

LEGISLACIÓN Y LAS POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS EN MÉXICO: EL INICIO DE UN LARGO CAMINO*

Christian COURTIS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La definición del término “discriminación” y su posible alcance*. III. *Carácter grupal de la discriminación y factores prohibidos*. IV. *Alcance de la protección antidiscriminatoria: público-privado*. V. *Medidas antidiscriminatorias y garantías*. VI. *La evaluación de los efectos y del cumplimiento de los objetivos de la Ley*. VII. *Un paso en falso: una muestra de la debilidad del control judicial de constitucionalidad sobre discriminación en México*.

I. INTRODUCCIÓN

Estas breves notas tienen la intención de sugerir algunos parámetros para considerar el alcance, las necesidades y los posibles efectos de la legislación y las políticas antidiscriminatorias que un Estado decida adoptar. No tienen, por supuesto, intención alguna de exhaustividad, pero creo que brindan un panorama de cuestiones a tener en consideración cuando se asume la tarea de adoptar y llevar a la práctica medidas antidiscriminatorias, como pretende hacerlo México. En este sentido, pueden ser relevantes para acompañar el proceso de puesta en práctica de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

II. LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO “DISCRIMINACIÓN” Y SU POSIBLE ALCANCE

Un primer parámetro insoslayable está vinculado con la concepción o noción de “discriminación” que la ley y las políticas públicas correspon-

* Este artículo saldrá publicado en Gustavo Fondevila (comp.), *Derechos civiles en México*, México, Fontamara, 2006.

dientes adopten. Tratándose de un término con una carga emotiva importante, una tarea de clarificación del alcance del término permitirá una mejor comprensión de los desafíos que implica la puesta en marcha de una política antidiscriminatoria. Para realizar esta tarea de clarificación, hemos de acudir a algunas distinciones ya acuñadas en el derecho antidiscriminatorio de países desarrollados.¹

Así, una primera distinción relevante es la que media entre discriminación legal (o normativa, o *de jure*) y la discriminación de hecho (o *de facto*, o “invisible”). Por discriminación legal, normativa o *de jure* se entiende aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. Explicaré después el significado del término “factor prohibido”. Por ahora, basta con señalar que este tipo de discriminación puede manifestarse al menos de dos modos: de modo *directo*, es decir, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión —por ejemplo, cuando se prohíbe a las mujeres ejercer una profesión, o cuando se establecen distinciones raciales para el ejercicio de un derecho, o cuando se prohíbe a las personas con discapacidad acceder a un cargo o empleo público— e, inversamente, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente; y de modo *indirecto* esto es, cuando pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente “neutro”, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo. Un ejemplo puede aclarar la discriminación normativa *indirecta*: supongamos que para postular a un puesto administrativo se exija una estatura de más de 1,80 metros, o correr 100 metros en menos de 15 segundos. En el primer caso, es probable que el criterio de distinción elegido impacte desfavorablemente sobre las mujeres; en el segundo caso, es probable que lo haga sobre las personas con movilidad física restringida.

¹ Véase Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997 y “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto 2001, pp. 145-166; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

La diferenciación entre discriminación normativa directa e indirecta tiene consecuencias importantes en materia de prueba: mientras en el primer caso bastaría —para acreditar la discriminación— con probar que una distinción legal se basa sobre el empleo de un factor prohibido, en el segundo caso es necesario acreditar, además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo prueba que requiere indicios de carácter empírico.

La llamada discriminación de hecho, *de facto* o “invisible” se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es finalmente el de la exclusión de los miembros de un grupo. Por ejemplo, las decisiones de un empleador, o de la autoridad que decide el otorgamiento de becas o el ingreso a una entidad pública, tienen como resultado consistente la preferencia de varones sobre mujeres, o de miembros no indígenas sobre indígenas. En este caso, al igual que en el caso de la discriminación normativa indirecta, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren el sesgo “invisible” en la adopción de decisiones.

En la literatura contemporánea se habla también de *discriminación estructural o sistémica*.² Se trata más bien de la descripción de la magnitud del fenómeno de la discriminación tanto *de jure* como *de facto* contra grupos en particular. El señalamiento de una situación de *discriminación estructural* se ha empleado como justificación de las medidas de acción afirmativa o positiva, de las que hablaremos después.

Otro de los sentidos clásicos del término “discriminación” se relaciona con las denominadas *expresiones discriminatorias*. Se trata del empleo de expresiones injuriantes, agraviantes o portadores de estereotipos negativos referidos a un grupo social y basadas sobre un factor prohibido.

Por último, la legislación de diferentes países se refiere a la *igualdad de oportunidades*, en relación con las medidas antidiscriminatorias. Se trata, ciertamente, de nociones estrechamente vinculadas: la idea de igualdad de oportunidades surge por contraste con la idea de igualdad formal o identidad de trato, a raíz de la constatación de la existencia de

² Véase Saba, Roberto, “(Des)igualdad Estructural”, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, pp. 479-514.

grupos y sectores que, pese a la declaración de igualdad formal, son sistemáticamente excluidos del acceso a bienes sociales tales como la representación política, el empleo, la educación, la cultura, etcétera. De allí la vinculación entre la existencia de discriminación y la ausencia de igualdad de oportunidades, y la correlativa necesidad de complementar medidas antidiscriminatorias con medidas de promoción de la igualdad de oportunidades, entre las que se encuentran las denominadas “medidas de acción positiva o afirmativa”.

Ante este panorama, es útil subrayar un aspecto que ha caracterizado la evolución de las normas antidiscriminatorias. En el pasado, cuando la noción de discriminación se vinculaba casi exclusivamente con las expresiones discriminatorias o injuriosas, la concepción vigente ponía énfasis en los componentes subjetivos de la conducta de quien era acusado de discriminar es decir, en la intención o el propósito de discriminar. Por motivos diversos —entre ellos, la dificultad de probar la intención, y la creciente percepción de la existencia de fenómenos de discriminación que no son conscientes o voluntarios, sino efecto de la reproducción social de prejuicios y estereotipos— esta concepción ha variado, y hoy se pone énfasis en un tipo de análisis de la discriminación que privilegia los factores objetivos entre ellos, el *efecto* o *resultado* discriminatorio, por sobre la *intención* de discriminar, o bien la “objetivización” de la intención o del propósito, más allá de las intenciones declaradas.

Huelga señalar que el alcance y tipo de medidas antidiscriminatorias elegidas depende de la noción de discriminación que se adopte. La adopción de una noción amplia de discriminación, que englobe todos los criterios señalados, requerirá la elaboración de medidas, técnicas y garantías adecuadas, que eviten que el fin protectorio sea frustrado por la ausencia de mecanismos idóneos para cumplir ese fin.

Paso ahora a revisar brevemente la disposición del último párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, y la del artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, donde se incluyen las respectivas concepciones sobre discriminación adoptadas por esos cuerpos normativos.

En cuanto a la norma constitucional, parece abarcar tanto la discriminación *de jure* —tanto directa como indirecta— y *de facto*, y las expresiones discriminatorias (en tanto “atenten contra la dignidad humana”). Sin embargo, la norma plantea alguna dificultad porque parece referirse exclusivamente a tipos de discriminación voluntaria o intencional (ya

que requiere que la discriminación “*tenga por objeto* anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”). Para que la cláusula tenga un alcance adecuado, es necesario interpretar esta expresión en un sentido objetivo, es decir, independiente de las intenciones subjetivas de las autoridades o particulares autores de la discriminación que, por supuesto, tienden a negar que la intención de cualquier distinción sea la de anular o menoscabar derechos o libertades de las personas.

En cuanto al artículo 4o. de la Ley, la cláusula —inspirada en gran medida en el lenguaje de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos—,³ es más amplia que la disposición constitucional, y facilita la tarea de quien denuncia un acto discriminatorio, ya que habla explícitamente de su *efectos*, y no ya de las intenciones que lo motivaron. La definición incluye claramente los casos de discriminación *de jure* —directa e indirecta— y *de facto*; en el caso de la discriminación *de jure*, también incluye la discriminación por omisión o por incumplimiento de obligaciones, acciones positivas o medidas compensatorias (en la medida en que la omisión denunciada tenga por efecto “impedir o anular el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades”). Esto, sin perjuicio de las dificultades planteadas por el artículo 5o. —en especial, la del artículo 5o. inciso VIII, a la que me referiré después. Además, la definición legal incluye explícitamente expresiones discriminatorias tales como la xenofobia o el antisemitismo— aunque cabría reprochar la limitación de esta enumeración, ampliada de algún modo por el artículo 9o. incisos XV, XVII y XVIII de la misma Ley.

III. CARÁCTER GRUPAL DE LA DISCRIMINACIÓN Y FACTORES PROHIBIDOS

Una segunda cuestión que requiere explicación tiene que ver con la proyección grupal o colectiva del fenómeno de la discriminación. Cuando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se

³ Considérese, por ejemplo, su similitud con el artículo 2 a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2 a) “El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal. Por ejemplo, la distinción legal, a efectos de otorgar un subsidio, entre productores de leche y productores de miel, podría ser cuestionada a partir del principio de igualdad o tratamiento igualitario, pero difícilmente refleje el sentido en el cual se habla de “discriminación” en tratados internacionales de derechos humanos o en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Lo que caracteriza a la discriminación que estos cuerpos normativos pretenden atacar es la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social.⁴ Esta noción supone explorar y definir de modo más preciso la idea de *grupo social* de la que se habla.

Los intentos de definir la noción de grupo o grupo social relevante a efectos de la noción de discriminación han sido varios, y suponen las típicas dificultades relativas a la necesidad de englobar bajo un mismo criterio conceptual una multiplicidad de fenómenos de alcance diverso. Existe algún consenso, sin embargo, en subrayar al menos las siguientes notas características: a) existe un factor común que vincula al grupo; b) el grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor; c) el grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través de ese factor. Existen versiones más fuertes de la nota b), que requieren que el factor constituya un rasgo importante de identidad del grupo.

Iris Marion Young, una de las autoras más influyentes en esta materia, establece dos diferenciaciones interesantes, que sirven para visualizar con mayor claridad la noción de grupo a la que hacemos referencia.⁵ Por un lado, un grupo social se distingue de un mero conjunto, agregado o agrupado. Mientras un grupo social se caracteriza por lazos de identificación identitaria y colectiva —tales como una historia, lenguaje, tradición o experiencia común, entre otros—, un agrupado es el resultado del empleo de algún factor clasificatorio convencional. En alguna medida puede decirse que mientras un grupo refleja una experiencia colectiva de ca-

⁴ Véase Barrère Unzueta, María Ángeles, *op. cit.*, nota 1, pp. 26-29.

⁵ Véase Marion Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, Cátedra, 2000, pp. 77-85; Fraser, Nancy, “Cultura, economía política y diferencia. Sobre el libro de Iris Young: Justicia y la política de la diferencia”, en *Iustitia Interrupta. Reflexiones crítica desde la posición “postsocialista”*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, pp. 258-262; Fiss, Owen, “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Gargarella, Roberto, (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 136-167.

rácter social, el agrupado sólo se debe a una clasificación intelectual o legal, y carece de un referente empírico colectivo. Así, por ejemplo, Young considera ejemplos de grupos sociales a las mujeres, a las personas con discapacidad, a los miembros de minorías raciales, nacionales o lingüísticas, a las personas adultas mayores, etcétera. Por lo contrario, serían ejemplos de agrupados convencionales los propietarios de carros con matrícula terminada en número par, los sujetos exentos del impuesto a las rentas, los usuarios de medios de transporte públicos, etcétera.

Por otro lado, Young también diferencia entre grupos sociales y asociaciones. Las asociaciones se caracterizan por la adhesión voluntaria de sus miembros: así, uno es socio de un club deportivo, de una entidad de bien común, de un partido político, de una iglesia. En la pertenencia a grupos sociales, el factor voluntario es mucho más débil en la medida en que parte de la definición de grupo supone la heteroidentificación por parte de quienes no son miembros del grupo. Así, independientemente de que alguien participe en un movimiento de reivindicación de los derechos indígenas, es identificado y considerado en tanto indígena. Lo mismo puede decirse de otras condiciones sociales, como la de mujer, homosexual, persona con discapacidad, miembro de una minoría nacional, religiosa o lingüística, etcétera.

Estas distinciones, no exentas de dificultades teóricas, son útiles para entender el fenómeno de la discriminación: no se trata de cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho, sino sólo del menoscabo debido a la pertenencia de una o varias personas a un grupo social.

Evidentemente, la discriminación puede tener efectos individuales, pero esos efectos se relacionan con la pertenencia de la persona discriminada a un grupo social. Así, por ejemplo, si una mujer es rechazada por esa condición del ejercicio de un cargo público, además del efecto individual sobre la persona perjudicada, la discriminación afecta al grupo entero, ya que confirma el prejuicio y estereotipo no sólo para la persona afectada, sino para todo el resto de los miembros del género femenino.

A partir de este marco conceptual es más sencillo explicar la existencia de algunos “factores sospechosos”, “categorías sospechosas” o “factores prohibidos”, enumerados en cláusulas o disposiciones legales antidiscriminatorias. Puede tomarse como ejemplo el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, o el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir o Eliminar la Discriminación. En el primer caso, se prohíbe la discriminación por *origen étnico o nacional*, gé-

nero, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias y estado civil, entre otros. En el segundo, se considera discriminación toda distinción basada sobre el *origen étnico o nacional, el sexo, la edad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.*

Una forma de entender esta lista de factores es suponer que se trata de notas o rasgos que identifican grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos. Ciertamente, esta lectura es más plausible cuando el propio grupo se identifica colectivamente y existen prácticas identitarias comunes como en el caso del género, los pueblos indígenas, las minorías religiosas, lingüísticas y tal vez las nacionales, las personas con discapacidad, las personas homosexuales. Resulta más complejo extender esta visión a otros factores de la lista, tales como las *opiniones* o el *estado civil*. En estos casos, parece más fácil pensar que el constituyente o legislador identificó factores que, pese a no responder a formas de organización e identificación grupal, resultan objetivamente en estereotipos o prácticas de exclusión.

Desde el punto de vista empírico, es más factible que quien denuncie y actúe contra la discriminación sea un grupo social con lazos y formas de organización ya establecidas, que las personas que sufren de marginación pero no se autoidentifican a partir de un rasgo común. Tal vez el desafío mayor de muchos de los países de nuestra región, incluido México, sea el de diseñar mecanismos para detectar y atacar la discriminación por razones de pobreza, combinados generalmente con factores raciales que, sin embargo, no han llevado a una identificación grupal colectiva. Un ejemplo de ello es la combinación de pobreza y mestizaje racial.

Desde el punto de vista jurídico, el listado de “categorías o factores sospechosos” o “prohibidos” implica la necesidad de un control estricto del empleo de estos factores como base para hacer distinciones *de jure* o *de facto*.⁶ En el derecho constitucional comparado se han desarrollado técnicas tales como el escrutinio agravado o estricto de toda medida que

⁶ Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 102-109; Prieto Sanchis, Luis, “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades*, núm. 5, Madrid, 1997, pp. 116-117.

emplee factores o categorías sospechosas o prohibidas —lo que implica que el Estado o quien emplee la categoría para distinguir justifique por qué empleó esa categoría, y por qué era necesario acudir a ella y no a otra alternativa— o la inversión de la carga probatoria es decir, una vez identificado el empleo del factor o categoría prohibida o sospechosa, la presunción de invalidez de la medida y la necesidad de que el demandado sea quien la justifique, si pretende su pervivencia.

Una última aclaración referida a este punto se relaciona con la denominada “asimetría” de las medidas de acción positivas o afirmativas:⁷ aunque estas medidas tengan —obviamente— en consideración factores prohibidos —de otra manera no podrían operar— no se las considera discriminatorias, ya que tienen el propósito de equiparar o igualar las oportunidades de grupos sociales discriminados o postergados y que, en principio, son de carácter temporal. Esta idea es recogida por el artículo 5o. inciso I de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

IV. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA: PÚBLICO-PRIVADO

Otro de los temas cruciales relativos al alcance de la protección antidiscriminatoria se vincula con el tipo de relaciones a las que se aplicará dicha protección. En este sentido —y más allá de los problemas de “penumbra” que pueda acarrear la distinción— la legislación y las políticas públicas en la materia deben decidir entre limitar su aplicación al ámbito de las relaciones entre individuos y poderes públicos, o a extenderla también al ámbito de las relaciones entre particulares.⁸ Mientras el primero es el ámbito tradicional del control de constitucionalidad y de legalidad de la actuación estatal, el segundo implica penetrar en relaciones que, al menos en el marco de la distinción común entre Estado y mercado, que-

⁷ Véase Fiss, Owen, *op. cit.*, nota 5, pp. 137-167.

⁸ Véase en general, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado, 2000; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 6, pp. 128-129; Wolfgang Sarlet, Ingo, “Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en Wolfgang Sarlet, Ingo (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

daban libradas al principio de autonomía de la voluntad y, por ende, exentas del control de motivaciones o efectos. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se ha decidido claramente por la estrategia más amplia, incluyendo tanto las relaciones entre individuo y Estado, como las relaciones entre particulares. Claros ejemplos de esto se encuentran en la enumeración del artículo 9o. de la Ley, ver así, entre otros, los incisos I (referido explícitamente a la educación privada), XXII (referido a instituciones privadas que presten servicios al público), XV, XXIII, XXVII y XXVIII (referidos a conductas que pueden ser llevadas a cabo tanto por servidores públicos como por particulares).

Esta elección de la Ley Federal mexicana tiene una importante serie de implicaciones, de las que es preciso tomar conciencia para poder aplicarla adecuadamente. Por lo pronto, como se dijo, significa una limitación considerable del principio de autonomía de la voluntad: ámbitos de interacción tan importantes como la contratación laboral, la oferta de productos y servicios, la utilización de espacios de propiedad privada pero de acceso público, la prestación de servicios médicos y educativos por parte de individuos o empresas privadas, quedan sujetos a la prohibición de discriminar y, por ende, a la calificación de ilicitud de la conducta en caso de discriminación.

Por otro lado, la legislación antidiscriminatoria supone también un control estricto de la actividad de órganos y entidades gubernamentales de los tres poderes. Esto implica la sustitución de la completa identificación entre interés público e interés gubernamental, y la limitación de la deferencia en la consideración de los criterios empleados por las autoridades públicas para ejercer derechos, acceder o mantener cargos o beneficios, desempeñar tareas oficiales, contratar o tercerizar servicios, etcétera.

V. MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS Y GARANTÍAS

Otro aspecto importante para considerar el alcance de la legislación antidiscriminatoria está relacionada con el tipo de mecanismos, dispositivos y medidas que incorpora, y con la existencia de garantías para el caso de incumplimiento de las obligaciones que la Ley establece por parte de los sujetos obligados.⁹ En este sentido, no basta con establecer una

⁹ Véase Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 37-72 y "Garantías", *Jueces para la Democracia*, núm. 38, Madrid, julio 2000, pp. 39-46.

prohibición genérica de discriminar muchos de los términos empleados por estas prohibiciones son a su vez susceptibles de interpretación: por ejemplo, la razonabilidad o justificabilidad de una distinción, o la determinación de que “tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de la personas”, que “tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”, o que “atente contra la dignidad humana”. Por ello, para que una ley o una política pública en materia de prevención y eliminación de la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades sea efectiva, es necesario al menos abordar específicamente las siguientes cuestiones:

- a) Afinar los criterios para determinar cuándo un acto u omisión es discriminatorio. Para ello es útil, por ejemplo, la identificación de casos paradigmáticos, y la especificación de los criterios de justificabilidad —y por ende, también de los de no justificabilidad— de las distinciones y diferenciaciones adoptadas por autoridades públicas y por particulares. Este nivel de incidencia ayuda a definir los alcances de la prohibición de discriminación.
- b) Diseñar acciones, medidas y dispositivos para prevenir y combatir la discriminación y promover la igualdad de oportunidades. Esto implica la identificación de ámbitos y prácticas discriminatorias y de obstáculos para la igualdad de oportunidades, y la definición de facultades de autoridades públicas, obligaciones de los particulares y creación de incentivos legales o económicos para evitar o minimizar las posibilidades de discriminación, permitir a quienes la sufren denunciarla y atacarla, y crear las condiciones para concretar la igualdad de oportunidades. Estas acciones, medidas y dispositivos requieren un análisis contextualizado de ámbitos tales como el empleo, la educación, el acceso a espacios públicos, la prestación de servicios de salud, el acceso a la justicia, etcétera, y la disposición de los recursos correspondientes para hacerlas efectivas.
- c) El establecimiento de garantías —es decir, de acciones y recursos— para que, en caso de infracción de las prohibiciones o incumplimiento de las obligaciones por parte de las autoridades públicas o de los particulares responsables, el damnificado o el grupo social del que es parte pueda presentar una queja, ser escuchado por una autoridad imparcial, hacer uso de un mecanismo de solución de controversias y, en su caso, lograr que el acto u omisión discrimi-

natoria cese, que su responsable sea sancionado, que la ofensa sea reparada y que se adopten medidas para impedir que el acto u omisión discriminatorio se repitan. Aunque los mecanismos de garantía pueden adoptar formas distintas, tal vez la forma arquetípica sea la posibilidad de presentar una denuncia o entablar una demanda ante un tribunal de justicia. Puede mencionarse como ejemplos de estas garantías de carácter jurisdiccional las acciones de amparo, las acciones de indemnización por daños y perjuicios, la aplicación de sanciones penales y administrativas a funcionarios o a particulares responsables, las acciones de inconstitucionalidad, etcétera.

Dicho esto, aplicaré brevemente estas nociones para comentar la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Con respecto al punto a), es decir, los criterios de determinación sobre la existencia de discriminación, cabe formular dos comentarios. En primer lugar, la Ley cumple adecuadamente con este paso, tipificando una serie de supuestos que constituyen actos y omisiones discriminatorias en su artículo 9o. Este aspecto permite al intérprete identificar actos y omisiones discriminatorios, e inferir criterios para aplicarlos por analogía a otros casos no expresamente tipificados. Por otro lado, y en un sentido opuesto, el artículo 5o. ha establecido algunos supuestos de exclusión de la discriminación que son sumamente discutibles, y que parecen ofrecer especialmente al Estado espacios de discrecionalidad para establecer distinciones sobre fundamentos dudosos. Así, por ejemplo, los incisos III (establecimiento de distinciones por instituciones públicas de seguridad social), IV (establecimiento de límites por razones de edad en el ámbito educativo), V (establecimiento de requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales), VI (distinciones “en beneficio” de una persona que padezca alguna enfermedad mental) y VII (distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos) son excesivamente genéricos y pueden encubrir supuestos de discriminación intolerable. En igual sentido, la cláusula abierta del inciso VIII (“en general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana”) se encuentra en tensión con la definición del artículo 4o., que habla no de *propósitos* discriminatorios, sino de *efectos* discriminatorios.

Queda, aún, un problema de cierta envergadura, que es el relativo a las discriminaciones normativas consagradas por leyes. Dadas las tendencias autoritarias, la ausencia de una práctica extendida de controles entre poderes y la inexistencia de una tradición interpretativa antidiscriminatoria,¹⁰ no es raro encontrar en la legislación vigente en México ejemplos de discriminación injustificable, basada sobre estereotipos y factores prohibidos.

Cuatro ejemplos bastarán como muestra: la denominada Ley General de Población establece un procedimiento, librado a la discrecionalidad administrativa, que permite a la autoridad migratoria detener por tiempo indeterminado, sin control judicial alguno y sin el mínimo respeto al debido proceso legal, a los extranjeros de los que se sospeche están en situación de irregularidad en su situación migratoria (véase artículo 152 de la Ley General de Población). Tal afectación por parte de una autoridad administrativa a la libertad ambulatoria o al debido proceso de los mexicanos sería inaceptable: se trata de un evidente caso de discriminación basada sobre el origen nacional.

En el Código Civil Federal, y en los de numerosas entidades federativas que lo reproducen textualmente o con ligeras modificaciones, se prohíbe a la mujer contraer nuevo matrimonio hasta pasados trescientos días de la disolución del anterior.¹¹ La prohibición, claro está, no rige para los varones. Se trata de un claro supuesto de discriminación basada sobre el género.

¹⁰ Véase en este sentido, Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998 y *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.

¹¹ Véase, Código Civil Federal, artículo 158; Código Civil de Chiapas, artículo 155 (aunque dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen pericial que no está embarazada); Código Civil de Coahuila, artículo 264; Código Civil de Durango, artículo 153; Código Civil de Jalisco, artículo 270 (también dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Morelos, artículo 129; Código Civil de Nuevo León, artículo 158 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dos médicos que no está embarazada); Código Civil de Puebla, artículo 310 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Querétaro, artículo 150; Código Civil de Quintana Roo, artículo 702 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Sinaloa, artículo 158; Código Civil de Tlaxcala, artículo 161 (la prohibición es de ciento ochenta días), entre muchos otros. La norma fue derogada en algunas entidades, como Oaxaca y el Distrito Federal.

También en el Código Civil Federal, y en el de gran parte de las entidades federativas, se establece como impedimento para celebrar matrimonio el padecer de enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.¹² Así —a partir de nociones sustentadas en el perfeccionismo biológico— se prohíbe injustificadamente contraer matrimonio a personas contagiadas de enfermedades tales como la tuberculosis, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o la sífilis, sin que importe el conocimiento y de la voluntad de su pareja. En sentido semejante, el artículo 226 de Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), establece en sus categorías 81, 82 y 83 que el contagio del virus VIH-SIDA da lugar al “retiro por inutilidad” de la institución castrense. Se trata de dos casos obvios de discriminación basada sobre la condición de salud de la persona, también prohibida por el artículo 1o. *in fine* de la Constitución.

Los ejemplos provenientes de una serie de leyes que establecen requisitos de salud, nacionalidad, edad y otros factores prohibidos para acceder o permanecer en un cargo, ejercer un derecho u obtener un beneficio podrían multiplicarse.

Sin embargo, pese a la claridad de casos de discriminación como los reseñados, la situación legal presenta en México aristas complejas. En primer lugar, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación tiene la misma jerarquía normativa que las leyes que incluyen disposiciones discriminatorias. Podría sostenerse la aplicación del criterio de preferencia temporal, postulando que la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación ha derogado implícitamente toda disposición discriminatoria incluida en leyes vigentes sancionadas con anterioridad. Esta tesis se enfrenta con dos dificultades: ante la falta de derogación expresa de disposiciones anteriores, la derogación implícita requerirá casi seguramente una declaración judicial caso a caso. La falta de tradición judicial

¹² Véase Código Civil Federal, artículo 156 numeral VIII; Código Civil de Chiapas, artículo 153.VIII; Código Civil de Coahuila, artículo 164; Código Civil de Durango, artículo 151.VIII; Código Civil de Jalisco, artículo 268.VII; Código Civil de Morelos, artículo 127.X; Código Civil de Nuevo León, artículo 156.VIII; Código Civil de Oaxaca, artículo 156.VIII; Código Civil de Puebla, artículo 299.VIII; Código Civil de Querétaro, artículo 148.VIII; Código Civil de Quintana Roo, artículo 700.X; Código Civil de Sinaloa, artículo 156.VIII; Código Civil de Tabasco, artículo 160.XI, entre muchos otros. En Coahuila se legisló expresamente para aclarar que constituye impedimento para celebrar matrimonio padecer del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Código Civil de Coahuila, artículo 262.X).

en la materia, y la falta de derogación expresa permiten albergar dudas sobre la efectividad de esta estrategia. En segundo término, la amplitud de las excepciones establecidas en el artículo 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación parece aportar elementos a favor del mantenimiento de las disposiciones discriminatorias. La excesiva amplitud de términos tales como los del inciso V (que no considera discriminatorias a las conductas “que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales”) requerirán, a efectos de restringir su aplicación, de un esfuerzo argumentativo que contrasta con la habitual deferencia de los tribunales de justicia mexicanos con las decisiones de los poderes políticos en especial cuando estas encuentran algún sustento aparente en el texto de una ley.

Queda abierta, sin embargo, una segunda estrategia, consistente en la invocación directa del párrafo último del artículo 1o. de la Constitución para tachar de inconstitucionales las disposiciones legales que establezcan discriminaciones injustas, basadas sobre los factores prohibidos enumerados en ese párrafo. La discusión se centrará en la demostración de que la diferenciación efectuada sobre la base de un factor prohibido atenta “contra la dignidad humana” y tiene “por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades”. Esta estrategia tampoco está libre de riesgos, en la medida en que los tribunales se muestren deferentes frente a las decisiones de los poderes políticos, o exijan una carga argumentativa alta para demostrar que una disposición atenta contra la dignidad humana y tiene por objeto anular o menoscabar derechos y libertades. La palabra final al respecto está en manos de los jueces.

Con respecto al punto b), es decir, al establecimiento de acciones, mecanismos y dispositivos para prevenir y atacar la discriminación, y promover la igualdad de oportunidades, la Ley ofrece en sus artículos 10 a 15 un buen punto de partida, identificando ejemplos de medidas a favor de las mujeres, de las niñas y niños, de las personas mayores adultas, de las personas con discapacidad y de los miembros de la población indígena. Es necesario entender, sin embargo, que se trata sólo de eso: de un punto de partida. La lista no es taxativa o exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa. Esto significa que brinda un abanico de posibilidades, pero no las agota, de modo que corresponde al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y a las respectivas autoridades, en la medida de sus competencias, la puesta en marcha de las medidas enunciadas por

estas disposiciones, y el diseño de nuevas medidas adecuadas para los ámbitos en los que se detecten desigualdades de oportunidades y accesos desiguales a bienes sociales.

Cabe acotar que pocas de las medidas citadas en estos artículos son técnicamente medidas de acción afirmativa o positiva: las medidas de acción afirmativa o positiva son dispositivos de carácter temporal, destinados a superar una situación de desigualdad material, a atacar estereotipos y a acelerar la equiparación de oportunidades de grupos sociales desaventajados.¹³ Parte de las medidas a las que se refieren los artículos 10, al 15 no son medidas de este tipo, sino simplemente el establecimiento de acciones destinadas a garantizar derechos universales, o bien derechos especiales o grupales que son una manifestación del respeto a la diversidad y diferencia. Ninguno de estos derechos es de carácter temporal, de modo que las medidas para asegurarlos deben ser permanentes. Así, por ejemplo, las medidas destinadas a asegurar el derecho de las mujeres a obtener información sobre salud reproductiva, a decidir sobre el número y espaciamento de sus hijas e hijos y a una correlativa cobertura de salud y de seguridad social, o a servicios de guardería para sus hijos, o (artículo 10, incisos. II, III y IV), el derecho de los niños a la existencia de medidas para combatir la mortalidad y desnutrición infantiles (artículo 11 inciso I), el derecho de las personas adultas mayores de acceder a los servicios de atención médica y de seguridad social (artículo 12 inciso I), el derecho de las personas con discapacidad a un entorno que permita su libre acceso y desplazamiento (artículo 13 inciso I), o el derecho de los miembros de la población indígena a ser asistidos por medio de intérpretes en cualquier proceso legal (artículo 14 inciso VII), etcétera.

La Ley, sin embargo, ha sido tibia en la ejemplificación de mecanismos que sí constituyen medidas de acción positiva, como las cuotas o

¹³ Véase al respecto, Barrère Unzueta, María Ángeles, *op. cit.*, nota 1, pp. 44-104; “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, *op. cit.*, nota 1, pp. 145-166 y “Igualdad y ‘discriminación positiva’: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, en García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela (coords), *Género y derechos humanos*, Zaragoza, Mira Editores, 2002, pp. 15-34; García, José Añón, “Derechos sociales e igualdad”, en Abramovich, Víctor, *et. al.* (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 79-102; Jiménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 57-85.

cupos laborales, educativos o electorales, la previsión de incentivos legales o económicos para que los particulares empleen a personas pertenecientes a grupos vulnerables, las medidas de preferencia a miembros de grupos vulnerables en cargos públicos o para el otorgamiento de becas, subsidios o concesiones públicas, etcétera. Esto no empecó la posibilidad de adoptarlas —dado el carácter meramente ejemplificativo de las enumeraciones de los artículos mencionados.

En todo caso, el lenguaje referido a “medidas positivas y compensatorias” constituye un reconocimiento legal de la existencia de casos de discriminación estructural o sistémica, que la ley identifica en grupos sociales concretos: mujeres, niñas y niños, adultos mayores, personas con discapacidad y miembros de poblaciones indígenas.

Por último, cabe decir sobre este punto que uno de los mecanismos adoptados por la Ley es la creación de un organismo administrativo descentralizado, el Consejo para Prevenir la Discriminación. Más allá del alcance de las funciones que la Ley le asigna —de carácter más recomendatorio que coactivo— es menester señalar la importancia de contar con una agencia estatal específicamente dedicada al tema. Dada esa especialización, es muy probable que la puesta en marcha de las posibilidades que abre la Ley dependa en gran medida del trabajo que realice el Consejo.

En cuanto al punto c), es decir, el establecimiento de garantías para el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos responsables, la Ley presenta su aspecto más frustrante: sólo se diseña la posibilidad de presentación de quejas ante el Consejo, que conduce a un procedimiento de conciliación de carácter voluntario. Es decir, si el sujeto responsable de la discriminación no accede a conciliar, el Consejo no tiene ninguna otra facultad de proceder, imponer sanciones o requerir satisfacción o reparaciones.

Esto no quita, sin embargo, la posibilidad de imaginar acciones judiciales, al menos sobre la base de la tipificación de actos u omisiones ilícitos que hace el artículo 9o. de la Ley. Sin embargo, la Ley no menciona ni prevé expresamente estas acciones judiciales, de modo que su desarrollo depende en gran medida del empleo que le den a la Ley los actores de la sociedad civil y los representantes de grupos que sufren de discriminación, y de la respuesta judicial que este empleo genere.

VI. LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS Y DEL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA LEY

De la estructura de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación quedan claros varios objetivos de política pública: definir más claramente la discriminación, prevenirla y eliminarla, promover la igualdad de oportunidades, en especial de grupos desaventajados o estructuralmente discriminados. Fijados estos objetivos, la Ley dispone, como vimos, de un catálogo abierto de medios o instrumentos para llevar a cabo esos fines.

Es posible entonces entender que esos medios o instrumentos —en especial, las medidas mencionadas en los artículos 10 al 15 de la Ley— constituyen herramientas tentativas para el logro de los objetivos de política pública adoptados. Para evaluar el logro de esos objetivos, y la necesidad de reforzar, modificar o rediseñar las medidas correspondientes, es necesaria la previsión de mecanismos de monitoreo de los efectos y del cumplimiento de la Ley. Estos mecanismos requieren la elaboración de indicadores, que permitan medir o estimar puntos de partida y resultados tomando en consideración lapsos temporales adecuados. Tales mecanismos de monitoreo pueden considerar variables diversas dependiendo de los énfasis que se quieran colocar. Algunas variables, de más fácil manejo, son las vinculadas con el número de quejas recibidas por el Consejo, y su desglose por ámbito y por resultado. Esto, sin embargo, da una idea del funcionamiento del sistema de quejas, pero no mide necesariamente —aunque pueda funcionar como un indicador del fenómeno de la discriminación: muchos factores podrían explicar la brecha entre número y tipo de quejas recibidas e incidencia de prácticas discriminatorias— entre ellos, la falta de percepción de la discriminación por los propios discriminados, la falta de difusión de la normativa y del mecanismo de queja que ella prevé, la falta de acceso a servicios de asesoramiento legal, la desconfianza frente a los organismos estatales, etcétera.

Por ello, también son necesarios los intentos de elaboración de indicadores que intenten medir, por un lado, los factores de discriminación en ámbitos diversos —a efectos de prever medidas para prevenirla y combatirla—, y por otro los efectos de la adopción de las medidas adoptadas —por ejemplo, de las medidas adoptadas de acuerdo con los artículos 10 a 15 de la Ley, o de acuerdo con las propuestas y sugerencias del Consejo. Entre estas variables pueden pensarse, por ejemplo, la representación

y el acceso de grupos desaventajados a bienes sociales tales como la educación, la representación política, los servicios de salud o el empleo—en especial el empleo formal y, dentro de él, el calificado.

Un último comentario se refiere a una condición casi imprescindible para que los mecanismos de evaluación o monitoreo puedan, a su vez, funcionar correctamente: se trata de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso y, en especial, de aquellas organizaciones que representan a grupos que sufren de discriminación estructural. Sin esa participación, y sin la propia perspectiva de los representantes de grupos que sufren de discriminación, se corre el riesgo de equivocar el rumbo de las medidas a adoptar y de repetir los esquemas paternalistas y unilaterales típicos de muchos de nuestros Estados burocrático-corporativos.

VII. UN PASO EN FALSO: UNA MUESTRA DE LA DEBILIDAD DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO

Para culminar, quisiera comentar brevemente una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia ante un planteo de discriminación normativa de una ley federal.¹⁴ El caso, resuelto negativamente para los actores, ilustra las dificultades de aplicación de normas antidiscriminatorias cuando el juzgador no ha desarrollado un arsenal conceptual adecuado para analizar la cuestión.

Se trata de una acción de amparo en la que los actores —un ciudadano mexicano y una ciudadana extranjera que pretenden casarse— impugnan la validez constitucional del artículo 68 de la Ley General de Población, que establece que para poder casarse mexicanos con extranjeros, se exige “autorización de la Secretaría de Gobernación”. Esa autorización no está sujeta a plazo ni a criterio alguno. Los impugnantes consideran que esa norma es violatoria del principio de igualdad establecido en el artículo 1o. de la Constitución mexicana, y que se trata de un caso de discriminación motivado por origen nacional que menoscaba los derechos y libertades de las personas.

El voto de la mayoría de la Corte ignora derechamente la aplicación del último párrafo del artículo 1o. de la Constitución —referido, como

¹⁴ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 543/2003. Quejosos: José Luis Quiroz Mateos y coagraviada, sentencia del 20 de abril de 2004.

he comentado antes, a la prohibición de discriminación motivada por, entre otros factores, origen nacional— y centra su análisis de la cuestión en el alcance del principio de igualdad. El voto no es precisamente un alarde de claridad al respecto. De acuerdo con la mayoría de la Corte:

El principio de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico mexicano, que sirve de criterio básico para la producción normativa a cargo del legislador y de la posterior interpretación y aplicación de las disposiciones legales, para que con base en dicho principio, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho, deben ser tratados de la misma manera, lo que a su vez implica que quienes se encuentren en una situación jurídica distinta, no pueden ser tratados de igual modo.

Como puede verse, en lugar de limitar al legislador, el principio de igualdad parece ser entendido *prima facie* como autorización para que el legislador distinga. Del párrafo citado surge la confusión, repetida en todo el voto, entre *desigualdad de hecho* y *desigualdad jurídica*: la aplicación de alguna lógica oscura parece derivar necesariamente, de la obligación de tratar igual a particulares que se encuentren en la misma situación de hecho, una obligación de tratar de modo distinto a quienes se encuentren en *situación jurídica distinta*. No parece necesario aclarar que una *situación jurídica distinta* se debe a una distinción introducida por una norma jurídica, no a un estado “natural” de cosas. Desde este párrafo en adelante, y a partir de un tratamiento formal y vacío del principio de igualdad, la Corte elude la cuestión central, que es la de la *relevancia* de la desigualdad de hecho a fin de establecer distinciones jurídicas.

La Corte continúa con estos dos párrafos sorprendentes:

Por lo tanto, debe entenderse que el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, pero ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución Federal protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, al mismo tiempo está reconociendo la existencia de desigualdades económicas, materiales o de otra índole, que conducen a aceptar que no puede ser absoluta e ilimitada.

En este orden de ideas, sería contraria al propio principio de igualdad, la norma que, expedida por el legislador para ser aplicada a situaciones

de desigualdad entre distintos sujetos, produzca en su aplicación un trato igualitario, pues eso generaría mayor desigualdad que la que se busca eliminar.

El primer párrafo citado repite la confusión entre desigualdad de hecho y desigualdad jurídica: del “descubrimiento” de que la Constitución tiene en consideración la desigualdad de hecho de los individuos parece desprenderse que la igualdad jurídica entre los individuos no puede ser “absoluta e ilimitada”. La cuestión a responder, claro, es en qué aspectos, pese a la desigualdad de hecho, *no* pueden introducirse desigualdades jurídicas.

Pero el próximo párrafo lleva la confusión a límites insospechados: parece afirmar que la existencia de trato normativo igualitario en situaciones de desigualdad fáctica ¡constituye necesariamente una violación al principio de igualdad! De modo que, en situaciones de desigualdad de hecho, el legislador debería *necesariamente* distinguir *de jure*. La aplicación de esta idea llevaría a consecuencias disparatadas. Por ejemplo —de acuerdo con esta singular idea— si los varones y las mujeres son desiguales en los hechos, y una norma prohíbe torturar a los hombres, la consecuencia de semejante razonamiento es que el legislador debería tratar distinto a las mujeres, es decir, permitir u obligar a que se las torturara. La idea es palmariamente absurda: la cuestión central a debatir en el análisis relativo a la permisibilidad o necesidad de distinciones jurídicas —es decir, de establecimiento normativo de tratos diferentes— es el de la *relevancia* de las desigualdades de hecho en relación con las *razones o justificaciones* para establecer distinciones jurídicas. Cientos de factores a partir de los cuales existen desigualdades de hecho —por ejemplo, el sexo, el color de piel, el peso, el tamaño de los pies, el color de ojos, la posición socioeconómica, la lengua materna, el largo del pelo, etcétera— son absolutamente irrelevantes frente a la norma que prohíbe la tortura, o a la que prohíbe ser detenido arbitrariamente, o a la que permite profesar la religión que uno desee. Dada esa irrelevancia, cualquier distinción normativa en este campo es injustificada y está prohibida. En otros casos, las desigualdades de hecho son relevantes a la luz del principio u objetivo que se pretende alcanzar: en esos casos, las distinciones normativas son permisibles. Así, por ejemplo, para fijar alcúotas de un impuesto, la condición socioeconómica de las personas resulta una categoría de crucial relevancia: distinguir jurídicamente entre personas de diferente ingreso a efecto del pago de impuestos es obviamente permisible.

Pese a lo dicho en el párrafo anteriormente glosado, esta idea parece desprenderse de los próximos dos párrafos de la sentencia:

Esto es, el principio de igualdad, como valor constitucional superior, no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que por las razones indicadas, debe entenderse que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación razonable y objetiva.

Por lo tanto, debe concluirse que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas.

Aunque confundiendo nuevamente igualdad de hecho con igualdad de trato normativo, estos párrafos parecen sugerir que el principio de igualdad no exige siempre igualdad de trato, sino que permite establecer normativamente tratos diferentes en la medida en que las diferencias introducidas estén justificadas “razonable y objetivamente”. Sin embargo, como veremos, la Corte —lejos de analizar la “razonabilidad”, “objetividad”, “artificiosidad” o “justificación” de la distinción— se limita a convalidarla por el simple hecho de que fue adoptada por el legislador.

En efecto, después de desplegar estas ideas, y de repetirlas varias veces, su aplicación concreta a la distinción normativa establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población —que subordina la posibilidad de contraer matrimonio entre mexicanos y no mexicanos a la exigencia de requerir autorización previa de la Secretaría de Gobernación, distinguiendo así entre contrayentes nacionales y no nacionales y sometiendo a estos a un trato más gravoso— es la siguiente:

Aunque es cierto que el artículo reclamado introduce un trato diferenciado para los extranjeros, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicas desiguales de hecho, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento; es decir, si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se

le trate como tal. Lo anterior es así pues si se colocara en pie de absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 no tendría razón de ser, de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población, no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.

Por lo tanto si el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, lo cual no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, pues la propia garantía de igualdad implica que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un diferente tratamiento, por ello es lógico que la norma establezca un acceso diferente a tales derechos cuando los particulares se encuentran en situaciones jurídicas distintas.

De ahí que si la calidad de extranjero es jurídicamente distinta a la de mexicano, situación que la propia Constitución Federal reconoce, ello deriva en que el mexicano y el extranjero que pretenden celebrar el acto jurídico del matrimonio, se encuentren en diversa situación de hecho, de la que se encuentran los mexicanos para los mismos efectos, y por tanto el trato diferenciado está apegado al texto fundamental.

Como lo he apuntado antes, semejante razonamiento vacío, referido a cualquier derecho establecido en el título primero de la Constitución, supondría la posibilidad —o la necesidad, sobre esto no se pone demasiado de acuerdo el texto de la sentencia— de distinguir en todo caso en el tratamiento jurídico de mexicanos y extranjeros. Así, por ejemplo, como está prohibido torturar a los mexicanos, o molestarlos en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, y los extranjeros son distintos de los mexicanos, entonces el legislador podría autorizar para éstos la tortura, o la molestia en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin orden legítima de autoridad competente.

Pero ¿cuál es la justificación “razonable y objetiva” para hacer la distinción? De acuerdo con la sentencia, la distinción es justificable porque el mismo constituyente distingue entre mexicanos y extranjeros. La sentencia cree encontrar razones para la distinción normativa introducida por la Ley en el siguiente artículo constitucional:

Artículo 33. 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.

De acuerdo con el razonamiento desarrollado por la mayoría, como la propia Constitución reconoce la diferencia entre mexicanos y extranjeros, y establece distinciones normativas a partir de esa diferencia, el legislador puede hacer lo mismo cuando lo juzgue conveniente. Pero esta lectura del artículo 33 de la Constitución mexicana es absurda, ya que no logra distinguir entre la regla establecida por la norma, y sus excepciones. La regla que establece la norma es que los extranjeros *tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero* de la Constitución, es decir, la Constitución establece expresamente que, en cuanto a los derechos del capítulo I, título primero de la Constitución, el carácter de extranjero o mexicano es irrelevante, y por ende el legislador no puede establecer diferencias de trato. A esta conclusión se llega además por vía de una lectura sistemática del artículo 33 puesto en relación con el artículo 1o. de la Constitución en especial del último párrafo de ese artículo, que establece que está prohibido establecer distinciones que discriminen sobre la base del origen nacional y anulen o menoscaben los derechos y libertades de las personas. Parece obvio que el establecimiento del requisito de pedir permiso a la Secretaría de Gobernación para casarse cuando uno de los contrayentes es extranjero significa un menoscabo de la libertad de casarse establecida sobre la base de su origen nacional.¹⁵

¹⁵ Llamativamente, el derecho a casarse no está explícitamente reconocido como derecho en la Constitución mexicana. El voto de la minoría infiere ese derecho del párrafo primer del artículo 4o. constitucional, que dispone que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”. En el mismo sentido, varios pactos internacionales ratificados por México reconocen en el elenco de derechos humanos al derecho a casarse (véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2). De todos modos, el último párrafo del artículo 1o. constitucional no se refiere únicamente a los derechos establecidos en la Constitución, sino en general a los derechos y libertades de las personas, es decir, incluye a los derechos y libertades creados por normas legislativas. Como vimos, el artículo 33 garantiza la igualdad de trato de los extranjeros en los derechos fundamentales establecidos por el capítulo I, título primero de la Constitución, y esto incluye al artículo 1o.

Además de la regla que prescribe la igualdad de trato entre mexicanos y extranjeros en lo referido a los derechos del capítulo I, título primero de la Constitución, el artículo 33 establece dos excepciones, que —por imponer limitaciones a los derechos constitucionales— deberían haber sido leídas de manera restrictiva. Las dos excepciones —cuyo carácter anacrónico, vale subrayarlo, es por demás visible, y que difícilmente pasarían el escrutinio de los estándares internacionales de derechos humanos— son la limitación de los derechos a permanecer en el país y al debido proceso si el presidente de la Nación juzga que la permanencia del extranjero es inconveniente y decide expulsarlo, y la limitación al derecho a participar en los asuntos internos del país.¹⁶

La interpretación de la Corte contradice todo canon razonable de hermenéutica: en lugar de identificar la regla y delimitar las excepciones entre las cuales, valga subrayarlo, *no* se encuentra la del derecho a casarse —infiere un principio de las excepciones, y lo convierte en una nueva regla— que, de paso, destroza el contenido de la regla expresamente establecida en la disposición. Así, en la lectura de la Corte, se ignora la prescripción de trato igual entre extranjeros y mexicanos de la primera parte de la segunda oración del artículo, y se emplea la excepción como forma de justificación de las distinciones que efectúe el legislador en relación con los extranjeros. Sobre esta base, el legislador podría establecer distinciones de trato ante todo derecho incluido en la primera parte de la Constitución sobre la base del origen nacional.

Al confundir regla y excepción, y desvirtuar así completamente el sentido del artículo 33, la Corte extrae de su lectura conclusiones insostenibles: en lugar de emplear la prescripción general de trato igual entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales como parámetro para invalidar la normativa inferior que establezca diferencias, saca de contexto las excepciones, y utiliza su existencia como fundamento para justificar cualquier trato desigual establecido entre nacionales y extranjeros. Con ese razonamiento, claro, las diferencias de trato no tendrían limitación alguna.

Por último, la Corte evita inexplicablemente mencionar, aplicar o asignar algún contenido al último párrafo del artículo 1o. constitucional,

¹⁶ Limitación que a su vez se ve reflejada en el régimen de los artículos 8o. y 9o. constitucionales, en materia de libertad de petición y de libertad de asociación y de reunión, respectivamente, cuando tengan por objeto asuntos del país.

que —para la lectura de la mayoría— parece simplemente no existir. Ni una palabra sobre el alcance de la prohibición de discriminación, y mucho menos aún sobre el examen adecuado para considerar si una norma es o no discriminatoria. En resumen, una decisión desafortunada, justificatoria de normas heredadas del pasado autoritario y carente de un estándar que permita al menos avanzar en el análisis de casos posteriores.

La sentencia cuenta con un voto disidente firmado por cuatro jueces los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Luna Ramos. Este voto, mucho más sólido conceptualmente, permite vislumbrar alguna luz en la futura jurisprudencia de la Corte. Comentaré aquí alguna de sus principales líneas de argumentación.

Aunque la minoría sí se refiere a la prohibición de discriminación contenida en el último párrafo de artículo 1o. constitucional, identificando el origen nacional como uno de los factores de distinción prohibidos, y se acerca en su lenguaje al empleo de la noción de “categoría sospechosa”,¹⁷ en realidad lo que propone es un estándar para analizar la justificación de las distinciones legales hechas por el legislador, es decir, criterios para examinar el respeto del principio de igualdad. En cuanto a las categorías enumeradas por el último párrafo del artículo 1o. constitucional, la minoría propone un estándar más gravoso para el Estado que el establecido para el examen general acerca del respeto al principio de igualdad. Más abajo me referiré a las distintas consecuencias que acarrearía el empleo de la noción de “categoría sospechosa”, más estricta desde el punto de vista del estándar para convalidar la norma examinada. Resulta, de todos modos, importante que algunos miembros de la Corte

¹⁷ Véanse los siguientes párrafos del voto minoritario “El párrafo tercero (del artículo 1o. constitucional) no tiene por objeto establecer una excepción a la regla general que distingue las distinciones arbitrarias de aquellas que gozan de una justificación objetiva y razonable. *La enumeración constitucional de una serie de motivos tiene por objeto obligar al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de establecer distinciones legislativas basadas en una serie de categorías, obligación que descansa sin duda sobre la base de un juicio histórico y sociológico que muestra que las personas han sido frecuentemente objeto de un trato injusto o incluso denigrante por motivos relacionados con esos factores: su origen étnico, su origen nacional, su condición social, su género, etcétera*”. (considerando II); “La efectividad de la medida contemplada en el artículo 68 (de la Ley General de Población) para alcanzar los fines que teóricamente persigue es muy dudosa, en un caso en el que —por tratarse de una medida articulada en torno a un criterio de distinción sospechoso que incide en el ejercicio de derechos vitales para las personas— es necesario que la misma se evidencie como indiscutiblemente útil para alcanzar sus objetivos” (considerando V) (la bastardilla es mía).

hayan desarrollado un estándar en materia de igualdad más conducente que la fórmula vacía de “igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales”, y que establezca además criterios específicos de análisis en materia de discriminación.

En cuanto al estándar establecido para analizar la justificabilidad de una distinción de trato —es decir, la relevancia de la diferencia de hecho entre los sujetos distinguidos a la luz del objetivo de la distinción de trato— la minoría propone un tipo de *escrutinio simple*,¹⁸ o de mera racionalidad. Este escrutinio estaría compuesto por tres pasos: a) la determinación de la validez constitucional del fin de la norma que establece la distinción; b) la racionalidad o adecuación de la distinción establecida por el legislador; y c) la proporcionalidad de la medida legislativa.

A su vez, cuando el legislador recurra a una de las categorías enumeradas en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, la minoría propone un examen que requiere mayor justificación del Estado —una forma de *escrutinio intermedio*. De acuerdo con la fórmula propuesta, el examen debería revisar: a) si la norma responde no ya a una finalidad admisible, sino a un *objetivo constitucionalmente importante*; b) si la distinción trazada en la norma está directamente conectada con la consecución de esos objetivos constitucionalmente importantes— y no simplemente si se trata de una medida racional; c) si la medida es *estrictamente proporcional* en relación con los objetivos procurados es decir, el análisis de proporcionalidad es más riguroso: requiere al análisis cuidadoso del balance entre las distintas exigencias normativas en juego, y la inexistencia de alternativas menos gravosas frente a los derechos en cuestión para alcanzar el objetivo buscado.

Si la minoría que firma el voto hubiera empleado la noción de “categoría sospechosa”, el tipo de análisis hubiera sido aún más gravoso para el Estado o sea, el tipo de escrutinio denominado *escrutinio estricto*. La utilización por parte del legislador de una “categoría sospechosa” para establecer una distinción legal acarrearía —acreditada esa utilización por parte de los actores—: a) la presunción de inconstitucionalidad de la norma; b) la inversión de la carga probatoria: caída la presunción de consti-

¹⁸ Para situar esta discusión en el marco del derecho constitucional estadounidense, véanse por todos, Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, Foundation Press, 1988, pp. 1465-1553; Stone, Geoffrey, *et. al.*, *Constitutional Law*, Little, Brown and Co., Boston-Toronto-Londres, 1986, pp. 495 y ss. En castellano puede consultarse Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, nota 1, pp. 44-54.

tucionalidad de la norma, es el Estado el que debe probar en la existencia de un *mandato constitucional imperioso* que justifique la distinción realizada; c) el agravamiento del estándar de justificación: para que la norma sea convalidada, el Estado debe probar no la mera razonabilidad de la medida, sino su *estricta necesidad* es decir, la existencia de *razones imperiosas* que hayan impuesto la utilización de ese criterio de distinción y de las restricciones o limitaciones a derechos que se desprenden de su empleo, sin que fuera posible acudir a alternativas.

Haciendo empleo entonces de un tipo de escrutinio intermedio, la minoría analiza la distinción y restricción establecida en el artículo 68 de la Ley General de Población. De acuerdo con su análisis, el objetivo de la norma¹⁹ es constitucionalmente importante. Sin embargo, la necesidad de autorización de la Secretaría de Gobernación para que contraigan matrimonio nacionales con extranjeros no superaría los pasos b) y c) del análisis propuesto.

Con respecto al paso b) —es decir, la conexión directa de la medida con los fines constitucionalmente importantes— los ministros que forman la minoría sostienen que la exigencia de autorización no es un medio idóneo ni eficaz para evitar que obtengan la nacionalidad mexicana personas que no desean sumarse al esfuerzo por el desarrollo y a las experiencias de los ciudadanos del país. Esto, porque el matrimonio de un extranjero con un nacional no es condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana. En efecto, para adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización no es necesario estar casado con un nacional mexicano y, además, casarse con un nacional mexicano no garantiza la concesión de la nacionalidad mexicana.

Con respecto al paso c), la minoría sostiene que se trata de una medida desproporcionada, en tanto impone un sacrificio excesivo e innecesario al derecho a casarse, irrelevante en relación con los objetivos de la Ley. En este sentido, los magistrados que participan del voto señalan que muchos extranjeros se casan con mexicanos pero no solicitan la nacionali-

¹⁹ Que sería, de acuerdo con la lectura de la Ley General de Población que hace la minoría de la Corte, “controlar que los extranjeros admitidos a la vida nacional deseen sumarse al esfuerzo por el desarrollo del país y compartir experiencias y propósitos con los mexicanos” o, visto en términos negativos, impedir que extranjeros de mala voluntad o no movidos por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y por el deseo de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana utilizando para ello el matrimonio con un nacional como medio.

dad mexicana, ya que pueden residir legalmente en el país sin necesidad de naturalizarse. En términos de la tradición constitucional estadounidense, se trataría de una medida *sobreinclusiva* —es decir, una medida que sacrifica innecesariamente los derechos de una clase mayor que aquella necesaria para proteger el bien que se pretende tutelar. Amén de ello, la minoría apunta que la medida es desproporcionada porque existen alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales capaces de lograr los fines previstos por la Ley. Así, por ejemplo, señala que el objetivo quedaría cubierto simplemente con el trámite específico establecido por la intervención de la Secretaría de Gobernación una vez solicitada la naturalización— y que, por ende, es innecesario someter a los extranjeros que se casen con mexicanos a la necesidad de un doble control por motivos meramente preventivos.

En resumen, por las razones apuntadas, la minoría considera que el requisito del artículo 68 de la Ley General de Población es inconstitucional, y propugna amparar a los actores.

Como puede verse, los distintos tipos de examen de constitucionalidad propuestos por la minoría son mucho más adecuados para dar sentido al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, que la fórmula hueca empleada por la mayoría de la Corte. Quisiera, sin embargo, deslizar algunos apuntes críticos al respecto, que permitirían afinar aun más el tipo de examen que requiere el análisis de medidas tachadas de discriminatorias.

Como he dicho, el empleo cabal de la noción de “categoría sospechosa”, al menos en la medida en la que la ha desarrollado la jurisprudencia antidiscriminatoria estadounidense, impone una forma de escrutinio más gravosa aun que la propuesta por la minoría.

Me interesa, sin embargo, señalar un aspecto que atraviesa el análisis de las tres formas de escrutinio mencionadas —el escrutinio simple, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto— y que se vincula además con criterios procedimentales en especial, el relativo a la carga probatoria.

Se trata del problema de los *finés u objetivos* de la norma que establece distinciones, que vertebran el análisis de todos los tipos de escrutinio: permisibilidad o mera autorización constitucional en el caso de escrutinio simple, importancia constitucional en el caso de escrutinio intermedio, imperiosidad o exigencia constitucional en el caso de escrutinio estricto.

Mi preocupación viene dada por la asignación de la carga de identificar el fin de la norma primero, y de demostrar su aceptabilidad, impor-

tancia o imperiosidad constitucional, según el tipo de escrutinio de que se trate. En un procedimiento judicial en el que se pone en tela de juicio la constitucionalidad de una norma, correspondería esa doble carga le correspondería al Estado. De la lectura de los votos de mayoría y de minoría, sin embargo, no surge ningún argumento aportado por el Estado destinado a identificar el fin de la norma, y mucho menos su permisibilidad o importancia constitucional. En el voto de la minoría son los propios ministros los que, supliendo la mala o inexistente argumentación de la parte encargada de defender la vigencia de la norma —es decir, la representación estatal— reconstruyen el supuesto fin de la medida, a la luz de la norma en la que está inserta. Creo que aquí existe una excesiva deferencia judicial con el Estado, en la medida en que los jueces no se han limitado a escuchar las justificaciones presentadas por las partes, sino que han suplido la carga argumentativa de una de ellas, elaborando argumentos no sólo para sostener la importancia constitucional de los fines de la norma impugnada, sino llanamente para identificar esos fines.

La tarea de identificación de los fines de una disposición, claro está, puede verse facilitada por la remisión a la exposición de motivos de la norma, o al debate parlamentario respectivo. Este método resulta, sin embargo, insuficiente en una infinidad de casos en los que la exposición de motivos o el debate parlamentario no existen, son oscuros, contradictorios o excesivamente genéricos. En estos casos, el esfuerzo argumentativo debe correr por cuenta del Estado, y la incapacidad de identificar un objetivo plausible o defendible debe traducirse en la invalidación de la norma.

En el caso que nos ocupa, el Estado no sólo no ha cumplido con esa carga, sino que ha llevado a la minoría a una elaboración destinada a suplir esa carga que, por lo demás, no resulta demasiado convincente. Como dije antes, de acuerdo con la línea sostenida por la minoría, el objetivo de la disposición impugnada es *impedir que extranjeros sin voluntad de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y por el deseo de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana utilizando para ello el matrimonio con un nacional como medio*. No hace falta mayor análisis para señalar que una formulación de semejante vaguedad no cumple con requisitos conceptuales mínimos como para constituirse en finalidad de una disposición que tiene por efecto restringir derechos fundamentales. La paradoja del empleo de semejante criterio es que esas “razones” (?) se utilizarían para justificar la restricción del derecho de una extranjera que quiere

casarse con un mexicano, es decir, con alguien que declaradamente —por virtud de la propia definición de matrimonio— pretende compartir “experiencias, instituciones y propósitos” con un mexicano...

Aun más difícil es sostener que semejante “objeto” vaporoso reviste “importancia constitucional”. Ante la orfandad o ausencia de argumentación por parte del gobierno, los ministros de la minoría asumen la infausta tarea de valorar el fin asignado a la norma a la luz de las facultades constitucionales del Estado en materia extranjería. Para ello, repasan todas las normas en las que la Constitución hace alguna mención de la distinción entre nacionales y extranjeros, y a las facultades relacionadas con el régimen migratorio artículos 8o., 9o., 11., 32, 33, y 35 constitucionales. Contrariamente a lo sostenido por los magistrados que forman la minoría, creo que de este conjunto abigarrado de artículos, que centralmente restringen los derechos de los extranjeros a participar en la política interna del país, otorgan al Estado autoridad para expulsar extranjeros considerados indeseables, o imponen la nacionalidad mexicana para ocupar ciertos cargos gubernamentales —amén de establecer la competencia legislativa para regular temas migratorios— *no* se desprende ninguna facultad constitucionalmente importante relacionada con necesidades especiales de regulación del matrimonio entre nacionales y extranjeros.

Más aún, parece claro que la regla constitucional que gobierna el caso en cuestión es la del artículo 33, que establece la igualdad de los extranjeros y los nacionales en materia de derechos establecidos por el capítulo I, título primero de la Constitución. Ninguno de los supuestos citados —derechos políticos de los extranjeros, expulsión en caso de que su permanencia se juzgue inconveniente o pernicioso, prohibición de ocupar ciertos cargos públicos para quienes no sean nacionales— tiene relación alguna con la cuestión examinada, que se refiere al ejercicio de libertades relacionadas con la vida privada y familiar. Es decir, ni siquiera se da un supuesto de interferencia de normas o principios que pueda justificar la ponderación de intereses en conflicto.

De todas maneras, aún supliendo esta falta de argumentación por parte del Estado, y siendo excesivamente deferente con la identificación del fin de la disposición y con la justificación de su importancia constitucional, la minoría concluye correctamente que la norma impugnada no supera el examen de adecuación ni el de proporcionalidad agravados a los que la somete. Cabe señalar que, de haberse inclinado por emplear la fórmula del escrutinio estricto, el mero incumplimiento de la carga estatal

de identificar la finalidad de la norma hubiera sido suficiente para mantener la presunción de inconstitucionalidad de la distinción fundada en una categoría sospechosa, sin necesidad de mayor análisis.

Aún mediando estas críticas, el voto de la minoría inaugura una línea promisorio de análisis de violaciones al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación. Lamentablemente, la decisión de la mayoría parece no hacerse cargo de ninguna de las distinciones conceptuales que requiere ese análisis. Para que las cláusulas constitucionales y las normas legales destinadas a prevenir y erradicar la discriminación tengan alguna eficacia, sería deseable que la situación se modifique en un futuro cercano.