



77

**El derecho a no ser discriminado  
en la Constitución mexicana: análisis  
y propuesta de reforma**

Miguel Carbonell

**DERECHO CONSTITUCIONAL**

Diciembre de 2005

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2005, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. ❖ Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

## CONTENIDO

I. Introducción.....	1
II. El mandato de igualdad.....	1
III. ¿Qué diferencias son relevantes?.....	2
IV. Igualdad en derechos fundamentales.....	3
V. El principio de no discriminación.....	4
VI. La discriminación indirecta.....	13
VII. Igualdad sustancial.....	13
VIII. La discriminación en materia de propiedad.....	17
IX. El artículo 32 constitucional y la discriminación por origen nacional.....	19
X. El artículo 33 constitucional y la expulsión de extranjeros.....	21
XI. La discriminación en el juicio de amparo.....	26
XII. La elevación a rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.....	27
XIII. Constitucionalización del combate a la discriminación como política de Estado.....	29
XIV. Conclusiones y propuestas.....	30
XV. Bibliografía básica.....	32

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este ensayo es hacer un análisis de la regulación que actualmente existe en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del derecho a la no discriminación. Este estudio no se limitará a las normas que instituyen tal derecho fundamental, como lo podrían ser por ejemplo el párrafo tercero del artículo 1 (prohibición de discriminar) o el párrafo primero del artículo 4 (igualdad entre el hombre y la mujer), sino que abarcará también el resto de normas constitucionales que afectan la idea regulativa de ese principio, es decir, que son contrarias al derecho a no ser discriminado.

A partir del examen que haremos se pretende alcanzar dos objetivos derivados: en primer lugar, demostrar que el texto constitucional mexicano recoge de manera limitada el principio de no discriminación, ya que aunque lo establece en algunas normas, lo limita en otras; en segundo término se intentarán aportar elementos suficientes para proceder a la realización de las reformas constitucionales que permitan alcanzar un marco constitucional que tutele a plenitud, o cuando menos de forma no tan imperfecta, el principio de no discriminación.

## II. EL MANDATO DE IGUALDAD

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

¿Qué significa decir que dos personas o dos objetos son iguales? Para que dos personas o dos objetos sean iguales deben mantener una relación de igualdad, la cual debe cumplir con tres propiedades: ser reflexiva ( $A=A$ ), ser simétrica ( $A=B$ ,  $B=A$ ) y ser transitiva (si  $A=B$ ,  $B=C$ , entonces  $A=C$ ).<sup>1</sup>

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

---

Este trabajo es producto de un convenio de cooperación entre el Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED) y el IJJ-UNAM. El autor agradece al CONAPRED su apoyo para la realización de este ensayo, que en su momento será objeto de una publicación definitiva en otro formato.

<sup>1</sup> Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad” en Valcárcel, Amelia (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994, pp. 67-68.

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.<sup>2</sup>

Al ser un concepto relacional, podemos considerar también que el principio de igualdad tiene un carácter abierto, en un doble sentido.<sup>3</sup> El principio de igualdad es abierto históricamente, ya que la valoración de los rasgos que se pueden utilizar para dar un trato diferente a una persona han sido variables a lo largo de los últimos siglos; así por ejemplo, hasta hace poco no era extraño que existiera una diferencia entre 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.

### III. ¿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 cuándo está permitido tratar de forma distinta a dos personas? ¿Cómo justificamos que una persona tenga un mejor sueldo que otra o que un empresario deba pagar más impuestos que un desempleado? ¿qué es lo que justifica que los menores de edad no puedan ser titulares del derecho de sufragio o que las personas que tienen una discapacidad psíquica no puedan realizar por sí mismas contratos de 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?

<sup>2</sup> Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, p. 640.

<sup>3</sup> Sigo la idea de Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, número 67, 1985, pp. 14-15.

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 también debe ser distinto.<sup>4</sup> 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 las diversas expresiones que tal principio tiene en el texto constitucional mexicano. Al hilo de la exposición se harán las propuestas de reformas que se consideran más útiles en la materia.

#### IV. IGUALDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES

El principio de igualdad se expresa de diversas maneras a lo largo del texto constitucional. Aparece antes que en ningún otro sitio en el artículo 1 párrafo primero a través de un mandato de igualdad en los derechos fundamentales que se expresa mediante el siguiente texto: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

La idea del artículo parece clara: toda vez que la Constitución es la norma suprema, los derechos fundamentales que establece no podrán ser “restringidos” ni “suspendidos”, salvo los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establezca. Los derechos fundamentales, por lo tanto, no son disponibles por el legislador o por la administración pública.

En otros países los textos constitucionales han introducido la cláusula del “contenido esencial” de los derechos para reforzar esta idea de indisponibilidad de los derechos frente a los poderes constituidos. En este punto el modelo a seguir es el que se encuentra en la Constitución alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras.<sup>5</sup>

El artículo 19.2 de la Constitución de Alemania dispone lo siguiente: “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”. En artículo 53.1 de la Constitución española, en la parte conducente, establece que “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y liber-

---

<sup>4</sup> 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*, México, CNDH, UNAM, Porrúa, 2005, pp. 170-173.

<sup>5</sup> La explicación clásica sobre la cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997.

tades...”.<sup>6</sup> Por su parte, el artículo 18 de la Constitución de Portugal en sus párrafos 2 y 3 señala que “2. La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo las restricciones limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. 3. Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deberán revestir carácter general y abstracto y no podrán surtir efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el ámbito del contenido esencial de preceptos constitucionales”.

Como puede verse, el contenido esencial de los derechos fundamentales opera sobre todo como una “reserva” frente al legislador, impidiendo que la inactividad legislativa pueda vulnerar el núcleo mismo de los derechos; también sirve para evitar la existencia de leyes restrictivas en materia de derechos fundamentales, constituyéndose, en consecuencia, como una limitación a la “libertad de configuración legal” del legislador sobre los mismos.<sup>7</sup>

Al evitar que existan leyes restrictivas de los derechos fundamentales (o, cuando menos, que incidan en su núcleo básico o contenido esencial), cláusulas constitucionales como las que se han referido contribuyen a fortalecer la igualdad de todas las personas desde dos puntos de vista: a) igualdad de todos en el mismo disfrute, titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales; b) igualdad de todos frente a determinaciones legislativas que se propongan restringir el núcleo esencial o básico de tales derechos.

## V. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

### 1. *Cuestiones generales*

Una de las expresiones más conocidas del principio de igualdad en los textos constitucionales consiste en la prohibición de discriminar, 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 pues 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 1 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”.

---

<sup>6</sup> Una interpretación muy completa de este precepto y de sus alcances puede verse en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999. También son importantes las reflexiones de Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. Prieto Sanchís, *idem*.

Su introducción 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 a 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 la que contiene el artículo 1 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”.

## 2. No discriminación en materia lingüística

Si tomamos en cuenta estos y otros ejemplos de derecho comparado que podrían citarse,<sup>8</sup> 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 pueden 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 de 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 el país 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.<sup>9</sup>

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 2 de la Constitución mexicana. Di-

---

<sup>8</sup> 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*, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2002, pp. 141-152.

<sup>9</sup> Para la fundamentación teórica de los “derechos lingüísticos” y sus consecuencias puede verse Kymlicka, Will y Patten, Alan (compiladores), *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”.

La prohibición de discriminar por razón de lengua se encuentra en la Constitución alemana (artículo 3), la de Finlandia (artículo 5), la de Italia (artículo 3), la de Portugal (artículo 13), la de Bolivia (artículo 6), la de Colombia (artículo 6), la de Ecuador (artículo 23), la de Nicaragua (artículo 27) y la de Perú (artículo 2), 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 oficialidad lingüística, es decir, sobre el reconocimiento de lenguas distintas a la que habla la mayoría de la población como lenguas oficiales.<sup>10</sup> 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 6 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 indebida omisión de la lengua en el listado del artículo 1 párrafo tercero constitucional y la corrigió en parte al incluir su protección en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD, en lo sucesivo).

### 3. No discriminación por xenofobia

Además de la cuestión lingüística, se podría agregar al listado del artículo 1 la prohibición de la xenofobia, como ya lo hace el segundo párrafo del artículo 4 de la LD.<sup>11</sup> La inclusión en el artículo 1 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 preocupan-

---

<sup>10</sup> Una visión general muy amplia sobre el tema se encuentra en Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua, IJ-UNAM, 2005.

<sup>11</sup> 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, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2ª edición, Porrúa, CNDH, 2003, tomo II, pp. 1311-1424.



te. Según lo acredita la “Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México”,<sup>12</sup> 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 encuesta mencionada se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranjero y el 42% contestó que no; ese porcentaje 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; 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.

#### 4. *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.

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 el artículo 9 (ver por ejemplo sus 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. 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 4 consti-

---

<sup>12</sup> 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 Secretaria ([www.desol.gob.mx](http://www.desol.gob.mx)).

tucional,<sup>13</sup> interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de estado civil, pero serviría de mucho contar con la expresa precisión en el artículo 1 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 otros países o 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*).<sup>14</sup> 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 haya negado la custodia de su hija alegando justamente la condición homosexual del padre. En otro caso reconoce el derecho de un homosexual a continuar con el arrendamiento de una vivienda que había compartido con su compañero (caso “Karner”, de 2003).<sup>15</sup>

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 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.

### 5. No discriminación por discapacidad

Por lo que hace al tema de la discapacidad (hoy recogido de manera ambigua en el artículo 1 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 1 de la Constitución mexicana. Esto se debe a que en algunos países

---

<sup>13</sup> Ver al respecto el argumento que se expone en Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 233-235.

<sup>14</sup> Sobre el caso *Bowers* puede verse Carbonell, Miguel, “*Bowers versus Hardwick*: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y análisis*, número 119, México, mayo de 2005, pp. 33-35. Sobre *Lawrence* hay un importante trabajo de Laurence Tribe, “*Lawrence v. Texas*: the ‘fundamental right’ that dares not speak its name”, *Harvard law review*, número 117, 2004, pp. 1893 y ss.

<sup>15</sup> Citados en Giménez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 246.

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 de 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.<sup>16</sup>

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, 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”.<sup>17</sup> 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 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.

---

<sup>16</sup> Para un panorama teórico del tema puede acudirse a Courtis, Christian, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos” en Martin, Claudia y otros (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, UIA, 2004, pp. 641 y ss., así como 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 y otros (compiladores), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa, ITAM, 2005, pp. 147 y ss.

<sup>17</sup> 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”.

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.<sup>18</sup>

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. Aunque, como se señala en 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, las NU señalan 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 (artículo 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 de 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 1, 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

---

<sup>18</sup> Las “Normas Uniformes” se encuentran en el anexo de la Resolución 48/96 de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1993.

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 6 la necesidad de que, en la medida de lo posible, las personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema educativo general y solo 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 7 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,<sup>19</sup> 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 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

## 6. 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 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 intromisiones hasta hace poco insospechadas en nuestra in-

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, cit., tomo I, pp. 511-525.

<sup>21</sup> 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, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, cit., tomo I, pp. 305-311.

timidad. 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.

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:<sup>22</sup>

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 Confederación 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.

Aparte de lo que se ha mencionado en los párrafos anteriores, habría que ponderar la necesidad de mencionar de manera expresa 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 con 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 estos temas se dedican los dos siguientes apartados.

---

<sup>22</sup> Romeo Casabona, Carlos María, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías” en VV.AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 17-18.

## VI. 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 discrimina(toria) toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.<sup>23</sup> Este párrafo podría perfectamente incluirse en el texto constitucional, figurando al final del artículo 1 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 “aquellos 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”.<sup>24</sup>

## VII. IGUALDAD SUSTANCIAL

La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se 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 por medio de previsión de igualdad formal. Hay una importante cantidad de autores y analistas que sostienen que el ordenamiento jurídico, comen- zando por el propio texto constitucional, debe promover positivamente la igualdad real de oportu- nidades, no debiendo limitarse a prohibir los fenómenos discriminatorios.

---

<sup>23</sup> El texto completo del Anteproyecto puede consultarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discrimina- ción” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002 y en *idem*, “Propuesta de ley contra la discriminación”, en *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, tomo I, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2002.

<sup>24</sup> *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64; el con- cepto 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.

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”.

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 3 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 importantes 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 3 dentro de las condiciones que establezca la ley.

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”.<sup>25</sup> 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”.<sup>26</sup>

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 efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o

---

<sup>25</sup> 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”.

<sup>26</sup> 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 solo hacia dentro de las instituciones públicas, sino también al ámbito de los partidos políticos.



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”.

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)<sup>27</sup> 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),<sup>28</sup> 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 presente 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 afirmativa 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).

---

<sup>27</sup> Consultable en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, cit., tomo I, pp. 422 y ss.

<sup>28</sup> Consultable en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, cit., tomo I, pp. 641-642.

Tomando en cuenta lo anterior, quizá sería interesante incluir como párrafo cuarto del artículo 1 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?<sup>29</sup>

Para estar en capacidad de contestar con fundamentos 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”.<sup>30</sup> 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 puede 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 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.<sup>31</sup> 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.

---

<sup>29</sup> 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 apenas es significativo. En México dicho porcentaje alcanzó el 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000).

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> *Idem*, pp. 75 y ss.

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.

### VIII. 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, debido 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 tiene 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 alienta 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 en el siguiente apartado al analizar el artículo 33 constitucional).

## IX. 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, patronos, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practicante 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 ensayo 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 1 constitucional en la parte que 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 1 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 mexicana<sup>32</sup> y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, tal como ya ha sido explicado, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1 para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala precisamente que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de “origen nacional”. Como ya se ha dicho, 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

---

<sup>32</sup> El texto original de la Constitución puede consultarse en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Constituciones históricas de México*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 2004, pp. 493 y ss.

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 1 constitucional, en su párrafo tercero.

Decimos que el párrafo segundo del artículo 32 constitucional está derogado con base en los siguientes argumentos jurídicos. Al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1 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 generalis*).<sup>33</sup> 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 1 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 1 constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.<sup>34</sup>

Ahora bien, para evitar la aplicación interesada del criterio hermenéutico que se acaba de enunciar, lo mejor sería derogar el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, guardando de esa forma plena coherencia textual entre lo que dispone el artículo 1 párrafo 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 a tiempo completo a mantener 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?

<sup>33</sup> Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004, capítulo IV.

<sup>34</sup> 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 1) entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas in-subsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogada. 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.

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 burlable: “la igualdad de circunstancias”. Es obvio que este tipo de enunciados constitucionales 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.

## X. 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 elementos 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.<sup>35</sup> Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente 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 extranjeros 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.

---

<sup>35</sup> Sigo en esta parte el análisis expuesto en Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho constitucional y política* (David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera, coordinadores), México, IIJ-UNAM, 2005, pp. 60 y ss.

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 se refiere a la facultad no del Presidente sino del “gobierno” y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup> 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 los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímolas 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 ministros de cultos religiosos” y “los estafadores, timadores o caballeros de industria”.<sup>38</sup> Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado porque de otra manera México y su Constitución de Querétaro, en tantos otros temas ejemplar, 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.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior 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

---

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Cuyo texto se puede consultar en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15ª edición, México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

<sup>38</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, cit., p. 65.



cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.<sup>39</sup> 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 distintos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup> 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 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).

---

<sup>39</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, cit., p. 69.

<sup>40</sup> Manuel Becerra 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”, obra citada, p. 69.

<sup>41</sup> Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67° periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo I, pp. 462-468.

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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

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 forma 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);

<sup>42</sup> Becerra, Manuel, obra citada, p. 73.

<sup>43</sup> Becerra, Manuel, obra citada, 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.<sup>44</sup>

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.<sup>45</sup> 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).

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 principio del Estado de derecho, en cuyo ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas no nacionales que se encuentran en territorio mexicano.

<sup>44</sup> Un panorama sobre este derecho puede verse en Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 664 y ss.

<sup>45</sup> Consultable en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, obra citada, tomo II, pp. 1003-1097.

## XI. LA DISCRIMINACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO

En México 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 concurrieron 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.<sup>46</sup> 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: “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.<sup>47</sup>

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

<sup>46</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1999, p. 231.

<sup>47</sup> *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, IJ-UNAM, 2002 (particularmente páginas 107 y siguientes para el análisis de la declaración general de inconstitucionalidad).

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 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”.<sup>48</sup>

## XII. LA ELEVACIÓN A RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Aunque no tiene relación exclusivamente con la protección frente a actos discriminatorios, una medida importante para evitar justamente el trato desigualitario que genera la discriminación podría consistir en elevar a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos y todo el derecho que deriva de los mismos.

No se trata solamente de que los tratados en la materia sean reconocidos como la “Ley Suprema de toda la Unión”, tal como lo hace en la actualidad el artículo 133 constitucional. La idea es dar un paso más allá y reconocer que tales tratados tienen el mismo rango que la Constitución, que “son Constitución” y por tanto adquieren al ser incorporados en el derecho interno la máxima jerarquía normativa dentro del ordenamiento mexicano.

El reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina. Para mencionar algunos ejemplos, se puede citar el artículo 75 párrafo 22 de la Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, que asigna jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de 1966 de Naciones Unidas (el de derechos civiles y políticos, y el de derechos económicos, sociales y culturales). El mismo precepto dispone que otros tratados además de los mencionados podrán tener jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados al menos por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara legislativa.

La Constitución de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una

---

<sup>48</sup> *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, IJ-UNAM, 2001, p. 95.

disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991, que se encarga de enfatizar que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Constitución de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales vigentes en su territorio serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribunal o autoridad. La misma Constitución precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

La reciente Constitución venezolana de 1999, en su artículo 23, establece directamente la jerarquía constitucional de los pactos y tratados sobre derechos humanos; su texto es el siguiente: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Siguiendo estos modelos, la Constitución mexicana podría sumarse a una poderosa y entendemos que benéfica corriente del constitucionalismo contemporáneo. Esta medida, además de impactar en general al régimen de todos los derechos fundamentales, tendría importantes consecuencias para el tema de la no discriminación, que ha sido desarrollado de forma importante en el derecho internacional de los derechos humanos (al menos de forma más extensa que en el derecho constitucional mexicano). Una parte importante de la doctrina jurídica mexicana que ha entrado al análisis de la materia está de acuerdo con lo anterior; varios autores han propuesto que se lleve a cabo la reforma del artículo 133 constitucional para lograr el objetivo descrito en el presente apartado.<sup>49</sup>

Ahora bien, al emprender una reforma al artículo 133 a fin de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tengan jerarquía constitucional, quizá sería adecuado aprovechar la ocasión para precisar la recepción en el ordenamiento jurídico nacional de las sentencias emitidas por los tribunales internacionales a los que México les ha reconocido jurisdicción. Son de particular importancia las sentencias que puedan emitir, en relación con el Estado mexicano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional.<sup>50</sup>

Aparte de la jerarquía constitucional y del mecanismo de incorporación y reconocimiento de las sentencias de Cortes internacionales en México, también se podría incorporar en el artículo 133 constitucional una norma que obligara a las autoridades nacionales a interpretar todo el sistema de derechos fundamentales con base en lo que establecen los tratados internacionales y el derecho de ellos derivados. Es decir, se trataría de contar en el texto constitucional con un mandato de “interpretación conforme”, de acuerdo con el cual la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales tendría que hacerse de tal manera que fuera congruente con las disposiciones

<sup>49</sup> Ver por ejemplo las propuestas contenidas en Ortíz Ahlf, Loretta y otros, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004.

<sup>50</sup> El reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional se ha producido, en forma un tanto extraña, por medio de la adición de un párrafo al artículo 21 de la Constitución mexicana.

internacionales en la materia. Esta idea ya se encuentra recogida en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, cuyos artículos 6 y 7 establecen lo siguiente:

Artículo 6.- La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7.- Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

La idea es que en vez de referirse a la interpretación de la ley, hubiera una norma en el artículo 133 que se refiera a la interpretación de la Constitución.

Cabe apuntar que el artículo 7 recoge una visión moderna de la manera en que deben ser interpretadas las normas sobre derechos fundamentales, ya que el intérprete no puede darle a la norma el sentido que prefiera dentro de los variados que puede llegar a tener cualquier precepto jurídico, sino que debe elegir siempre la interpretación que más favorezca el sentido del derecho, que más expanda su ámbito de protección y que mayor profundidad le reconozca, tanto por lo que hace a los sujetos tutelados como por lo que respecta al bien jurídico tutelado. No es otra cosa más que la traducción a nivel interno del conocido principio interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos conocido como “principio *pro homine*”, el cual tiene dos variantes principales:<sup>51</sup>

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub-principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).

B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

### XIII. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL 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 esbozados 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.

---

<sup>51</sup> Para una visión general de la interpretación en materia de derechos fundamentales, Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004, así como la amplia selección de trabajos que figura en Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 tomos.

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 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.

#### XIV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En las páginas anteriores se han intentado ofrecer dos tipos de argumentos alrededor de la regulación constitucional del principio de no discriminación. Por un lado, se han explicado los alcances semánticos y normativos de las normas que actualmente recogen ese principio. Por otro, se han realizado propuestas para extender el alcance del mismo, ya sea previendo supuestos que actualmente 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 no discriminación 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.<sup>52</sup> 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 siendo en la actualidad muy restringida. Las causas de dicha restricción son muy 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 trabajo. 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 discrimi-

---

<sup>52</sup> 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 Cossío, 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.



minado. 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 anteriores:

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

b) 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.

c) 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.

d) 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.

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

f) Derogar el párrafo segundo y el 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 1 párrafo tercero constitucional, y por numerosos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en México.

g) 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.

h) 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.

i) Reformar el artículo 133 constitucional a fin de reconocerles jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, recibir ampliamente y sin obstáculos las sentencias de los tribunales internacionales y obligar a las autoridades de todos los niveles de gobierno a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo a lo que disponen los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (tomando en cuenta no solamente los tratados, sino también el derecho derivado de los mismos, que hoy en día tiene la mayor relevancia, como ya se ha explicado).

j) 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.

## XV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

La bibliografía sobre igualdad y no discriminación es muy amplia, por lo que a continuación se enlistan únicamente los títulos que pudieran ser más útiles para fundamentar las propuestas realizadas en el presente trabajo.

Albert López-Ibor, Rocío, *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Madrid, Minerva Ediciones, 2002.

Añon, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

Aparisi Miralles, Ángela, “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y libertades*, número 5, Madrid, julio-diciembre de 1995.

Balaguer Callejón, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Ediciones Cátedra, 2005.

Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.

Becerra Ramírez, Manuel, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho constitucional y política* (David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera, coordinadores), México, IIJ-UNAM, 2005.

Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Carbonell, Miguel (compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.

Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación” en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, 2 tomos.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH, UNAM, Porrúa, 2005.

Carbonell, Miguel, “Bowers versus Hardwick: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y análisis*, número 119, México, mayo de 2005.

- 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 y otros (compiladores), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa, ITAM, 2005.
- Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004.
- Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.
- Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- Cossío, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2005.
- Courtis, Christian, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos” en Martin, Claudia y otros (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, UIA, 2004.
- Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003.
- Ferrajoli, Luigi y Carbonell, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, CONAPRED, 2005.
- Ferrer MacGregor, Eduardo (coordinador), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 tomos.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 1999.
- Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Giménez Gluck, David, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- Jiménez Campo, Javier, “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, Madrid, 1983.
- Kymlicka, Will y Patten, Alan (compiladores), *Language rights and political theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, número 67, Madrid, 1985.
- Laporta, Francisco J., “Problemas de la igualdad” en Valcárcel, Amelia (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- Lerner, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, 2ª edición, México, CNDH, 2002.
- Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.
- McCrudden, Christopher (editor), *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.

- Ortíz Ahlf, Loretta y otros, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004.
- Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, IIJ-UNAM, CONAPRED, 2005.
- Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, prólogo de Luigi Ferrajoli, epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2003.
- Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, CONAPRED, 2005.
- Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Romeo Casabona, Carlos María, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías” en VV.AA., *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.
- Rubio Llorente, Francisco, “Igualdad” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas, 2001.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad” en Valcárcel, Amelia (compiladora), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1994.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa*, número 19, Alicante, 1996.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15ª edición, México, Porrúa, 1989.
- Tribe, Laurence, “Lawrence v. Texas: the ‘fundamental right’ that dares not speak its name”, *Harvard law review*, número 117, 2004.
- Valadés, Diego, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua, IIJ-UNAM, 2005.
- Westen, Peter, *Speaking of equality. A analysis of the retorical force of ‘equality’ in moral and legal discourse*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, IIJ-UNAM, 2002.
- Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Madrid, Ediciones Cátedra, 2000.