

Presentación

MIGUEL CARBONELL

I.

EL PRESENTE TEXTO de Fernando Rey Martínez tiene un notable interés para todas las personas preocupadas por conocer la forma como puede cobrar eficacia real el principio de no discriminación por razón de sexo, debido a varias razones.

En primer lugar, el ensayo es de la mayor importancia porque su autor es con seguridad el experto más reconocido sobre el tema en el mundo de habla castellana. En segundo término, porque junto a la construcción teórica del principio de no discriminación por razón de sexo el autor añade un impresionante recuento jurisprudencial que da cuenta de la exuberante casuística a que la aplicación de dicho principio en la práctica puede dar lugar. En tercer término, por la explicación que realiza el autor a partir de una realidad social (la de la España que sale de la larga dictadura franquista y construye en pocos años un sistema democrático respetado en Europa y el resto del mundo) en alguna medida cercana a la que estamos viviendo en México. Quizás estos dos últimos aspectos merezcan un comentario más detallado.

II.

La jurisprudencia constitucional española, como lo explica Rey en su texto, ha ido definiendo el principio de igualdad a partir de un número importante de sentencias. Algunas de ellas han incorporado criterios sostenidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o por tribunales constitucionales de otros países (Alemania y Estados Unidos, por ejemplo).

Los criterios jurisprudenciales citados por nuestro autor demuestran que el principio de igualdad tiene diversas manifestaciones; cada una de ellas, a su vez, requiere de un análisis particular.

Poseen gran interés las páginas que Fernando Rey dedica a la aplicación judicial de la no discriminación. Me parece de especial relevancia el análisis de las tres formas en que se manifiesta este prin-

cipio: como prohibición de discriminaciones directas, como prohibición de discriminaciones indirectas y como autorización para la puesta en marcha de medidas de acción positiva que remonten discriminaciones originadas tiempo atrás y que se proyectan sobre determinados grupos en situación de vulnerabilidad.

El legislador federal mexicano tuvo la gran oportunidad de incorporar en la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* el concepto de “discriminación indirecta”. El proyecto de ley que presentó un plural grupo de la sociedad civil (reunido en torno a la Comisión Ciudadana para Prevenir la Discriminación), y que fue el principal insumo para la correspondiente discusión parlamentaria, establecía en su artículo cuarto que “será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”, siguiendo el concepto relatado por Fernando Rey de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (TC) español. Lamentablemente, ese concepto no fue incorporado en la Ley (aunque quizá debería figurar si es que en el futuro se procede a una reforma de la misma).

Por lo que hace a las medidas de acción positiva, también el legislador federal mexicano fue muy cauto, seguramente como producto de la incomprensión que dichas medidas suscitan entre diversos sectores académicos y políticos mexicanos. El proyecto de ley presentado por la Comisión Ciudadana sí contenía importantes medidas de acción positiva (incluso en forma de “cuotas” para beneficio de diversos colectivos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados), pero tampoco fueron mantenidas en el trámite legislativo.¹ También es un asunto que habrá que valorar en alguna futura reforma a la Ley mexicana vigente.

La jurisprudencia constitucional española demuestra, además, que el razonamiento judicial enfrentado a problemas de igualdad y no discriminación se vuelve relativamente complejo. Para decirlo en otras palabras: no cualquier juez es capaz de lidiar con éxito cuando se trata de resolver un problema de discriminación. Si el lector hace el ejercicio de comparar la escasa jurisprudencia que han emitido

¹ Una exposición del proyecto de la Comisión Ciudadana y su texto completo puede verse en Miguel Carbonell, “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

sobre el tema los tribunales mexicanos verá que estamos todavía muy lejos del nivel argumentativo que se observa en otras jurisdicciones (cabe destacar, sin embargo, la jurisprudencia de una jurisdicción constitucional muy importante en América Latina: la de la Corte Constitucional colombiana).²

En México se han aplicado judicialmente muy pocas veces los principios de igualdad y no discriminación previstos en el artículo primero constitucional (párrafos primero y tercero). Quizá las dos tesis jurisprudenciales más avanzadas sobre el tema —que recuperan en buena medida un canon hermenéutico utilizado con frecuencia por el Tribunal Constitucional español y por la Suprema Corte de Estados Unidos— son las siguientes:

IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo primero de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la

² Al respecto, véase Carlos Bernal Pulido, "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la *Corte Constitucional colombiana*", en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa, (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit.

voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados [en la Ley] (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad.

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

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido e, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o ade-

cuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

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

Como puede verse, en estas tesis ya se incorpora una forma de razonamiento judicial que da cuenta de la enorme complejidad del principio de no discriminación y que concluye adecuadamente en una mayor limitación de la esfera de decisión del Poder Legislativo.³

III.

Por lo que hace al interés que tiene el texto de Fernando Rey derivado de las semejanzas que pudieran existir entre el contexto político español y el mexicano, cabe decir que sí existen —en términos generales— algunas convergencias entre los procesos históricos de ambos países.

³ No es casual que el responsable de su elaboración sea un reconocido constitucionalista mexicano, más acostumbrado a realizar razonamientos abstractos de gran complejidad que otros de sus colegas de la Suprema Corte, que por años se han dedicado a hacer razonamientos silogísticos de muy escasa altura teórica.

Para empezar, y guardando todas las proporciones del caso, la evolución política de México y de España se da a partir del abandono de un sistema autoritario (una dictadura sangrienta y omnipotente, en el caso español, y un sistema político con fuertes rasgos autoritarios y un partido hegemónico, en el mexicano). Una característica de ambos sistemas es que las mujeres estuvieron por décadas plenamente discriminadas y sin posibilidad alguna de defenderse jurídicamente frente a esa desgracia. Con el tránsito a la democracia, que toma forma en los años 70 en España y un par de décadas después en México, el reto fundamental ha sido construir una institucionalidad jurídica y un entramado normativo capaces de revertir esa discriminación histórica. Para el caso mexicano puede ser de gran interés estudiar la forma en que la jurisdicción constitucional ha ayudado a esa construcción en España.

Por otra parte, el caso español demuestra una evolución no solamente positiva en cuanto a la disminución sustancial de la discriminación por razón de género, sino que también es ejemplar por haberla logrado en poco tiempo. Esto también puede ser interesante para México, ya que justamente una de las exigencias más repetidas por la población en los últimos años es la de materializar el cambio democrático, que por momentos parece haber quedado más en la retórica política que en la realidad cotidiana de los habitantes del país. Una de las mejores formas de darle contenido y sustancia al avance democrático de México es precisamente a través de la remoción de situaciones de sojuzgamiento y humillación como las que sufren cada día millones de mujeres.

IV.

Finalmente, el valor más destacable del texto de Fernando Rey es que trata con enorme solvencia intelectual y con un gran rigor académico un tema que, más allá de la complejidad científica que pueda tener, se instala de lleno en el corazón de la gran discusión a través de la cual se articula el mundo moderno: la que se refiere a la dignidad de todas las personas y el respeto que les debemos.

Esa es la importancia del texto que el lector encontrará en las siguientes páginas: que nos invita a pensar de otra manera las relaciones sociales más primarias, las de los hombres con las mujeres. De la forma en que seamos capaces de remodelar esas relaciones depende en buena medida el éxito de la democracia mexicana del porvenir, lo que equivale a decir que en este tema nos estamos jugando, literalmente,

el futuro. Por eso es que el luminoso texto de Fernando Rey Martínez merece ser ampliamente difundido y discutido sin descanso.

El hecho de que vea la luz bajo el sello editorial del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación es, sin duda, un signo promisorio de que los tiempos parecen estar cambiando en el tema de la discriminación contra las mujeres.