos de no discriminación en todo el Sistema de Planeación Nacional del Desarrollo (plan nacional y planes estatales), haciendo de la lucha contra la discriminación una política de Estado permanente.