Igualdad

DISCRIMINACIÓN

Piezas para armar

Ana María Ibarra Olguín
Coordinadora

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
Q120.113
D572D

Discriminación : piezas para armar / coordinadora Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
xx, 381 páginas ; 22 cm.-- (Igualdad)

ISBN 978-607-552-178-7

Material disponible en PDF.

Contenido: ¿Menos iguales, libres o autónomos? : la fundamentación normativa del derecho de la discriminación / Diana Beatriz González Carvallo – La discriminación indirecta / Pilar Beltrán Cerdán – Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad / Roberto P. Saba -- ¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad? / Ricardo Latapie Aldana – La prueba de la discriminación / Ana María Ibarra Olguín – La reparación de la discriminación normativa como reto constitucional complejo / Markus González Beilfuss – La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH : avances y retos pendientes / Silvia Serrano Guzmán – Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte / Francisca Pou Giménez

1. Derecho a la no discriminación – Protección de los Derechos humanos – Ensayos –México 2. Acciones afirmativas – Derecho a la igualdad – Critica 3. Discriminación – Reparación del daño 4. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Estudio de casos 5. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Criterio jurisprudencial – Análisis I. Ibarra Olguín, Ana María, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales IV. ser.
LC KGF3008

Primera edición: febrero de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Todos los artículos que la integran obtuvieron dictaminación positiva en doble ciego entre pares.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Igualdad

DISCRIMINACIÓN

Piezas para armar

Ana María Ibarra Olguín
Coordinadora

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala
Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación ..... **VII**

Arturo Zaldívar

Nota introductoria ..... **XIII**

Ana María Ibarra Olguín

CAPÍTULO 1
¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación **1**

Diana Beatriz González Carvallo

CAPÍTULO 2
La discriminación indirecta **53**

Pilar Betrián Cerdán

CAPÍTULO 3
Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad **81**

Roberto P. Saba

CAPÍTULO 4
¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad? **141**
Ricardo Latapie Aldana

CAPÍTULO 5
La prueba de la discriminación **211**
Ana María Ibarra Olguín

CAPÍTULO 6
La reparación de la discriminación normativa como reto constitucional complejo..... **247**
Markus González Beilfuss

CAPÍTULO 7
La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH Avances y retos pendientes **271**
Silvia Serrano Guzmán

CAPÍTULO 8
Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte **323**
Francisca Pou Giménez

Presentación

La sociedad y el Estado mexicano enfrentan múltiples desafíos al proteger los derechos humanos y los intereses que estos amparan. Las dificultades para acceder a bienes sociales básicos, la pobreza y los obstáculos estructurales para la movilidad social son algunos de ellos. Todos estos retos implican, cada uno a su manera, amenazas al cumplimiento del mandato constitucional de igualdad y no discriminación. Aunque existe un consenso generalizado sobre el carácter fundamental del principio de igualdad, al concretar su contenido y alcance, el consenso pierde contundencia y claridad. La Suprema Corte ha respondido a esos desafíos —que suponen la garantía judicial del derecho a la igualdad y la no discriminación— con una jurisprudencia matizada y dinámica.

Estos retos se hacen especialmente evidentes en la justicia constitucional, cuando la Suprema Corte advierte una posible vulneración al derecho a la igualdad. Con todo, las resoluciones de la Corte en la materia han permitido avanzar en la definición de este derecho, en la especificación de sus vínculos con otros bienes fundamentales y en las diferentes metodologías de decisión de estos casos. La jurisprudencia constitucional

sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación ofrece un amplio panorama normativo del alcance de la protección judicial de ese derecho, en sus diferentes modalidades, y para los diversos casos en los que cobra relevancia. Este desarrollo jurisprudencial se ha traducido en la protección concreta de distintas minorías en México, y en el avance hacia la consolidación de una sociedad más igualitaria.

Por todo lo anterior, celebro que el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido una línea de investigación enfocada en el estudio del derecho a la igualdad. El seminario permanente de discusión sobre la materia ha sido un espacio de encuentro entre las personas que se especializan en de este tema desde la perspectiva académica, y desde la práctica nacional y foránea. Este espacio, además de permitir el intercambio y debate de ideas y fallos judiciales, motivó la formación del texto que presento en esta ocasión.

"Discriminación, piezas para armar" es un libro indispensable para la discusión y el avance en la materialización de un país más incluyente. Se trata de una obra que aborda una gran variedad de temas que están en el debate judicial contemporáneo, tanto a nivel nacional, como en otros países y organismos internacionales, pero respecto de los cuales no existe suficiente reflexión académica.

El libro reúne textos que derivaron de las discusiones que tuvieron lugar en el seminario permanente de igualdad. Los artículos presentan reflexiones filosóficas, prácticas y dogmáticas que facilitan la comprensión del principio de igualdad y no discriminación de manera sensible a su complejidad. Nos ofrecen deliberaciones teóricas sobre el concepto mismo de discriminación, la idea de categorías sospechosas y las metodologías jurisprudenciales para resolver casos concretos, así como estudios más específicos sobre la noción de discriminación indirecta, los alcances de la acción afirmativa y la exposición de los desarrollos diferenciados desde una perspectiva dogmática y comparada.

México sigue siendo un país profundamente desigual. Las condiciones materiales de cientos de miles de personas no están a la altura de las promesas de justicia social contenidas en nuestra Constitución. Sin duda, la indignación es una respuesta moral adecuada. Pero la indignación no es suficiente: las propuestas y las ideas son indispensables.

Esta obra articula esa indignación en términos normativo-jurídicos, pero también ofrece una agenda propositiva para el futuro. Por ello, reitero el entusiasmo con el que presento este volumen derivado de línea de igualdad del Centro de Estudios Constitucionales: muestra del compromiso transversal de la Suprema Corte con la construcción de una sociedad más justa, más incluyente y más igualitaria.

Ministro Arturo Zaldívar

Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

Nota introductoria

Esta obra recopila una serie de escritos en temas fundamentales sobre el derecho contra la discriminación. ¿Qué valor está detrás de este derecho? ¿Qué es la discriminación indirecta? ¿Qué son las acciones afirmativas? ¿Qué herramienta metodológica utilizan los tribunales para adjudicar este derecho? ¿Cómo se prueba la discriminación? y ¿cómo se repara la discriminación normativa? Y finalmente, ¿cuáles son los avances de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Suprema Corte mexicana en su protección? Todas estas piezas articulan un derecho que está en construcción en México: el derecho contra la discriminación.

La prohibición de la discriminación al ser un derecho tan esencial y tan conectado a la dignidad, a la autonomía y a la libertad de las personas, de pronto queda desprovisto de fundamentos teóricos y de la misma manera, su protección en sede judicial resulta desarticulada o improvisada. Los estudiosos de la discriminación incluso apelan a que es imposible dar un

orden al conjunto de instituciones, reglas y estándares que lo regulan, y señalan que van quedando sólo intuiciones.[1]

No obstante, las respuestas a estas preguntas fundamentales de alguna manera pueden ir delimitando los contornos de una teoría satisfactoria, que determine qué caracteriza a las normas del derecho contra la discriminación, en oposición a otras ramas del derecho.[2] Las piezas que aquí se presentan son algunos de los componentes de ese complejo rompecabezas y, sin duda, aportarán al entendimiento de este derecho en el ámbito nacional.

En efecto, en la cultura legal mexicana existe un vacío en la dogmática del derecho contra la discriminación, y, por tanto, existen pocos referentes teóricos a los que pueda adherirse la práctica judicial. Así, la Suprema Corte en el país ha lidiado con estas indefiniciones, y ha vacilado entre adherirse a la tradición anglosajona o a la europea, buscando aminorar las brechas de desigualdad que permean códigos y leyes.

Este libro pretende abrir la discusión e ir abonando elementos a la comprensión de este derecho. Desde luego, este tema es inagotable, existen muchas preguntas que no abordan los artículos que aquí se presentan, e incluso estos escritos abren muchos otros interrogantes. De cualquier manera, es imprescindible ir construyendo una dogmática propia, que nos permita tener un telón de fondo útil para cuestionar nuestras prácticas y avanzar hacia una sociedad más igualitaria. Así, este es un primer paso en lo que parece ser una empresa gigante, pero no por eso prescindible: dar orden a las piezas que componen el derecho contra la discriminación en México.

---

[1] Rutherglen, George, "Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?", en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Oxford University Press, 2014, p. 137.

[2] Esto es lo que Tarunabh Khaitan defiende en su libro, *A Theory of Discrimination Law*. Él establece una teoría para la discriminación desde el ámbito del derecho. Véase Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law,* Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015.

En primer lugar, Diana González nos ofrece una lectura sobre las teorías detrás de la fundamentación normativa del derecho de la discriminación. Esto es, ¿qué valores o valores resultan lesionados por las distinciones injustificadas y, en consecuencia, qué bienes fundamentales están protegidos por este derecho? Así, nos explica la visión de Deborah Hellman, quien encuentra en la igualdad el valor fundamental detrás de la prohibición de la discriminación, así como la postura de Sophia Moreau, quien, por el contrario, sostiene que la libertad es ese valor fundante. Finalmente, explora la posición de Tarunah Khaitan, quien apela a la autonomía personal como el objeto vulnerado por la discriminación. A juicio de la autora, estas posturas ofrecen respuestas incompletas y, por tanto, resultan insatisfactorias. En última instancia, la discriminación vulnera distintos valores, de otro modo podrían justificarse carencias extremas a bienes sociales relevantes. Por tanto, González nos ofrece una alternativa pluralista.

Luego, Pilar Betrián nos ofrece un desarrollo conceptual sobre una de las manifestaciones de la discriminación: la discriminación indirecta. Para su estudio, identifica el contexto en el que dicho concepto ha sido reconocido y profundizado, ilustrando el modo en que ha evolucionado a la luz de los matices teórico-jurisprudenciales de la igualdad real y de las demandas de la sociedad. De este modo, señala la importancia de considerar en su valoración judicial el impacto cultural y social desproporcionado que existe en las medidas legislativas y que a su vez, disciernen de la pluralidad. Con ello, va visibilizando una necesaria resignificación de los elementos con los que se relaciona y que en últimas convergen para su identificación. La presunta neutralidad en la ley, la idea de grupos sociales y la discriminación estructural son categorías que deberán concebirse desde estos nuevos enfoques dinámicos y externos, los cuales ahora deberán ser apropiados en todo momento por el principio de igualdad.

Roberto Saba propone asumir una noción de la igualdad que no se agote en la premisa de "no arbitrariedad" que funda el principio de no discriminación. El derecho a ser tratado igual exige que el Estado no realice

distinciones irrazonables, pero también exige que este advierta las situaciones de desigualdad estructural. Así, para el autor, sólo a través de la igualdad entendida como "no sometimiento" es posible justificar la actitud positiva del Estado, a fin de que tome nota de las situaciones de sometimiento o exclusión que imperan en contra de ciertos grupos, y sólo desde esa óptica es posible generar una teoría que justifique las acciones afirmativas.

En el artículo "¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad"?, Ricardo Latapie analiza las metodologías de adjudicación para resolver casos de discriminación, a partir de la jurisprudencia mexicana. A fin de lograr lo anterior, el artículo primero revisa brevemente el uso que otros tribunales hacen de distintas metodologías para resolver este tipo de casos. Posteriormente, a través de distintas sentencias de la Corte, el artículo busca evidenciar cómo ha sido influenciada la Suprema Corte por las prácticas analizadas en la primera parte. La influencia de las metodologías provenientes de distintas jurisdicciones genera que en México exista una pluralidad de metodologías que coexisten bajo un mismo nombre o concepción. En otras palabras, al haber sido influenciada por distintos tribunales en la forma en la que resuelven casos de igualdad, la Suprema Corte no tiene una práctica uniforme sobre cómo aproximarse a estos. El artículo pretende abonar al desarrollo y uso de un test de igualdad más que cuestionar su efectividad.

En "La prueba de la discriminación" se construye una definición del derecho contra la discriminación y un esquema probatorio común, a partir de la práctica de los tribunales constitucionales con doctrina consolidada en el tema. Se explica el papel de los elementos empíricos en la adjudicación de este derecho. Así, dentro de los esquemas para probar la discriminación directa e indirecta, se expone qué evidencia se admite, quién tiene la carga de la prueba, el rol de las presunciones y, finalmente, se enuncian algunos problemas epistémicos. El artículo apela por un entendimiento y construcción común del derecho, a pesar de las diferencias entre los diferentes países analizados.

Markus González Beilfuss aborda uno de los desafíos más recurrentes de la desigualdad jurídica: ¿cómo y quién debe reparar la discriminación normativa? El autor explica los diferentes modelos que aplican los órganos que controlan las normas de carácter general cuando no se limitan a expulsar las normas del ordenamiento jurídico. En el modelo unilateral el tribunal decide de qué manera reparar la discriminación, realizando ejercicios de interpretación conforme con la Constitución o a través de sentencias aditivas. El modelo bilateral, por el contrario, insta al poder legislativo a colaborar en la reparación de la inconstitucionalidad de la normas. De acuerdo con el autor, cuando existan diversas maneras para reestablecer la igualdad, el legislador democrático es quien debe determinar por cual de ellas optar.

Por su parte, Silvia Serrano nos presenta un panorama exhaustivo sobre la doctrina de la Corte Interamericana en la protección del derecho a la igualdad y no discriminación. La autora explica tanto la concepción de la igualdad como prohibición de trato diferenciado injustificado y como prohibición de neutralidad y mandato de medidas positivas. En cada una de estas aproximaciones, describe los casos que ha abordado la Corte, los modelos de adjudicación y los debates interpretativos y probatorios sobre este derecho. Serrano resalta los avances de la Corte, en tanto ha delineado con claridad las obligaciones negativas de los Estados, la noción de interseccionalidad y de discriminación implícita o encubierta. Sin embargo, hace notar el déficit de doctrina tratándose de acciones afirmativas y preventivas a cargo del Estado y de violaciones por particulares. Resalta también las inconsistencias sobre todo en la adjudicación del derecho, la aplicación del test de igualdad y las cargas probatorias. Su artículo es imprescindible para conocer la protección de este derecho en el Sistema Interamericano.

Esta obra cierra con el artículo de Francisca Pou Giménez, "Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte". La autora enfrenta las preguntas fundamentales en torno al derecho contra la discriminación a partir de la práctica de la Suprema Corte

mexicana. Así, nos explica la evolución que ha tenido la adjudicación de este derecho en México, iniciando con desarrollos en la materia fiscal, para luego ir consolidando la idea de categorías sospechosas y el uso del escrutinio estricto. La autora nos ofrece un panorama muy completo sobre los casos que ha abordado la Corte al proteger grupos por su orientación sexual, su estatus marital, edad, discapacidad. Nos explica también, los incipientes desarrollos en discriminación indirecta, y no deja de resaltar las asignaturas pendientes de la Corte. Entre otras, la de tomarse en serio la idea de desigualdad estructural y el impacto que ésta tendría en el escrutinio de algunas prácticas del Estado. Concluye que, aunque el desarrollo de este derecho ha sido gradual, la doctrina de la Corte refleja importantes logros y bases para una discusión.

Todas estas piezas edifican un derecho por demás complejo. Estas reflexiones sin duda serán útiles para el desarrollo dogmático del derecho contra la discriminación y para generar una discusión profunda sobre la jurisprudencia mexicana.

Ana María Ibarra Olguín
Directora General del Centro de Estudios Constitucionales

CAPÍTULO 1
¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación

Diana Beatriz González Carvallo*

* Doctora en Filosofía por la UNAM. Investigadora jurisprudencial de la SCJN.

Sumario: I. Introducción; II. ¿Iguales, libres o autónomos? El valor que lesiona la discriminación; III. La discriminación viola el principio de igual consideración y respeto; IV. La discriminación viola libertades deliberativas básicas; V. Los muchos valores que vulnera la discriminación: el problema de la autonomía; VI. La propuesta de Hellman: respeto igual sin igual consideración; VII. Libres para deliberar, limitados para realizar: la discriminación según Moreau; VIII. Menos desiguales, pero no iguales: la propuesta de Khaitan sobre la discriminación; IX. Conclusión: X. Bibliografía.

I. Introducción

Una de las condiciones que deben cumplir los principios básicos de una sociedad liberal y democrática es, a juicio de muchos filósofos políticos, que puedan ser aceptados por personas que no comparten un ideal de vida buena, pero que son razonables. Al revisar la producción académica sobre cuál es el principio que fundamenta el reproche a la discriminación contra individuos y grupos, una de las conclusiones a la que se puede llegar es que o bien estos teóricos no ofrecen teorías razonables o bien, debido a los valores que defienden, no califican como personas razonables. Entre los discriminólogos parece haber un consenso mínimo sobre el objeto de su campo de estudio: la exclusión injusta de personas del disfrute de bienes sociales, basada en ciertas características individuales que comparten, que implica para éstas una posición de desventaja. La característica que vuelve a una acción, en principio inocente, como la de distinguir reprochable normativamente marca el camino de las divergencias entre estas teorías y el alcance de la categoría "vidas razonables".

En este escrito me gustaría explorar las respuestas dadas por tres teóricos del derecho de la discriminación a la pregunta por el rasgo corruptor de la acción que discrimina y que es condenada en ordenamientos jurídicos específicos, o que debería serlo. La primera apela a la igualdad como el valor fundamental en estas cuestiones; la segunda sostiene que lo que resulta lesionado son las libertades deliberativas de los sujetos; y la tercera defiende que la autonomía es el objeto de la vulneración. Además de la discusión normativa, que tiene un valor específico, me interesan los efectos distributivos de cada una de estas propuestas. Es decir, una de las consecuencias de privilegiar cierto valor como el fundamental en casos de discriminación es el patrón distributivo en términos de bienes sociales que resulta de esa elección teórica. Si uno de los rasgos fundamentales, y fundamentalmente reprochables, de la discriminación es que bloquea el acceso de ciertos sujetos a ese tipo de bienes, la determinación de qué bienes deberían estar protegidos depende, al menos en términos de justificación, del principio del que se derivan.

El problema que quisiera abordar es, entonces, el de los efectos de defender normativamente cierto valor como básico en cuestiones de discriminación[1] para la especificación de los bienes sociales cuyo acceso es bloqueado mediante esa actuación ilegítima. Quisiera explorar tres dimensiones de ese problema normativo: (i) los términos del debate en torno al valor fundacional del campo; (ii) la función que cumple la noción de comparabilidad en esas propuestas; y (iii) los efectos evaluativos de la combinación valor fundacional-comparabilidad en la determinación de los bienes sociales bloqueados con la discriminación. La pregunta guía es, entonces, ¿qué valor o valores[2] resultan lesionados con la acción discriminadora y, en consecuencia, el acceso a qué bienes sociales tutela la prohibición de discriminación?

---

[1] En adelante, el uso del término "discriminación" se referirá a discriminación incorrecta, moral o legalmente censurada.

[2] Los conceptos de valor, principio e interés son diferentes y no son intercambiables entre sí. Sin embargo, debido a que eso no tiene mayor importancia para el tema que reviso, los usos de manera indistinta.

La tesis que quisiera defender es que no hay un único valor lesionado de manera dominante con esa conducta, sino que, desde una perspectiva pluralista, diferentes instancias lo son. Por eso, un modelo de perfeccionismo liberal como el propuesto por Tarunabh Khaitan resulta más adecuado para dar cuenta tanto de los valores que afecta la discriminación, como de las condiciones que tendrían que cumplir los candidatos a conductas o situaciones reprochables por incurrir en discriminación. Para argumentar a favor de esta tesis, en primer lugar, me referiré a las tres propuestas normativas de condena de la discriminación: la de igualdad, la de las libertades deliberativas y la de autonomía. Este es el apartado más extenso del artículo y me permite presentar con algún detalle cada una de las dimensiones a las que más arriba me referí y las continuidades y rupturas entre estos modelos. Una vez fijado el contexto evaluativo quisiera, en el segundo apartado, exponer las objeciones que pueden platearse a cada una de estas ofertas de fundamentación normativa del derecho de la discriminación. Esto me permite destacar los temas en los que el desacuerdo entre propuestas es más agudo y también en los que el debate se centra en cuestiones en las que, en realidad, coinciden. Finalmente, expongo las conclusiones que se derivan de la discusión presentada sobre el fundamento normativo del derecho de la discriminación.

Antes de pasar a la primera parte de este escrito quisiera señalar una cosa más. Muchos consideran que los intereses filosófico-morales y los jurídicos son incompatibles. Así, mientras que los filósofos se pierden en discusiones conceptuales que solo ellos entienden y solo a ellos les importan; a los abogados los encandilan los problemas concretos, cuya solución no puede ser suspendida hasta que se tenga claridad conceptual. La sospecha mutua entre estas disciplinas ha propiciado que haya avances paralelos en temas de interés común, pero no discusión sobre esos hallazgos. Tal vez convendría, al menos por intentarlo, relajar el juicio y la condena precipitada de lo que hacen teóricos y prácticos y, más bien, sacar ventaja de lo avanzado en la otra orilla en temas tan urgentes como el de la discriminación. Tal vez, y solo tal vez, algo se puede aprender, de lado y lado, en ese ejercicio de curiosidad y modestia intelectual. Quizá lo que necesitan,

en primer término, las personas razonables que postulan las teorías de la democracia liberal y también las que defienden sus valores en la puesta en práctica del derecho es apertura.[3]

II. ¿Iguales, libres o autónomos? El valor que lesiona la discriminación

¿Cuál es el valor lesionado cuando se discrimina a un individuo o a un grupo de personas como consecuencia de que tienen, o se cree que tienen, cierto rasgo en común? La respuesta a esta pregunta varía y varían también las implicaciones sobre los bienes sociales afectados con ese comportamiento. El debate que se da entre teóricos de la discriminación apunta al fundamento normativo del reproche jurídico de esas conductas, esto es, a determinar cuál es el valor que da lugar a la censura moral y social que termina, o debería terminar, traducida en instrumento jurídico. En este apartado quisiera ocuparme del debate de fundamentación normativa y sus implicaciones para asuntos como la comparabilidad entre sujetos o grupos y la noción de igualdad que defienden o rechazan. ¿Cuál o cuáles son los valores que dan lugar al reproche de la discriminación como acción incorrecta? es la pregunta orientadora de esta reconstrucción.

Las respuestas dominantes sobre el valor lesionado con la discriminación han sido tres tipos. Éstas se dividen, a su vez, en monistas y pluralistas según consideren que la discriminación lastima de manera principal, al mismo tiempo, uno o más valores. Las alternativas monistas que quisiera explorar defienden, cada una, versiones particulares del interés preponderante: la primera de ellas, el valor de la igualdad entendido como igual consideración y respeto;[4] y, la segunda, la defensa de las libertades, específicamente de las deliberativas. La tercera es una versión pluralista de

[3] Un ejercicio de este tipo se puede encontrar en Williams, Bernard, "What Has Philosophy to Learn from Tort Law?", *The Philosophical Foundations of Tort Law,* 1997, pp. 487- 498.
[4] Por brevedad, en adelante, me referiré al principio de igual consideración y respeto de esta manera, o solo mediante la indicación "igual consideración".

los bienes morales afectados basada en la categoría "autonomía". Es "pluralista" en tanto la autonomía es el valor que engloba otros intereses como el de la libertad negativa, el bienestar y el florecimiento personal. Uno de los problemas centrales que enfrenta una propuesta pluralista de este tipo es que, a diferencia de lo que pasa con las monistas en las que los conflictos valorativos son externos, los pluralistas tienen que asumir choques internos. Las tesis monistas tienen otras dificultades a las que también me refiero más adelante.[5]

III. La discriminación viola el principio de igual consideración y respeto

Los intereses concretos vulnerados en casos de discriminación están conectados por cadenas de justificación, mejor o peor argumentadas, con los valores abstractos que los sustentan. Por eso, el cargo de violación del interés en no ser discriminado suele apelar a esos valores abstractos para probar que se cometió la infracción. En casos de discriminación, el principio al que se apela de manera generalizada —que intuitivamente se cree que está vinculado con ésta— es el de igualdad. Hay diferentes versiones de este valor y sus efectos, en este escrito reviso la tesis de igual consideración y respeto, formulada por Deborah Hellman.

Discriminar es establecer diferencias entre dos o más cosas con base en ciertas características de éstas y actuar en consecuencia. Esta operación, cotidiana y relativamente pacífica, como cuando se escoge una camisa de un color y no de otro, a veces resulta moralmente objetable y, en otras, además, jurídicamente castigada. Cuando lo que se distingue son personas, esos criterios de diferenciación son objeto de un escrutinio especial

[5] Otra versión del valor lesionado con la discriminación es el de la dignidad. Esa propuesta queda englobada en cualquiera de las otras tres: la de igualdad, la de libertad y la de autonomía. Por eso, no sería necesario listarla como un modelo autónomo que tenga consecuencias incompatibles con las demás. Al respecto pueden revisarse Kamm, F. M., "Moral Status", en Kamm, F. M., *Intricate Ethics,* Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 227-236; y Denise G. Réaume, "Dignity, Equality and Comparison", en D. M. S. Hellman, ed. *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 7-27.

que determina si es permisible o no ese comportamiento. Deborah Hellman ofrece una respuesta directa y persuasiva a la pregunta por la discriminación moralmente problemática: ésta se configura cuando se vulnera el igual valor de las personas.[6]

Ese valor central puede descomponerse en dos subprincipios: el de dignidad inherente de los seres humanos y el de importancia igual de todos los sujetos, que se traduce en el imperativo universal de igual consideración y respeto.[7] La que prescribe la igualdad como valor moral es, precisamente, la igual distribución de respeto a todas las personas. La discriminación se configura, en consecuencia, cuando se aplican distinciones inmorales entre los sujetos, violatorias de la igualdad. Hellman ha defendido la tesis de que establecer diferencias a partir de ciertos rasgos entre individuos implica que se los considera como personas de menor valor. Lo moralmente incorrecto, entonces, está dado por la categorización de los sujetos basada en determinadas características que transmite un mensaje denigrante acerca de ellos.

Esta capacidad de ciertas categorizaciones de denostar no tiene alcance universal, sino que depende, en buena medida, del contexto en el que

[6] Hellman, Deborah, *When is discrimination wrong?,* Cambridge, Harvard University Press, 2011.

[7] Ronald Dworkin es quien formula, en esos términos, el principio de igual consideración y respeto. Esta propuesta se enmarca en una ética deontológica, es decir, centrada en los deberes y no en las consecuencias de la acción, e individualista, según la cual lo que importa, en primer lugar, es el respeto de los sujetos y solo en segundo plano el bienestar colectivo. La filosofía jurídica de Dworkin está fundada, entonces, en los derechos individuales. Estos derechos, junto con la prescripción de igual consideración y respeto para todas las personas, son entendidos por el filósofo como cartas de triunfo contra la mayoría, representada por el razonamiento bienestarista maximizador. El utilitarismo, cuya base moral son los fines colectivos a los cuales deben estar subordinados los derechos, no se toma en serio la importancia de estas entidades normativas. En ese sentido, los objetivos sociales solo son admisibles si honran en su planteamiento y ejecución a los derechos. Los derechos individuales son cartas de triunfo políticos de los ciudadanos contra aquellas metas colectivas que violentan lo que desean ser o hacer. Los derechos políticos son instanciaciones del principio abstracto fundamental de igual consideración y respeto, los cuales hacen las veces de derechos morales de las personas contra los Gobiernos. Se sigue de ello que los individuos tienen especial protección derivada de estos derechos en contra las leyes que específicamente los vulneran. Los logros en términos utilitarios no pueden justificar el desconocimiento de estas titularidades, con base simplemente en los efectos deseables que se siguen de ciertas leyes, en tanto el beneficio común no es razón suficiente de la limitación de los derechos. Véanse Dworkin, Ronald, *Laws Empire,* Cambridge, Harvard University Press, 1986 y Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue,* Cambridge, Harvard University Press, 2002.

sucede el acto de habla. El significado social de las expresiones,[8] en general, y de las denigrantes, en particular, proviene de tres fuentes: la intención del hablante, la interpretación del oyente y el contexto de la enunciación.[9] A partir de ciertos rasgos se agrupa a los sujetos; la historia, el contexto y la cultura le dan significado social a eso criterios de agrupación. Ese significado social de la acción es el objeto de evaluación moral; lo que importa, en consecuencia, es lo que se hace cuando se clasifica.[10]

Lo central es, entonces, que las alocuciones que denigran a partir de cierto rasgo son incorrectas y generan un reproche moral legítimo. La incorrección se configura por la violación del principio de igual consideración y respeto, independientemente del daño[11] concreto a los afectados u otras consecuencias relacionadas. La propuesta de fundamentación normativa de esta autora es, entonces, que la igualdad —entendida como igual consideración y respeto— se quebranta cuando un sujeto, individual o colectivo, denigra a otro con base en cierto rasgo que este último tiene, o se cree que tiene. La lesión se produce por la acción denigrante y no por sus efectos.

---

[8] El expresivismo moral es una teoría acerca del significado de las expresiones morales. En términos generales, sostiene que los enunciados morales no son descriptivos, sino que su función es expresar una actitud evaluativa. Al respecto se pueden consultar Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", en *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 148, 2000, pp. 1503-1575 y Anderson, Elizabeth, "Practical Reason and Incommensurable Goods", en Chang, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 90-109.

[9] Hellman, D., When is discrimination wrong?, *op. cit.,* pp. 24-27.

[10] Hellman, D., *Discrimination and Social Meaning*, *op. cit.,* pp. 97-98.

[11] Kasper Lippert-Rasmussen defiende la tesis de que lo incorrecto de la discriminación, en términos morales, es el daño que se causa a la(s) víctima(s). Su propuesta está enmarcada en un modelo utilitarista de la moral y es, en sus términos, preferencialista y basada en el mérito. Uno de los problemas básicos de esa propuesta es que, para el utilitarismo, la acción correcta es la que maximiza el bienestar agregado de los estados de cosas y las intervenciones antidiscriminatorias muchas no maximizan. Esto significa que la conflictividad entre los imperativos morales generales de la teoría y las prescripciones de acción correcta derivadas de premisas antidiscriminatorias son, en muchas ocasiones, incoherentes. Al respecto se puede consultar Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal? A Philosphcal Inquiry into the Nature of Discrimination*, Nueva York, Oxford Unversity Press, 2014; Lippert-Rasmussen, Kasper, "The Philosophy of Discrimination: An Introduction", en Lippert-Rasmussen, K., *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination,* Oxford University Press, 2018, pp. 1-16.

Denigrar es, entonces, expresar que alguien tiene menor valor moral y, mediante ese acto del habla, humillar al objeto de la expresión. La expresión que denigra y humilla no necesita, para ser incorrecta, ser emitida por un hablante que quiera dañar.[12] La certeza de la intención del victimario puede facilitar el juicio de condena a esa acción o marcar como sospechoso al acto de habla, pero, de nuevo, es la acción en sí misma, sin consideración de motivaciones o consecuencias, la que es potencialmente inmoral. En suma, el principio básico de cualquier organización social es el de igualdad. Cuando se usan expresiones denigrantes lo que se hace con esa expresión es, precisamente, negar que los sujetos señalados tengan igual valor.

El principio de igual consideración es universal, pero las acciones que lo vulneran no lo son. En gran parte, lo que condiciona que un enunciado sea una expresión denigrante es el contexto social y la historia que dan sentido a eso que se dice. La idea es ésta, con el lenguaje no solo se dicen cosas, sino que también se hacen.[13] Y si lo que se dice es denigrante lo que se hace, dadas ciertas condiciones adicionales, es agraviar a la gente que comparte el rasgo que usa para excluir. El sentido de eso que se expresa está dado por la historia pasada y presente, por el entorno social en el que se emite. El maltrato y la desventaja sistemática que han sufrido los grupos que comparten ciertos rasgos le da un sentido determinado a lo que se dice, y eso que se dice también hace, denigra y humilla, así nadie tenga la intensión de daño o se sienta denigrado o humillado.

Ahora bien, hay actos lingüísticos que son, en sí mismos, tremendamente ofensivos respecto de un sujeto, pero que, dada la posición social del

---

[12] Hellman, D., *Discrimination and Social Meaning*, *op. cit.,* p. 105. Para la defensa de la teoría de la intención como suficiente para que haya discriminación puede consultarse Alexander, Larry, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", en *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 3, núm. 141, 1992, pp. 149-219. Una revisión crítica de esta propuesta puede encontrarse en Lippert-Rasmussen, K., *Born Free and Equal?, op. cit.*

[13] La formulación clásica de la filosofía del lenguaje, según la cual, ciertos actos del habla hacen cosas, puede encontrarse en John L. Austin, *How to do things with words*, Nueva York, Oxford University Press, 2011. Sobre el tema también puede revisarse Orlando, Eleonora y Saab, Andrés, "Términos peyorativos de grupo, estereotipos y actos de habla", en *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 51, núm. 153, 2019, pp. 31-58.

emisor no tienen la capacidad de denigrar. Para que una expresión lingüística denigre en necesario que quien la profiera tenga poder social suficiente para que la expresión menoscabe. En consecuencia, según Hellman,[14] para que una emisión lingüística que discrimina sea moralmente condenable son condiciones, cada una de ellas necesarias, y en conjunto suficientes, que asevere el valor o estatus social menor de determinado individuo o grupo y que el emisor del mensaje tenga tal poder que le permita degradar el estatus del objeto de su emisión. Si quien profiere el enunciado ofensivo y humillante no tiene una posición social que le permita degradar a los afectados, entonces la expresión insulta, pero no denigra y, como no denigra, no es discriminatoria en el sentido que le interesa a Hellman. En suma, la discriminación viola el valor básico de la igualdad de consideración y respeto mediante la negación, por parte de una instancia con poder real, del estatus igual de un sujeto.

Algunos teóricos[15] sostienen que no es necesario que la expresión discriminadora denigre para que sea incorrecta en términos morales. Bastaría, según ellos, con que los criterios de distinción que se usan para lograr determinado propósito sean arbitrarios, esto es, que no estén apoyados por buenas razones en términos de la relación medio-fin. Hellman cree que esta falta de racionalidad del criterio es un tipo de error diferente.[16] Todas las personas están expuestas a sufrir tratos arbitrarios y con eso no se cuestiona su carácter igualmente valioso en tanto que ser humano.[17] Lo que hace la discriminación a sus víctimas es más radical: no solo excluye a individuos o grupos del disfrute de ciertos bienes sociales con base en un criterio reprochable, sino que, para eso, usa un rasgo cuyo sentido está dado por una historia de exclusión, de estatus social inferior y de maltrato que impugna la pretensión de igual valor moral de esas personas.

---

[14] Hellman, D., *Discrimination and Social Meaning*, *op. cit.,* pp. 104-105.

[15] Sobre las versiones de la conducta irracional como provocadora de la discriminación puede consultarse Alexander, L., "What Makes Wrongful Discrimination...", *op. cit.*, y Lippert-Rasmussen, K., *Born Free and Equal?, op. cit.*

[16] Hellman, D., *Discrimination and Social Meaning*, *op. cit.,* pp. 99-100.

[17] Hellman, D., *When is discrimination wrong?, op. cit.,* pp. 20-21.

Thomas Scanlon se refiere en términos similares a una fuente de discriminación específica a la que llama "diferencia de estatus".[18] Esta distinción implica que sujetos son tratados como inferiores a otros en términos degradantes. Apelaciones a la casta, la raza o al género, entre otras, como fuente de la exclusión serían suficientes para negar igualdad de estatus moral a personas que integran ese subconjunto. Esas creencias sobre la inferioridad de ciertos sujetos son operativas en actitudes y prácticas sociales, y muchas veces, están incorporadas en instituciones tan importantes como el derecho. Esto tendría como consecuencia que los prejuicios ampliamente compartidos se vuelven la base para negar a esos sujetos el acceso a bienes sociales. El problema central de este tipo de discriminación sería, entonces, que depende de características que no justifican las actitudes y las diferencias de trato. Hellman y Scanlon coinciden, entonces, en que la discriminación basada en un rasgo —que histórica o socialmente ha sido causa de exclusión— es moralmente condenable, debido al mensaje denigrante que expresa y no a la intención del emisor o las consecuencias de sus actos sobre las víctimas.

La igualdad, específicamente la de consideración y respeto, es el fundamento que justifica la condena moral a la discriminación. Las versiones alternativas de fundamentación del deber de no discriminar, según Hellman, además de identificar de manera incorrecta el principio lesionado, en la práctica generan más problemas de los que ayudan a solucionar. En el siguiente apartado me refiero específicamente a las objeciones de Hellman contra las propuestas de las libertades deliberativas como el interés vulnerado en estos casos. Por ahora, quisiera detenerme en su defensa del principio de igualdad no solo como el correcto para dar cuenta del mal propio de la discriminación, sino como la mejor herramienta teórica para abordar casos de lesiones concretas a ese interés.

Como ya lo señalé, la tesis de esta autora es que la discriminación es una vulneración específica del principio de igualdad. Además de esto, en el

[18] Scanlon, Thomas, *Why Does Inequality Matter?,* Nueva York, Oxford University Press, 2018, pp. 26-39.

contexto del constitucionalismo liberal los principios sociales básicos deben ser aquellos que pueden lograr consenso entre personas razonables, que no necesariamente comparten una idea de vida buena. Se sigue de esas dos premisas que el principio de igual consideración y respeto es el postulado básico de organizaciones sociales liberales y democráticas que, precisamente, porque se basan en el principio de igualdad, permiten a los asociados defender ideales diferentes, pero razonables, de lo bueno. En otras palabras, solo el principio de igualdad entiende a los individuos como igualmente dignos de respeto y, en consecuencia, no impone ideales de vida buena a sujetos razonables que deberían poder decidir eso sin interferencias. Resulta, entonces, que el principio que justifica las libertades individuales es, precisamente, el de igualdad que, además, es el único que se toma en serio a los sujetos y su separabilidad.

El principio de igual consideración y respeto no es solo la condición moral necesaria de las sociedades democráticas y liberales, sino también el que tiene el contenido mínimo menos problemático para personas razonables. Por eso es el que permite a comunidades plurales y razonables tomar decisiones consensuadas y aceptables. El concepto de igualdad sería entonces magro (*thin concept*) —en los términos del filósofo Bernard Williams usados por Hellman—.[19]

En general, un concepto ético magro no implica compromisos morales o evaluativos mayores por parte del emisor. Por ejemplo, puede decirse que una acción es buena y eso no significa que quien la hace se refiere a la corrección intrínseca de la acción, lo deseables que son sus consecuencias, o el carácter virtuoso de quien la realiza. Por otro lado, un concepto ético grueso (*thick concept*) conlleva compromisos mucho más fuertes con los postulados morales de una teoría. Si digo que una acción es denigrante parece que estoy comprometido no solo con una valoración general, sino con un marco evaluativo específico y, de alguna manera, con sus premisas y sus consecuencias.

[19] Veánse Williams, B., "Internal and External Reasons", *op. cit.,* y Väyrynen, Pekka, *Stanford Encyclopedia of Philosophy,* Nueva York, Oxford University Press, 2019.

El principio de igualdad, entendido como igual consideración y respeto, sería un concepto magro y, como tal, aceptable por las personas razonables que viven en comunidades democráticas y liberales.[20] Hellman no dice esto explícitamente, pero creo que es una consecuencia de lo que sí ha dicho: la discriminación, como categoría derivada de ese concepto magro sería, a su vez, magra. Denigrar en tanto que acción que configura la discriminación estaría, en consecuencia, libre de los grosores de otros conceptos. Tenemos, entonces, una noción de discriminación como violación de la igual consideración y respeto, que sucede cuando un sujeto con poder social se expresa de manera denigrante contra un individuo o grupo que, derivado de eso, termina con su estatus social disminuido. Se trata de una acción incorrecta en sí misma, que no necesita ni malas intenciones, ni consecuencias, ni sujetos dañados. Éste sería el objeto del consenso entre personas razonables con ideas de vida buena contrapuestas.

Otras características del concepto de igualdad de consideración, además de su "magritud", son su carácter comparativo y empírico. Es un concepto comparativo en tanto su violación, la discriminación, ocurre cuando un individuo es tratado como menos valioso por un agente con el poder de alterar ese estatus, es decir, cuando no es tratado como un igual. Esa igualad de importancia de los sujetos solo puede determinarse en relación con el mismo reconocimiento dado a otros y el mecanismo, a través del que se determina eso es el de la comparación. En tanto no hay igualdad intrínseca de una sola persona, la cuestión sería ¿igual a quién? La comparación sirve, entonces, para definir si el trato diferenciado es, también, discriminatorio y determinar, en el caso concreto, qué significa tratar menos bien a cierto grupo.[21]

La otra característica del concepto, su carácter empírico, sería una consecuencia lógica de su magritud. Me explico, Hellman sostiene que, en

[20] Hellman, Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination"; en H. Deborah y M. Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, pp. 60-69.
[21] Ibid., pp. 57-60.

democracias liberales, los cargos de discriminación suelen ser complejos. Eso no significa que quienes los adjudican, los jueces constitucionales, por ejemplo, tienen que comprometerse con conceptos normativos gruesos de vida buena, como el de libertades deliberativas. Por el contrario, la igualdad de consideración magra no solo es un principio normativo, sino también uno empírico, como lo es el principio de la aceleración constante de los cuerpos. Como lo hace el principio de aceleración, solo registra regularidades empíricas que, para el caso de la discriminación, son hechos sociales y no naturales. Parece, de nuevo, que la discriminación es un hecho empírico-social condenable en sí mismo y que ni la condena ni el principio ni la conducta son cuestiones de juicio normativo o de juicio de acción correcta. Las preguntas que responden los jueces son, de la misma manera, de interpretación empírica y descriptiva mediante una estrategia comparativa de hechos sociales.

En suma, Hellman considera que la denegación de acceso a bienes sociales a ciertos sujetos que comparten, o se cree que comparten, determinado rasgo es una conducta discriminatoria y, por lo tanto, reprochable normativamente. El principio moral básico que justifica esa condena es el de la igualdad, entendido como igual consideración y respeto por sujetos que son inherentemente valiosos. La acción discriminadora se configura cuando un individuo, o varios, se expresan en términos denigrantes respecto de otros que tienen, o se cree que tienen, alguna característica. Esa expresión no solo comunica, sino que hace algo esa persona: la humilla y la denigra. Para que cierto enunciado lingüístico dañe, en términos de Hellman, quien lo emite debe tener tal estatus social, que sus palabras, por sí mismas, tienen el poder de degradar la situación del objeto de sus expresiones. No es necesario, entonces, que el emisor del mensaje discriminatorio tenga intención de daño, que los aludidos se sientan humillados o las consecuencias de concretas de esa acción lingüística. La nación de igual consideración con fundamento normativo de la discriminación tiene, además, una ventaja conceptual que no tienen otras propuestas: es éticamente magra. No solo no se enreda con los grosores categoriales de otros conceptos éticos, sino que ofrece respuestas

empíricas sobre la discriminación que pueden ser aceptadas por personas razonables de credos muy diversos. La posibilidad de comparar la situación de diversos individuos en términos de si reciben el mismo respeto como personas con valor inherente es lo que permite, en primer término, dar paso a los juicios empíricos de discriminación.

IV. La discriminación viola libertades deliberativas básicas

Otra propuesta normativa sobre lo que constituye la injusticia de la discriminación es la de las libertades deliberativas, desarrollada por Sophia Moreau. Moreau sostiene que, aunque parece claro que se comete un daño[22] individual a las víctimas de discriminación, es difícil señalar precisamente cuál es el interés vulnerado.[23] En términos generales, hay discriminación cuando se pone en desventaja de manera injusta a individuos o grupos porque tienen, o se cree que tienen, cierto rasgo. Aunque la lesión puede ser ocasionada de manera voluntaria o ser un efecto secundario y no intencional, cuando se incurre en una acción que discrimina se comete la falla de no tratar a las personas como iguales. Dado que para Moreau se lesiona el valor de la igualdad[24] con la diferenciación inmoral, quedaría por determinar qué versión de igualdad postula y qué tan fundamental es para su propuesta teórica.

A la pregunta difícil sobre el interés afectado con la discriminación, Moreau responde que es el de poder decidir cómo vivir la propia vida, sin tener que soportar los efectos de rasgos personales irrelevantes para eso. Cuando esas

[22] Este punto sería controversial desde la teoría igualitaria y expresivista de Hellman. Es posible que en la propuesta de Moreau la noción de daño esté cualificada en tanto no se refiere a un estado de cosas que es peor debido a la lesión concreta que sufre(n) su(s) víctimas.

[23] Moreau, Sophia, "Discrimination and Freedom", en K. Lippert-Rasmussen (ed.) *The Routledge Handbook of Ethics of Discrimination,* Nueva York, Routledge, 2018, pp. 164-165.

[24] Para una presentación de la idea de igualdad como secundaria, pero importante, en la fundamentación del derecho de la no discriminación, en general, y de la noción de estereotipos, en particular, véase Moreau, Sophia, "Equality Rights and Stereotypes", en *Philosophical Foundations of Constitutional Law,* Oxford Scholarship Online, 2016.

decisiones se toman en sociedades liberales y democráticas, los poderes públicos no están habilitados para imponer coactivamente a los sujetos modelos de vida buena o de virtud.[25] Ese poder es una titulación de derechos cuyo contenido amparado son los valores escogidos por sujetos y las vidas que llevan en consonancia con estos. Este parece ser un primer punto de convergencia entre los modelos de Hellman y Moreau: hay un valor básico que sustenta la incorrección moral de la acción que discrimina. Ese valor, en términos positivos, resguarda el derecho básico en democracias liberales de los sujetos razonables de vivir la vida que quieren y promover los valores que prefieren.

La discriminación, a juicio de Moreau,[26] bloquea la posibilidad de los sujetos, individuales o colectivos, de acceder a bienes sociales valiosos. Esa diferenciación inmoral opera a través del señalamiento de un rasgo que esos sujetos tienen, o se cree que tienen. Como consecuencia, el objeto del bloqueo es la posibilidad de que los intereses concretos de las víctimas cuenten sustantivamente en el debate público. Las libertades deliberativas de los agentes son, entonces, el fundamento normativo de la prohibición de discriminación inmoral.

Desde la perspectiva del interés antidiscriminatorio, los individuos deberían poder escoger sus valores y los objetivos que persiguen. Esa búsqueda de la propia idea de vida buena es acotada por las constricciones propias de cada empresa humana: recursos limitados, costos, necesidades, etc. Esas restricciones son cargas legítimas que las personas tienen que soportar. Pero cuando los costos y limitaciones afectan directamente la habilidad personal de deliberar sin el peso de esos rasgos normativamente irrelevantes, lo que resulta vulnerado son las libertades deliberativas que permiten incluir los propios intereses en el debate. Por eso es

[25] Moreau, Sophia, "What is Discrimination?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 38, núm. 2, 2010, p. 147.
[26] Ibid., pp. 148-153.

injusto que se obligue a los individuos a dedicar recursos y a asumir los costos de que un rasgo se use como expediente para excluir sus intereses.

La irrelevancia del rasgo base de la discriminación es entendida en términos normativos acotados. Esto es, puede que para la persona esa característica sea muy importante, pero eso no habilita al victimario a usar esa particularidad como fuente de supresión de oportunidades valiosas. No es condición necesaria que esa característica sea intrínseca, es decir, no modificable a voluntad, que esté más allá del control inmediato del agente o que sea más o menos importante para el sujeto que la tiene. Lo relevante es que es injusto atribuirle consecuencias normativas en la toma de decisiones.

Los individuos de sociedades liberales democráticas escogen su ideal de vida buena y actúan en consecuencia. La discriminación interrumpe esa facultad mediante el bloqueo de las libertades deliberativas que permiten, precisamente, promover aquello que se valora. Moreau enfatiza, y esto es importante para distanciarse de propuestas bienestaristas, que las víctimas de discriminación no resienten no poder disfrutar bienes sociales concretos, sino que se les expropie la libertad de decidir por sí mismos, sin la carga de rasgos normativamente irrelevantes.

Con la discriminación se comete una injusticia que afecta la libertad en dos niveles, el personal y el institucional.[27] En el nivel personal, se lesiona la libertad negativa de los afectados al volver no disponibles opciones que estaban abiertas o al incrementar los costos de escoger alguna de ellas. También se interfiere de manera ilegítima la libertad de elegir cuando la amenaza de obstrucción es permanente, esto es, cuando las víctimas están bajo el dominio de los infractores y sometidas a la posibilidad constante de obstaculización. En el nivel sistémico, se produce una afectación indirecta de esa libertad en tanto se disminuyen las oportunidades disponibles para individuos que integran cierto grupo, derivada de

[27] Moreau, S., "Discrimination and Freedom", *op. cit.*, pp. 168-170.

un rasgo que comparten y que ha sido objeto de señalamiento y causa de exclusión. Algunas teorías sobre la injustica de la discriminación a nivel sistémico señalan a la libertad positiva, entendida en términos de autonomía, como el interés afectado y lo fundamentan en versiones perfeccionistas de la libertad. Moreau rechaza explícitamente esas tesis.

Veamos, según las versiones autonomistas de la discriminación, en especial la de Tarunabh Khaitan, esta conducta exacerba y perpetúa desventajas históricas y recientes de grupos sociales. Esto implica que los integrantes de esos grupos tienen ocasiones reducidas de llevar la vida que quieren, en consonancia con las metas que escogen. Los sujetos y grupos discriminados no son libres en tanto está bloqueado el paso del ideal de autogobierno y autorrealización personal a la práctica concreta de una forma de vida valorada. La discriminación sería injusta, en efecto, porque opera a nivel sistémico y evita que los miembros de grupos socialmente desaventajados desarrollen sus libertades positivas.[28]

Esta versión es perfeccionista en tanto no se limita a condenar la interferencia en las elecciones de los agentes, como lo hace la tesis de las libertades deliberativas, sino que establece valores objetivos que los sujetos deberían honrar. Me explico, hay ciertos ideales de vida buena que materializan valores objetivamente valiosos. La discriminación protege a los sujetos a quienes se les bloquea las decisiones orientadas a realizar esos valores objetivos. Cuando los individuos llevan vidas que representan valores no objetivos, o que son moralmente reprochables, no desarrollan su libertad en términos de un ideal de perfección y, en consecuencia, no son discriminados.

Moreau considera que esta propuesta moral es inaceptable en general y, en consecuencia, incorrecta para dar cuenta de la injusticia de la discriminación. En primer lugar, se protege a la gente contra la discriminación, precisamente, para que no tenga que pronunciarse sobre el valor moral

[28] Ibid., pp. 171-172.

de integrar cierto grupo o acceder a determinada oportunidad. Tomarse en serio a los grupos desaventajados es permitirles pronunciarse y actuar en consecuencia de sus propias concepciones de valor. Por eso, limitar las instancias de protección contra la discriminación a aquellas que encarnan los valores objetivos defendidos por la tesis de la autonomía implica, contrario a lo que su nombre sugiere, imponer modelos de vida buena a los grupos e individuos desaventajados. Para Moreau, este paternalismo es inaceptable en una sociedad democrática liberal en tanto sustituye la voluntad de esos colectivos, les impone una versión de verdad moral y los juzga de conformidad con ésta. La única alternativa razonable en este tipo de sociedades es proteger, mediante principios antidiscriminatorios, la habilidad de esos grupos de escoger la vida que quieren, con base en valores propios y sin condescendencia, ni interferencias externas ilegítimas.

Para la versión de las libertades deliberativas de Moreau son importantes las libertades positivas, pero en un sentido no perfeccionista. Esto quiere decir que esas libertades específicas se enmarcan en la categoría general "libertades de acción" en la que lo que importa no es no sufrir interferencias en las decisiones, sino que las opciones que se creen disponibles realmente lo estén. Contar con oportunidades y recursos es, entonces, una precondición para que pueda darse la deliberación respecto de opciones específicas. Pero lo central en sí para los sujetos es la posibilidad de ser libres de escoger ellos mismos entre el catálogo de opciones disponibles, no su bienestar o la satisfacción de sus preferencias. Y ser libres implica no tener que cargar en las deliberaciones con los efectos de rasgos personales normativamente irrelevantes.[29]

[29] Las teorías morales y de la justicia que posicionan en un plano superior a la dignidad, y al ejercicio de las libertades asociadas a ella, se reivindican como las únicas habilitadas, o la mejor preparadas, para ofrecer una idea de derechos con importancia intrínseca que no pueden ser desplazados por el mero aumento marginal de bienestar. Estas propuestas son denominadas deontológicas. Como ya lo señalé, para las éticas deontológicas las acciones, instituciones y demás, deben ser juzgadas por los principios que las justifican. A la pregunta de si hay acciones o disposiciones que sean portadoras de valor, independientemente de las consecuencias que generen, el deontologismo responde de forma afirmativa: las acciones, disposiciones, etcétera, deben ser evaluadas de acuerdo

Otras propuestas sobre el fundamento normativo de la discriminación sostienen que es el daño concreto derivado de ese actuar inmoral. Es decir, dejan en segundo plano lo que importa realmente en estos casos, la acción injusta de bloqueo de libertades y, además, soslayan lo que es significativo para las víctimas: poder decidir por sí mismas y que no se bloquee el acceso a oportunidades. Las consecuencias de esas acciones injustas, la felicidad o la satisfacción de las preferencias personales de los afectados son secundarias. Según Moreau, entonces, a los sujetos les importa más la injusticia de la situación, que la afectación de su bienestar individual.

Las titulaciones a esas libertades deliberativas son derechos, independientemente de si promueven o no el bienestar de los discriminados. Hay, entonces, un derecho individual a ciertas libertades cuyo ejercicio no debe ser constreñido por rasgos personales irrelevantes normativamente para la situación de elección. En consecuencia, en casos en los que se alega violación del derecho a la no discriminación es necesario determinar si la característica que provocó la distinción es, en efecto, irrelevante para el caso concreto.[30]

Estos juicios sobre irrelevancia y su capacidad de violar el derecho individual a no ser discriminado se hacen en el contexto de la evaluación normativa. Más arriba señalé que Hellman defiende el carácter magro del concepto de igualdad consideración y su habilidad para resolver asuntos complejos mediante enunciados exclusivamente empíricos. Esto permite, según ella, solventar casos de discriminación mediante enunciados interpretativos de hechos sociales, tan desprovistos de normatividad que son aptos para lograr el consenso de personas razonables con cosmovisiones diversas.

---

con los principios que las inspiran, no por sus resultados. Por eso, buena parte de esta tradición plantea a los derechos en términos de constricciones a la acción que fijan los límites de lo que puede ser legítimamente hecho sin lesionar la autonomía y dignidad de las personas. Un derecho puede ser presentado, de esa manera, como una disposición normativa que tiene valor en sí misma.

[30] Moreau, Sophia, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", en *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 81-82.

Moreau no cree que esto sea posible. Para decidir casos en los que se alega la irrelevancia normativa de un rasgo usado como criterio de diferenciación, es ineludible la referencia a los propósitos de la acción individual o institucional atacada, en tanto la evaluación de propósitos es un asunto normativo. Eso no quiere decir que el problema sea exclusivamente moral o que se trate siempre de cuestiones importantes en la vida de los agentes. Solo que para determinar si una acción es incorrecta, o violatoria de un derecho en términos de fundamentación normativa, también serán normativas muchas de las premisas de esos argumentos.

La lista de rasgos normativamente irrelevantes para la deliberación varía de sociedad en sociedad. Los hechos normativos, al igual que la injusticia que se comete con la discriminación son asuntos complejos. En todo caso, esa complejidad reconduce necesariamente a la vulneración de libertades deliberativas de sujetos que persiguen planes de vida diferentes. En suma, la preocupación por las libertades deliberativas es otra forma de expresar el interés en ser el autor del propio destino.

Ahora bien, pese a que referirse a sujetos y vidas en colectivo puede dar la impresión de que el valor de la igualdad fundamenta el interés en la no discriminación, esto no es así. Cada persona está titulada a sus propias libertades de forma independiente a la titulación, cantidad y alcance de éstas por parte de otros sujetos. En otras palabras, todas las personas tienen las mismas libertades, pero esto es así no porque todas deban tener la misma cantidad, sino porque cada uno individualmente es titular. La propuesta es monista, en tanto está basada en el valor de la libertad deliberativa, y es no comparativa porque las libertades de los sujetos no están definidas en términos relacionales.

Los valores dominantes varían entre contextos. En esos casos es necesario ponderar las libertades deliberativas amenazadas con la discriminación y los valores contrapuestos. Es más, dado que en sociedades liberales y democráticas hay una pluralidad de valores importantes y, además, hay libertades que pueden entrar en tensión con las protegidas por los postu-

lados antidiscriminatorios, una de las cuestiones básicas a enfrentar en términos normativos es cómo ponderar libertades entre sí.[31] Pero, independientemente del valor o valores contrapuestos en una circunstancia específica, en todos los casos en los que se trate de discriminación es necesario apelar a un esquema de libertades que permita señalar la injusticia específica de la situación y el propósito que justifica atacarla. Las libertades en general y las deliberativas en particular tienen valor inherente, con independencia de su distribución entre sujetos y de sus vínculos con otras cosas importantes. Si se quieren entender las quejas que plantean las víctimas de discriminación, hay que apelar de manera necesaria, aunque no siempre suficiente, a las libertades que se les han negado.

Más arriba señalé que, según Moreau, el valor de la igualdad es importante cuando se cualifican los perjuicios que sufren las personas discriminadas. Está de acuerdo con Hellman en que el principio de igual consideración y respeto es básico en cuestiones de discriminación, solo que ese principio más que una alternativa es una especificación del principio de libertades deliberativas. Me explico, el principio de igual consideración distribuye un conjunto igual de libertades deliberativas a cada individuo. Esas libertades les permiten escoger los valores propios de la vida que desean vivir, sin tener que asumir los costos de los rasgos que no deberían considerar cuando deciden. En ese sentido, la teoría basada en las libertades es comprensiva del ideal de igual consideración.[32]

El principio de igual consideración especifica lo que supone el respeto de las libertades individuales, pero no subordina ese reconocimiento a decisiones distributivas. Quiero decir, en tanto el reconocimiento a un sujeto de un conjunto de libertades no es contingente respecto de un esquema reconocido a otro, según Moreau, esta propuesta no es comparativa. Cada individuo es titular de un derecho abstracto a ciertas libertades y eso no se relaciona con las titulaciones, iguales o diferentes, de otras personas.

[31] Moreau, S., "Discrimination and Freedom", *op. cit.*, pp. 171-172.
[32] Moreau, S., "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", *op. cit.,* pp. 72-76.

La capacidad de ser libres depende, en últimas, de la habilidad más fundamental de ser sujetos autónomos (en un sentido no perfeccionista), y esto no es relativo a las capacidades de los otros.

En suma, tampoco es comparativo el carácter humillante y denigrante de la expresión que discrimina, contrario a lo que sostiene Hellman. Aunque esos enunciados lingüísticos, de hecho, denigran, la razón básica por la cual es incorrecto hacer eso es el valor inherente y la dignidad de todas las personas. La dignidad como titulación individual no depende de la comparación con otros individuos y su entendimiento es análogo al de las libertades deliberativas. De igual manera, si se avanza a un segundo nivel en el que se considera qué significa ser tratado como un igual a la luz del principio de igual consideración, la respuesta tampoco tiene carácter comparativo.[33] La humillación que producen las expresiones denigrantes en casos de discriminación lesiona el estatus de las víctimas; ese mal es individual y no depende para su configuración de que se degrade el estatus de otros.

V. Los muchos valores que vulnera la discriminación: el problema de la autonomía

Hasta ahora he presentado dos alternativas de fundamentación normativa de la discriminación: como violación del principio de igualdad, entendido como igual consideración y respeto, y como infracción del derecho a las libertades deliberativas. Señalé, también, que estas propuestas son monistas porque entienden que la discriminación lesiona, en últimas, un solo valor. Eso no quiere decir que crean que ese es el único bien importante al formular una teoría de la moral o de la justicia que pretenda ser completa, coherente y correcta. Solo implica que es el más importante. En este apartado me gustaría explorar un modelo pluralista acerca de la incorrección de la discriminación. Para esto me voy a valer de la propuesta del

[33] Ibid., pp. 75-76.

Tarunabh Khaitan quien, como parte de su proyecto de formular una teoría del derecho de la discriminación, ha desarrollado una exposición pormenorizada y compleja de los valores que están a la base de esa área de la práctica jurídica.

A juicio de Khaitan, en las discusiones sobre discriminación sucede algo parecido a lo que pasa en los debates de filosofía moral. Los defensores de cierta tesis señalan que las otras propuestas o bien tienen consecuencias normativas inaceptables, o bien no pueden explicar ciertos aspectos consolidados de la práctica y que son relevantes en términos morales. Como resultado de esto, no hay un acuerdo mínimo acerca del fundamento normativo más plausible del derecho de la discriminación. Una alternativa viable a esta encrucijada teórica sería la que ofrece una versión pluralista de la justificación moral antidiscriminatoria. Esto es, que sea capaz de articular lo que tienen de correcto las versiones de la igualdad, la libertad y la dignidad y que, además, ofrezca una versión panorámica del proyecto de fundamentación.[34] Por eso, no sería suficiente con la formulación de ideales abstractos que sustentan la antidiscriminación. Una propuesta razonable tendría que explicitar las transiciones entre esos postulados básicos y los valores concretos que soportan una práctica específica.

Esta tesis de la autonomía pluralista sostiene que hay cuatro bienes básicos para que la gente pueda tener vidas seguras y prosperar: satisfacción de necesidades básicas de índole biológico; tutela de libertades negativas; acceso a un rango adecuado de oportunidades valiosas; y un nivel adecuado de autorrespeto. La posibilidad de disfrutar de esas cuatro categorías de bienes es una demanda liberal, pero no de un liberalismo de cualquier tipo. Más adelante vuelvo sobre esta cualificación. La preocupación específica por los grupos desaventajados se deriva, precisamente, de los obstáculos que estos tienen que enfrentar para disfrutar de manera segura de los tres últimos tipos de bienes.

[34] Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2015, pp. 92-98.

La discriminación es un género específico de obstáculo que enfrentan los grupos desaventajados para acceder de manera segura a ciertos bienes valiosos socialmente. Ese bloqueo singulariza ciertos rasgos que el grupo comparte y que son el móvil de la exclusión. La especie de bloqueo de acceso a bienes sociales propio de la discriminación cumple, a juicio de Khaitan, cuatro condiciones, cada una necesaria y, en conjunto, suficientes. Voy a mencionar de manera muy escueta en qué consisten para pasar a lo que realmente me interesa de esta propuesta basada en la autonomía: el fundamento normativo de la condena a la discriminación.

Las bases personales son el primer criterio. Se trata de rasgos que tienen los sujetos y que condicionan la decisión de exclusión y que, en términos normativos, deberían ser irrelevantes para la situación de elección. Pueden tener dos alcances: universal, esto es, compartido por todos los sujetos del conjunto y lo que provoca el señalamiento es alguna característica que comparte un subconjunto. Por ejemplo, la categoría sexo es universal. Dentro de esa categoría hay un subconjunto de personas que comparten el sexo femenino. Ese grupo de personas ha recibido cierto trato o sufrido ciertas consecuencias precisamente porque tiene ese rasgo: ser mujer. Lo mismo ocurre con criterios como religión, raza, etcétera. El otro tipo de base, cuyo carácter universal es disputado, pero que da lugar a grupos posiblemente discriminados, es presentado de manera más adecuada como estatus. Los estatus que pueden dar lugar a la exclusión serían, por ejemplo, el embarazo o la discapacidad.

Los diferentes grupos que comparten base universal son cognados, segunda característica. De nuevo, la base universal "sexo" está integrada por diferentes grupos, mujeres, hombres, intersexuales, etc. Algunos de estos grupos son individualizados a partir de ese rasgo que comparten, ser de sexo femenino, por ejemplo, y son excluidos del disfrute de ciertos bienes sociales. Es el caso del derecho al voto, hasta 1947, en México, las mujeres no podían votar. Otro grupo cognado, los hombres, con el que comparten la base universal "sexo", sí tenía acceso a ese bien social. Las mujeres

estaban, entonces, en desventaja permanente, sustantiva, generalizada y relativa a los hombres y, por ello, debían ser un grupo protegido (tercer criterio).

La cuarta característica es la distribución excéntrica de oportunidades y de beneficios. Esto quiere decir que la asignación de bienes sociales, a veces, no alcanza a todos los integrantes del grupo desaventajado, ni siquiera a los más meritorios o a quienes los requieren más urgentemente. No se trata, entonces, de beneficios de distribución universal. En suma, el derecho de la discriminación busca proteger el acceso seguro y permanente de los grupos desaventajados a ciertos bienes sociales relevantes. La desventaja en estos casos se deriva de un rasgo personal que comparten los integrantes y que debería ser normativamente irrelevante. Pero ¿cuál es el propósito general que justifica las conductas contra la discriminación?

La fundamentación normativa de las acciones antidiscriminatorias es, entonces, el aseguramiento de un aspecto del bienestar de las personas a través de la reducción de desventajas relativas, permanentes y generalizadas que sufren los grupos protegidos. Esas desventajas se dan en términos del acceso seguro a tres de los bienes necesarios para el desarrollo de una vida buena: libertades negativas, autorrespeto y acceso a un rango adecuado de oportunidades valiosas.[35] El propósito normativo primordial de las acciones antidiscriminatorias es, entonces, promover determinado aspecto del bienestar personal entendido como la realización de la propia vida. No se trata de un bienestar propio utilitarista, esto es, que promueva el estado de cosas que maximice la felicidad total sin importar de qué manera o cuál es el objeto de esa felicidad, sino de una versión moralizada del mismo.

Defender una versión moralizada del bienestar implica que lo que se ampara es la vida realizada, es decir, la que se dedica a la búsqueda de metas

[35] Ibid., pp. 4-9.

valiosas, con medios igualmente valiosos. Esos valores a los que me he referido no son meras preferencias subjetivas, como en la propuesta de Moreau, según la cual, el fundamento del derecho antidiscriminación protege la libertad individual de elegir el ideal de vida buena y actuar en consecuencia. No sería importante si la vida que se quiere se logra, lo que vale es la posibilidad de elegirla sin las cargas de rasgos normativamente irrelevantes.

En la versión moralizada, la métrica del bienestar son valores objetivos, la vida que vale es una que se realiza en términos de bienestar. Y el bienestar personal está integrado por medios y metas valiosas y por algún grado de éxito en la procuración de éstas. Precisamente por esto, la propuesta de Khaitan no sólo es objetivista en términos morales, sino que es perfeccionista en tanto la versión del bien humano es igualmente objetiva. No cualquier meta o medio para alcanzarla es meritoria solo por ser personal, solo las vidas valiosas que florecen en armonía con valores objetivos son dignas de tutela contra la discriminación.

El perfeccionismo al que apunta esta propuesta es pluralista. Esto quiere decir que entiende que hay múltiples valores objetivos y que pueden chocar entre sí. En el mismo sentido, hay múltiples posibilidades de llevar vidas buenas que son incompatibles, pero que realizan diferentes valores objetivos. Tenemos, entonces, una propuesta sobre la finalidad de las acciones antidiscriminación que considera que el fundamento de éstas es una idea moralizada de bienestar individual. Es perfeccionista en tanto el único bienestar digno de tutela es aquel que realiza o busca realizar valores objetivos, y es pluralista en tanto admite que hay múltiples opciones de vida que son valiosas debido a que realizan alguna de esas instancias que valen objetivamente.

Khaitan apela explícitamente a la propuesta de Joseph Raz para elaborar su propia versión del ideal de vida buena y de liberalismo perfeccionista de

la antidiscriminación. Según Raz,[36] la idea de bienestar parece estar emparentada con la de "vida buena" como objeto de la ética. Es un modelo abierto en términos de información, tal como lo es el de las capacidades, propuesto por Amartya Sen.[37] Comparten, con alcances diferentes, la idea de que la vida buena tiene como punto central a la persona que la vive. Una teoría del bienestar de este tipo incorpora información de estados de cosas, al igual que de búsqueda comprometida y eventualmente exitosa de metas y relaciones significativas. Esta incorporación de información sobre valores y metas es la que permite establecer uno de los primeros puentes entre bienestar y derechos.

Pero, dado que tanto la idea de bienestar como la de intereses asociados a su protección y promoción están integradas por valores diferentes que, muchas veces, señalan cursos de acción incompatibles, la posibilidad de conflictos se multiplica. Es decir, los valores del bienestar, y de la moralidad en general, están ellos mismos integrados por valores diversos (pluralismo valorativo). Eso quiere decir que, aunque en términos analíticos es viable, por ejemplo, individualizar a la autonomía frente a la igualdad, en los casos concretos hay situaciones en las que es necesario decidir entre acciones que instancian valores de manera diferente.

---

[36] Raz, Joseph, "The Role of Well-being", *Philosophical Perspective,* núm. 18, 2004, pp. 269-294.

[37] El concepto de capacidades tal y como lo incorpora Khaitan es el formulado por Amartya Sen. En términos muy generales, las capacidades son la colección de funcionamientos que se tienen a disposición y que constituyen una elección individual. Los funcionamientos son la parte pasiva del análisis de los estados de cosas son el resultado o las cosas que logran los individuos para vivir. El bienestar, entonces, es el conjunto de quehaceres que le permiten a las personas combinar funcionamientos valiosos y evaluar de manera objetiva su calidad de vida. Las capacidades, como métrica del bienestar que está entre el planteamiento de los bienes primarios y la propuesta de la utilidad, es el concepto candidato a reemplazar las perspectivas tradicionales de análisis como libertad negativa y utilidad. Éstas enfatizan la necesidad de tomar en cuenta los efectos de los bienes sociales respecto de los seres humanos. Con respecto a la relación entre capacidades y libertades positivas puede decirse, en términos de Sen, que la libertad de llevar diferentes tipos de vida se refleja en el conjunto de capacidades de la persona. "La capacidad de una persona depende de varios factores que incluyen las características personales y los arreglos sociales. […] las capacidades humanas constituyen una parte importante de la libertad individual." Sen, Amartya, "Capacidad y bienestar"; en *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

La idea de bienestar moralmente relevante genera imperativos de acción y toma en consideración que la noción de "vida buena" está integrada por valores diversos y no siempre compatibles en la práctica. Estos valores son integrados en la evaluación. Uno de los fines principales de la defensa de la libertad como el valor moral fundamental es que permite a los agentes elegir el tipo de vida que prefieren y las metas que quiere alcanzar. Pero es difícil definirla sin tener en cuenta: qué consideran como bueno, cómo llegaron a esa conclusión y la manera de enfrentar los conflictos de valores.[38]

Para Khaitan, siguiendo a Raz, la evaluación de las vidas realizadas debe hacerse de manera integral. Esto quiere decir que no se examina solo de la acción individual de los sujetos, sino los recursos y oportunidades a los que tuvieron acceso. Sin las condiciones básicas de florecimiento no es adecuado, entonces, hablar de vidas realizadas. Éstas requieren, al menos, acceso seguro a los cuatro bienes básicos para el bienestar, que es condición de posibilidad de la elección libre de proyectos personales. A diferencia de la idea de Hellman y Moreau sobre el objeto de acuerdo de personas razonables en sociedades democráticas y liberales, el bien que justifica el derecho antidiscriminatorio es múltiple, objetivo y establece un marco perfeccionista para los proyectos personales merecedores de tutela.

Los proyectos valiosos son aquellos que los sujetos eligen y procuran libremente. Pero la libertad a la que se refiere esta propuesta teórica no marca solamente los límites de intervención en esferas personales. Se trata de una idea positiva que incluye las precondiciones del ejercicio de esa potestad y circunscribe en términos de vida valiosa las elecciones personales, que pueden ser tan diversas como diversos son los valores morales objetivos. En suma, se trata de una defensa de la libertad en términos

[38] Raz, Joseph, "The Central Conflict: Morality and Self-Interest", en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 305-311.

positivos y perfeccionistas, es decir, de la noción de autonomía. Lo que le importa no son tanto las acciones, sino la situación específica y ubicada de las personas.

El tercer bien básico que es precondición de la vida buena —el acceso a un rango adecuado de oportunidades valiosas— debe ser leído, de igual forma, en términos perfeccionistas. Moreau se refiere también a las oportunidades, pero su foco está en la capacidad de elegir de los sujetos. Por eso las opciones que están disponibles, su cantidad y calidad, no son centrales, como tampoco es central que las personas logren eso que se proponen. El énfasis está en la idea de libertad negativa, en tanto que no interferencia, como la única constricción que admite el principio básico de respeto de los individuos y sus decisiones.

Volvamos sobre la noción de oportunidades que se deriva de un modelo pluralista del fundamento normativo de la discriminación. Una de las razones que justifica la defensa de las oportunidades como bien socialmente valioso es, contrario a lo que afirma Moreau, las libertades positivas entendidas como capacidades. Esas capacidades traducen en términos de opciones y realizaciones esas cosas que las personas quieren hacer en y con sus vidas, las fundamentales y también las triviales. Esas oportunidades, importantes en parte por la relación específica que tienen con las metas de los sujetos, no se determinan de manera abstracta, sino que dependen en buena medida del contexto y las prácticas sociales extendidas que las dotan de significado concreto.

Las formas sociales pueden ser, en el modelo de Khaitan, un bien social si traducen en términos locales los valores morales, abstractos y objetivos que he venido señalando. Estos bienes colectivos tienen un papel principal en el bienestar individual. Las aspiraciones y metas personales, así como el ideal de lo que significa para las personas que esas metas se realicen, dependen de los bienes sociales que dan sentido y hacen deseables esas realizaciones. La idea de vida buena de los sujetos, entonces, se

define necesariamente también por las formas sociales que señalan como valiosos ciertos bienes sociales y, en consecuencia, a las oportunidades reales para acceder a estos. No importa solamente que haya oportunidades, sino en qué sentido éstas son valiosas y si, además de acceso, ofrecen una posibilidad tangible de realización de metas personales valiosas. Los fines están interconectados entre sí y, por eso, la disponibilidad de algunos impacta los otros.

La distribución de recursos sociales para procurar ciertas oportunidades afecta la disponibilidad de las demás en términos de adecuación y de costos. La adecuación es un juicio comparativo de la porción de bienes sociales valiosos, entre ellos las oportunidades, distribuidas a los sujetos. Los costos se refieren, particularmente, a que hay posibilidades que dejan de estar disponibles, para el individuo y para otros sujetos, cuando se distribuye una oportunidad. Qué tan adecuadas son las oportunidades en relación con los fines valiosos moralmente depende, en parte, de lo que los otros tienen. En ese sentido, es un juicio comparativo de las "porciones repartidas" entre los diferentes grupos sociales, lo que implica que el valor de mis oportunidades se ve afectado por la porción que le toca a los demás. Khaitan aclara que ese carácter relativo del juicio de adecuación de las oportunidades no quiere decir que la suya sea una propuesta igualitarista. En otras palabras, su teoría sobre la discriminación es comparativa, pero de eso no se sigue que el valor de la igualdad sea su sustento normativo.

Vuelvo sobre la forma de determinar qué tan adecuada es una oportunidad. Según la versión del igualitarismo presentada por el autor, esta propuesta defendería que las oportunidades adecuadas son aquellas repartidas en porciones iguales. La comparación sería, en consecuencia, el mecanismo moral y metodológicamente adecuado para determinar la corrección de los repartos, entre ellos, el de oportunidades. Pero, recuerda el autor, la igualdad en la distribución, a diferencia de lo que creen los igualitaristas, no tiene importancia intrínseca. Un deber de asignación de bienes gobernado por esa regla pasa por alto lo que los bienes implican respecto de

los sujetos, esto es, su capacidad de transformarlos en funcionamientos. El compromiso igualitario con la distribución aritmética igual, como si esto tuviera valor en sí mismo, no es consonante con la búsqueda individual de la vida buena, ni sensible con las necesidades diferenciadas entre sujetos y grupos.

El comparativismo de Khaitan no es, entonces, igualitarista, sino de carácter suficientista y preferencial. Esto significa que al juzgar la adecuación de las oportunidades lo importante es si las personas tienen lo suficiente para llevar una vida valiosa y eso no tiene que ver con la igualdad de porciones repartidas. La suficiencia tendrá que determinarse con base en los bienes sociales disponibles, los fines propios de los sujetos y los valores objetivos que condicionan la definición de lo que es una vida buena. La evaluación de suficiencia es, entonces, comparativa en tanto depende en alguna medida de lo que otros tienen que, como ya lo dije, no tiene porqué ser lo mismo. El preferencialismo, por su parte, define el orden en el cual se reparten las porciones de bienes sociales, entre ellos, las oportunidades. Prescribe que la prioridad en la distribución sea definida con base en la necesidad de los destinatarios: los que más necesitan reciben primero. Las oportunidades valiosas tendrían que ser repartidas, en primer lugar, a quienes tienen las necesidades sociales más urgentes y en una cantidad suficiente para la realización de sus fines valiosos.

El rechazo explícito y categórico del igualitarismo le sirve a Khaitan para reiterar el carácter liberal de su teoría. Con lo dicho hasta ahora es posible cualificar su liberalismo en términos de libertades positivas para escoger la vida que se quiere vivir y que realiza valores morales objetivos. Para tener la posibilidad de llevar esa vida es necesario que los sujetos y los grupos puedan acceder a cuatro bienes sociales principales: satisfacción de necesidades básicas, titularidad de libertades negativas, acceso a un rango suficiente y valioso de oportunidades y las bases del autorrespeto. Las tres últimas son el objeto del derecho de la discriminación. Según Khaitan lo más probable es que un modelo de libertades prioritarista y suficientista en relación con el esquema de distribución de bienes básicos

tenga como resultado una sociedad menos desigual. Parece que él considera que esto es algo deseable, aunque no dice por qué, y reitera que el suyo es un modelo no anti-igualitarista, sino no-igualitarista.

La ventaja de su propuesta, a juicio del propio autor, es que incorpora los valores defendidos por las otras teorías, igualdad, libertad y dignidad, pero que, además, reconoce su interdependencia. La relevancia de cada uno de estos valores para la teoría está informada por el interés de los sujetos en el acceso a los tres bienes tutelados por el derecho de la discriminación. El ejercicio de la libertad depende del acceso seguro y suficiente a ciertos bienes sociales y está, también, interconectado de manera necesaria con lo que los otros disfrutan. En este sentido, no solo la idea de oportunidades, sino la propuesta antidiscriminatoria en términos globales es comparativa.

El problema específico de la fundamentación normativa del derecho de la discriminación es, entonces, mostrar por qué es incorrecto negar el acceso libre y suficiente de los tres bienes sociales mencionados a los grupos desaventajados. Su finalidad es, a partir de determinadas acciones, reducir la brecha entre los grupos de base protegida y sus grupos cognados. La reducción de la brecha no tiene valor en sí misma, como tampoco lo tiene la igualdad. Esa disminución importa en la medida en que impida el acceso de cierto grupo de base protegida a oportunidades cualificadas y sea un obstáculo definitivo del ejercicio de su libertad.

Si la libertad, entendida como autonomía, es uno de los interés básicos de los individuos, a partir del principio de que quien quiere los fines, quiere los medios, también hay un interés básico en los bienes sociales que son los medios para ser libres. De esa manera, el derecho de la no discriminación facilitaría la búsqueda de los propios fines a través de la remoción de algunos obstáculos que bloquean el acceso a bienes básicos a los grupos desaventajados. La tutela de esos fines depende, en consecuencia, de la moralidad de los valores en los que están basados. La libertad protegida contra la discriminación es, entonces, aquella que traduce valores

morales objetivos en términos de fines personales. Los valores son plurales y muchas, también, las maneras de honrarlos, lo importante es que la discriminación no se interponga en la búsqueda de esas metas por parte de los grupos desaventajados.

1. Algunas observaciones sobre las tesis de la igualdad, la libertad y la autonomía como fundamento normativo del derecho de la no discriminación

En el apartado anterior mostré cómo la idea de "bienes sociales" cambia de contenido según se trate de propuestas de fundamentación normativa del derecho de la discriminación igualitaristas, de libertades o autonomistas. Esto es así no solo porque los valores básicos prefiguran lo que clasifica como un bien de ese tipo, sino porque condicionan parcialmente el patrón de distribución de los bienes sociales en un nivel menos abstracto de fundamentación. La discriminación moralmente reprochable es, según las tres propuestas que revisé, el bloqueo del acceso a bienes socialmente valiosos a individuos o grupos desaventajados a partir de ciertos rasgos que estos comparten, o se cree que comparten.

Otra cosa que comparten esos modelos es la creencia en la igualdad de valor moral, dignidad y respeto que merecen las personas. Lo que cambia, y lo que motiva buena parte de los reproches que se hacen estas teorías entre sí, es el contenido y alcance de lo que significa ser tratado como un individuo con valor intrínseco cuando, derivado de una característica propia, se niega ese acceso. Y, en ese sentido, qué clasifica como bien social cuya distribución es injusta para quienes resultan excluidos del reparto. En el apartado anterior presenté tres alternativas preponderantes de justificación moral del derecho de la discriminación, quisiera ahora señalar algunas de las objeciones que pueden plantearse a cada una de ellas. Esto me permitirá no solo resaltar sus limitaciones, sino, sobre todo, argumentar en favor de las ideas que vale la pena conservar de cada propuesta.

VI. La propuesta de Hellman: respeto igual sin igual consideración

En relación con el modelo de Hellman creo que podrían discutirse algunos puntos que limitan su alcance y plausibilidad. En primer lugar, considero que Moreau tiene razón en varias de sus críticas a esta propuesta, entre ellas, que los principios de igual consideración y respeto y de valor intrínseco de todas las personas no son dos alternativas de fundamentación, sino la especificación de lo que se sigue del postulado de igual valor. En ese sentido, la afirmación de Hellman según la cual la propuesta basada en las libertades tiene efectos radicalmente diferentes, en cuestiones como la comparabilidad y el tipo de conceptos específicos que se usan al decidir casos concretos, no es correcta.

Lo que exige el principio de igual consideración y respeto, según Hellman, es que se reconozca el valor igual de las personas en tanto tales. En consecuencia, éste se deriva del principio aún más fundamental de que todos los individuos son igualmente valiosos. Pero ese también es el presupuesto de la teoría de las libertades deliberativas y de cualquier propuesta que pretenda plausibilidad: todas las personas tienen igual valor moral.[39] Ese no es el nivel en el que se marcan las diferencias entre las alternativas de fundamentación normativa del derecho de la discriminación. Sostener que eso es así —que el lugar de las divergencias es el igual valor moral, el respeto y la dignidad de los individuos— supone mostrar que las tesis que ella ataca no consideran adecuadamente esos valores y Hellman no argumenta en ese sentido. Con Moreau, creo que la insistencia de Hellman en las grandes diferencias entre esas dos teorías es menos profunda de lo que ella cree. Si el problema central de la discriminación es que las acciones de ese tipo no tratan a la gente con igual consideración y respeto, la tesis de las libertades puede entenderse como una respuesta a ese pro-

[39] Sen, Amartya, "Equality of What?", en *Inequality Re-examined,* Cambridge, Harvard University Press, 1995, pp. 12-30.

blema: una interpretación de lo que es necesario para afirmar que se trata a la gente de acuerdo con esa prescripción.

De la misma manera, si lo que afecta el estatus social de las víctimas es el mensaje denigrante que envía quien discrimina, esto es, lo que expresa esa acción, un grupo de efectos se dará sobre las libertades de los afectados. Si por el contrario, la posibilidad de que las personas decidan respecto de sus vidas sin tener que considerar factores normativamente irrelevantes es la que defiende la versión de la libertad —que es el valor fundamental menoscabado con la discriminación—, eso no es incompatible con la afirmación de que debe adjudicarse un conjunto igual de libertades a cada individuo. Según lo veo, las tesis de Moreau y Hellman, en el nivel de abstracción propio de las discusiones sobre fundamentación, son dos formas de abordar la tarea de hacer coherente a los principios de libertad e igual consideración y respeto en sociedades democráticas y liberales.

Es más, la crítica de Hellman a Moreau según la cual su propuesta implica que los jueces que adjudican asuntos de discriminación tienen que formular teorías normativamente cargadas se basa, en parte, en la idea de persona razonable. Quiero decir, además de los efectos institucionales de que los operadores judiciales se comprometan con ciertas versiones morales de los derechos, el problema que Hellman resalta es que las afirmaciones derivadas de la propuesta de las libertades deliberativas no lograrían consenso entre personas razonables, pero con ideas de vida buena divergentes. El núcleo afectado de esas decisiones es la capacidad de los sujetos razonables de elegir los valores morales que informan sus vidas y no que los jueces se los impongan mediante sentencias. En uno y otro modelo de fundamentación son las libertades individuales de elección las que, en parte, resultan lesionadas por los fallos judiciales que imponen modelos de vida buena. Ese sería el componente de "respeto" del principio de igual consideración: respeto por las libertades de los agentes.

Ahora bien, las libertades son al menos uno de los objetos del respeto en el principio igualitario defendido por Hellman, pero ¿cuál es el alcance

de la igual consideración? Parece que, a diferencia de lo que pasa con el respeto que, en principio, requiere de los otros sujetos abstenciones de interferencia y tutela de libertades negativas, la igual consideración apunta a algo más. Supone, al menos, tomar en cuenta la situación específica de los individuos, sus necesidades y, eventualmente, los daños y las consecuencias que la discriminación suscita, más allá de la acción denigrante en sí misma. No estoy segura de que ésta sea la interpretación adecuada del mandato de igual consideración, pero Hellman tiene pendiente precisar en qué consiste la igual consideración de las personas como manifestación del reconocimiento de igual valor moral.

Esto me permite abordar una última cuestión que está vinculada directamente con la anterior: el carácter magro del concepto de igualdad, adecuado para fundamentar la incorrección moral propia de la discriminación. Tengo la impresión de que solo a un nivel muy abstracto y básico puede afirmarse que el principio de igualdad, en términos comparativos, es "delgado". Me explico, como ya lo señalé, cualquier teoría moral plausible con pretensiones de aceptabilidad parte, implícita o explícitamente, del postulado de igual valor moral de todos los sujetos. Si Hellman solo dijera eso, es probable que su concepto de igualdad para el derecho de la discriminación fuera magro, posiblemente también irrelevante, pero magro. Pero no, su defensa de la igualdad basal de los seres humanos implica una teoría expresivista de la moralidad, es decir, que lo que lesiona no son los efectos de la discriminación, si no lo que expresa la acción discriminatoria en sí misma. Con eso, ya sería necesario aceptar algunas tesis de una versión deontológica de la moral, según la cual hay acciones incorrectas en sí mismas y que esa evaluación no depende en ningún sentido de las consecuencias de la acción.

Además de eso, tendríamos que aceptar algo más "grueso" todavía: que esa expresión lingüística, que es una acción, lo que hace es denigrar a ciertos individuos o grupos, esto es, degradar su estatus social. Pero la determinación del carácter denigrante de esa emisión lingüística que es una acción es, a juicio de Hellman, empírico y, por lo tanto, no necesita

enunciados normativos. En este punto se han tenido que aceptar tantas concepciones propias de teorías morales que pelean el trono de la más adecuada, que el concepto de igualdad, en la versión de Hellman, resulta tan grueso como cualquier otro que pretenda fundamentar normativamente el derecho de la discriminación.

Moreau señala, creo que con razón, que el carácter más o menos magro de los conceptos de igualdad y libertad empleados en cada una de sus teorías no es lo que marca la diferencia entre ellas. Tampoco que uno de ellos sea empírico, a diferencia de la normatividad del otro. La decisión de si una acción ha sido violatoria de la regla que prohíbe la discriminación es, en sí misma, normativa. Se refiere al comportamiento de los agentes en términos, precisamente, de acción correcta, permitida, prohibida, etcétera, y esos juicios no reportan regularidades empíricas. Es más, para que los enunciados a partir de los cuales se determina si hubo discriminación tengan sentido para el caso concreto se necesita tomar en cuenta cuál es la finalidad de las instituciones implicadas. Y, menos aún, es meramente descriptiva una afirmación que siga la teoría de Hellman en cuanto partiría de una teoría moral deontológica y expresivista para determinar si un acto de habla es o no denigrante. En suma, ni los postulados deontológicos, ni lo que expresan los enunciados presuntamente discriminatorios, ni su carácter denigrante son verificables como los de tipo empírico.

VII. Libres para deliberar, limitados para realizar: la discriminación según Moreau

La incorrección moral propia de los actos discriminatorios es entendida de manera más adecuada en términos de la injusticia que estos implican. Esto quiere decir que los efectos sobre el bien social relevante, las libertades deliberativas, motivan la condena moral. En el apartado anterior señalé que coincido con las críticas de Moreau a Hellman, en el sentido de que esta última enfatiza diferencias normativas —más aparentes que reales— entre su propuesta y la de Moreau. También estoy de acuerdo

en que es equivocada la afirmación de que uno de los desacuerdos fundamentales entre las concepciones de libertad e igualdad sobre la discriminación es que la primera es "gruesa", mientras que la segunda es "delgada". En suma, creo que muchos de los reproches de Moreau a Hellman son acertados. Al mismo tiempo, me parece que la propuesta de la primera tiene algunos problemas que me gustaría comentar.

El primero de ellos es el del alcance de los sujetos que pueden ser víctimas de discriminación. Me explico, si las libertades deliberativas de los individuos son las que protege el derecho antidiscriminatorio, en el sentido de no tener que considerar en sus elecciones rasgos normativamente irrelevantes, solo quienes deliberan, o pueden hacerlo, son víctimas potenciales de esa agresión. En consecuencia, los sujetos que no califican como personas en términos de las teorías deliberativas —como los niños pequeños y los adultos con cierto grado de discapacidad— no podrían ser discriminados.

Solo serían titulares de los derechos contra la discriminación los adultos racionales, y esos derechos serían poderes de ejecución de deberes de no interferencia por parte de los otros. Una propuesta de fundamentación del derecho de la no discriminación que no reconoce pretensiones válidas a un conjunto de seres humanos debido a su capacidad de raciocinio potencial o disminuida es deficitaria. Si la base de esta teoría es la idea de dignidad individual y de igual valor de todos los individuos, negar la titularidad de ese derecho por no tener la capacidad de deliberar es atentar contra el valor mismo que busca proteger. En suma, la dignidad y el valor intrínseco de todas las personas no se traducirían en su capacidad sectorizada de ser afectadas por actos discriminatorios. En tanto que no todos los seres humanos deliberan, no a todos les es atribuible el interés en ser libres para deliberar. Si las libertades deliberativas son el interés dañado con la discriminación, las distinciones que usan rasgos normativamente irrelevantes de personas que no tienen capacidad deliberativa no son ni moralmente cuestionables, ni injustas en términos de discriminación.

Moreau señala que el objeto de tutela son las libertades deliberativas, no si el tema de la deliberación es trivial o importante. En todo caso, se protegen esas libertades porque son la manifestación del respeto de la dignidad y el valor inherente de las personas. En parte, la defensa férrea de la libertad como la base de la moralidad se debe a que permite que las personas escojan su modelo de vida buena y los proyectos que se ajustan mejor en esos términos. En las sociedades cuyos valores plurales informan la vida de la gente es posible que estos choquen en casos concretos. Pero ¿qué pasa si el valor con el que chocan es una libertad deliberativa? Moreau sostiene que es posible que los valores colisionen con el de la libertad deliberativa y que esto deberá resolverse en el caso concreto. Ahora, si la libertad es el valor fundamental en términos de dignidad y respeto en casos de discriminación, parece que el conflicto es aparente y por eso no hay colisión que superar. Quiero decir, si la libertad es el interés directamente vinculado con la dignidad, es difícil pensar en situaciones en las que, en la colisión con otro interés, éste sea más importante y permita soslayar la libertad y la dignidad de alguna de las partes. Ahora, si se presentara un conflicto entre diferentes libertades deliberativas, habría que pensar en el mecanismo para responder a esa confrontación y cuál es más importante en el caso concreto.

En varios de sus escritos Moreau afirma que lo realmente importante para las víctimas no es que la discriminación menoscabe su bienestar, sino que se obstaculice su poder de decisión a través del desconocimiento de sus libertades de deliberar. A mí me resulta curiosa esa forma de presentar el problema. No sé exactamente a qué se refiera, pero cuando afirma eso, yo me imagino que, o bien la autora tiene un conocimiento directo de "lo que les importa a las víctimas" de discriminación o que, más bien, alude a lo que debería importarles. Si es lo primero, cabría dudar de si esto es así, si eso realmente preocupa a los discriminados. Si de verdad eso les interesa, si es cierto que el contenido de esas preferencias es irrelevante. Si es lo que debería importarles, le aplican las objeciones dirigidas al formalismo de la defensa de libertades de elección que carecen de

contenido sustantivo y que se desentienden de la realizabilidad de esas elecciones.

Aunque la fortaleza de esta tesis sobre la discriminación parece ser su defensa de la dignidad y la autonomía individuales, no podría responder, con los recursos de la propia teoría, a cuestiones como las condiciones en las que se defiende esa dignidad y se ejerce esa autonomía. Tampoco cuenta con las herramientas adecuadas para tratar asuntos como la interdependencia entre los bienes sociales valiosos. En la hipótesis de que las libertades deliberativas de todos están debidamente resguardadas, la distribución desigual de ciertos bienes implica que las personas más desfavorecidas no pueden ejercer sus libertades básicas. Esto es, pueden escoger, pero no realizar lo que buscan con eso que escogieron, ¿es irrazonable que estos prefieran la mejora de sus condiciones materiales y que las libertades deliberativas tengan solo una importancia secundaria? Es posible que algunas personas estén dispuestas a someter su capacidad deliberativa, pues no les reporta mayores ventajas ni en términos materiales, ni de ejercicio de libertades, frente a un avance de sus condiciones materiales.

Ahora bien, hay dos dimensiones que me interesan particularmente en relación con aquello que importa a las víctimas de discriminación. La primera, a la que ya me referí, la de las libertades deliberativas como el único objeto de tutela en casos de distinciones inmorales basadas en rasgos normativamente irrelevantes. La segunda es el respeto prácticamente absoluto de los valores y preferencias de los individuos, en tanto que manifestación del respeto por la dignidad individual y el valor intrínseco de las personas. Es decir, no es importante cuál es el contenido de la preferencia o cuál el valor promovido, se protege el que haya sido escogido en un ejercicio deliberativo. La cuestión es que las inclinaciones, preferencias y valores son en algún sentido el resultado de hábitos y de condiciones de trasfondo para el surgimiento, afianzamiento y naturalización de los objetos de estas preferencias. Me explico, es posible suponer que, aunque ciertas elecciones son el resultado de disposiciones individuales, otras no lo son. Muchas de las preferencias están directamente vinculadas con

la situación específica de las personas y el ambiente en el que se forman esos valores.

La privación sistemática de bienes debido a la discriminación posiblemente propicia elecciones que reproducen y profundizan estas situaciones. En la versión de las libertades deliberativas, si esas elecciones se basan en preferencias valorativas producto de deliberaciones adecuadas, esos sujetos no fueron, por definición, objeto de un trato discriminatorio. Una versión más sustantiva de porqué es incorrecta la discriminación, qué valores afecta y, en consecuencia, qué bienes sociales bloquea es más adecuada como propuesta de fundamentación normativa. Ya dije algo sobre teorías de este tipo cuando presenté el modelo de Khaitan y voy a decir algo más en el siguiente apartado.

Finalmente, Moreau sostiene que en casos de discriminación lo que tiene que mostrarse es que se han violado libertades deliberativas porque en la deliberación se les dio peso normativo a características normativamente irrelevantes. Eso significa que lo importante es la acción que obstruye las libertades y no las consecuencias en el bienestar de los afectados. De hecho, ni en la discusiones moral y ni en la jurídica, el derecho de la discriminación protege a los afectados contra daños múltiples y muy graves derivados de, por ejemplo, las desigualdades económicas y de la pobreza. En esto, hasta donde sé, Moreau tiene razón, ni la reflexión filosófica sobre la discriminación ni los desarrollos jurídicos sobre el punto califican a la pobreza en general, o a la obstaculización de oportunidades derivada de la carencia de recursos materiales, como una situación propia de la esfera de la discriminación. Ahora bien, no sé si el que hasta ahora eso no se haya hecho implica que está bien que no se haya hecho. Tal vez hay daños específicos producto de esas privaciones socioeconómicas que bien podrían calificar como acciones discriminatorias, solo que esas situaciones están menos estudiadas. O, de pronto, es una tarea pendiente explorar las interdependencias y correlaciones entre el derecho de la discriminación y los derechos sociales sin que eso implique colapsar sus objetos.

VIII. Menos desiguales, pero no iguales: la propuesta de Khaitan sobre la discriminación

Por último, quisiera decir un par de cosas sobre el fundamento normativo del derecho de discriminación según Khaitan. Antes de señalar qué objeciones podrían plantearse a esta propuesta tengo que decir que, de las tres, y del grupo de versiones sobre el porqué es incorrecta la discriminación, la de este autor es la que me resulta más atractiva. Esto es así porque comparto, en buena medida, su idea sobre lo que importa moralmente para juzgar a los agentes, su visión sobre cuál es el tipo de moral más aceptable y, en particular, sobre cuál es el fundamento del derecho de la discriminación. Por eso, en este apartado final quisiera centrarme en algo que no es tanto un desacuerdo general con la teoría de este autor, sino con una parte de ésta que —creo— está poco desarrollada y merece más atención. De hecho, es algo que podría reprochárseles también a los modelos de Hellman y Moreau, solo que lo hago hasta ahora porque la teoría autonomista plural me permite marcar más claramente el punto de mi desacuerdo.

Khaitan sostiene que su teoría no es igualitarista, esto es, que no considera a la igualdad como un valor en sí mismo, ni en términos morales generales, ni específicamente respecto de la no discriminación. Por el contrario, la suya sería una apuesta por los valores del bienestar de los grupos y los individuos y la libertad de los sujetos como principios morales fundantes. El carácter comparativo de su propuesta ha llevado a malinterpretar su comparativismo como consecuencia necesaria del igualitarismo. Pero, según Khaitan, la suya es una apuesta por las diferencias relativas que no bloquean el acceso de ningún individuo o grupo a los bienes sociales valiosos y que les permite desarrollar un proyecto de vida plausible y en armonía con valores morales objetivos, no por la igualdad en algún sentido sustantivo. En todo caso, esa desventaja relativa no podría ser de tal entidad como para que un grupo domine a otro o atente en alguna medida contra la dignidad de los que están en peores condiciones sociales.

La libertad, no la igualdad, ofrece el mejor fundamento para el derecho de la discriminación. La igualdad, en el sentido débil de que el bienestar de todas las personas cuenta y los seres humanos son intrínsecamente valiosos, tiene un lugar en la propuesta de Khaitan. Pero en cualquier otro sentido sustantivo y cualquiera que sea su moneda de cambio, la igualdad no es un valor ni fundamental ni aspiracional del derecho de la discriminación. Necesariamente, un programa jurídico antidiscriminatorio en estos términos tendría como resultado la reducción de las desigualdades sustantivas entre los grupos, pero ese es solo un subproducto de éste y no una de sus metas.

El afán de Khaitan por desmarcarse de las implicaciones del principio de igualdad respecto del fundamento de la discriminación es evidente. Éste expresa su rechazo a cualquier tipo de igualitarismo, sin importar cuál sea su parámetro, salvo el que predica la igualdad inherente de todos los seres humanos, de manera análoga a como lo hacen Hellman y Moreau. Me parece que la estrategia de desmarcarse de un principio que se asocia de manera tan clara con los problemas de discriminación necesita más elaboración. No solo porque obviamente hay una correlación semántica entre igualdad y discriminación, sino porque, según dice el autor, la desigualdad extrema entre grupos obstaculiza el acceso seguro del grupo desaventajado a los bienes sociales valiosos. Es más, parece que la disminución de la brecha de privilegios entre unos y otros tiene una importancia moral específica y, si bien esa no es una apuesta por igualdades aritméticas, sí lo es la tendencia a la igualdad de acceso seguro a bienes primarios valiosos. En resumen, la teoría de Khaitan no necesita del valor de la igualdad como fundamento de su normatividad, pero sí está relacionada con ésta de dos formas indirectas: (i) mediante la reducción de las desigualdades como subproducto deseable del ataque a la discriminación y (ii) a través del valor específico de la reducción de la brecha, y la tendencia a la igualdad, entre grupos de poder y grupos desaventajados.

En otras palabras, la pulsión del principio de igualdad parece estar presente en su modelo, aun cuando él explícitamente lo soslaya. Es curioso,

por decirlo de alguna manera, que las tres ofertas de fundamentación normativa exploradas en este texto o bien se desmarcan expresamente del igualitarismo, o bien defienden un igualitarismo que no aborda directamente cuestiones distributivas. Parece que tienen como referente una versión de repartición aritmética de este valor y esto les permite descartarlo de su propuesta conceptual. Tengo la impresión de que el lugar del principio de igualdad es más importante y sustantivo que el que Khaitan le adjudica en su modelo. Se trataría, en todo caso, de un subproducto que, así sea en términos negativos de reducción de las desigualdades, no es solo deseable, sino que es un fin concreto de los afanes antidiscriminatorios. Una tarea pendiente de este tipo de estudios sería precisar a qué tipo de igualdad aspira y, específicamente, cuáles son sus efectos distributivos.

En ese sentido, algo que valdría la pena explorar es —a partir de los desarrollos de esta propuesta autonomista y pluralista, sin ser igualitarista— a la igualdad de qué le apunta.[40] Quiero decir, las desventajas relativas de acceso seguro a bienes sociales son admisibles solo si hay un espacio de igualdad entre los seres humanos que admite juicios comparativos y distribuciones heterogéneas. Por ejemplo, si el espacio de la igualdad en la propuesta está dado por el presupuesto de autonomía, es decir, por la capacidad de autogobierno, la respuesta a la pregunta ¿igualdad de qué? sería, evidentemente, igualdad de autonomía. Ahora bien, como consecuencia del perfeccionismo liberal propio de la propuesta moral de Khaitan, esa igualdad de autonomía no es una cuestión de libertades negativas. Son indispensables, por el contrario, las condiciones que les permitan a las personas realizar su proyecto de vida en el marco de ciertos valores objetivos. En ese contexto, habría que elaborar qué tipo de igualdad es el de la autonomía en términos sustantivos.

Un capítulo pendiente para quienes se dedican tanto a temas de discriminación como de derechos sociales, es explorar las eventuales interde-

[40] Ibid., pp. 12-14.

pendencias y choques entre estos. Khaitan enfatiza que uno de los puntos de quiebre entre estos dos temas es que, mientras el primero se ocupa de privaciones relativas de acceso seguro a los tres bienes primarios ya mencionados; el segundo tiene que ver con privaciones absolutas de prestaciones del bienestar. Esto puede ser así, pero los vínculos son tan evidentes que no es posible obviarlos. Por ejemplo, la idea de bienestar y libertad propias del modelo pluralista y perfeccionista de este autor parecen servir de base tanto para la precisión de las carencias en términos de derechos sociales, como de la desventaja relativa propia de la discriminación. Si una de las desventajas más comunes y agudas de los grupos discriminados, o de una cantidad importante de población que pertenece a estos, es la socioeconómica y si esto es incorrecto, en parte, es porque contar con ciertos bienes sociales, entre ellos las capacidades, es indispensable para poder perseguir un ideal de vida buena, estos dos fenómenos estarían codeterminados en términos de fundamentación normativa y de configuración de grupos con bases protegidas. También es posible que las privaciones absolutas sean relativas al contexto de elección y respecto de los bienes sociales valiosos que señala Khaitan.

IX. Conclusión

El valor lesionado con los actos discriminatorios es un asunto disputado. La igualdad es la candidata más popular para ocupar ese lugar, hasta tal punto, que parece casi redundante decir que el interés afectado con la discriminación es el de la igualdad. Pero este consenso en engañoso porque, de hecho, no hay tal coincidencia entre quienes se han dedicado a estudiar el tema.

En este escrito revisé tres alternativas de fundamentación normativa del derecho de la discriminación: la de la igualdad de consideración y respeto, la de las libertades deliberativas y la de la autonomía. Las tres reivindican ser las mejores, en términos teóricos y prácticos, para un Estado constitucional y democrático de derecho. Las dos primeras consideran que una de las razones por las que son las más plausibles en el contexto

de sociedades plurales es que reivindican la importancia y el valor inherente de los sujetos. En ese sentido, y dado que su objeto se limita a libertades negativas y oportunidades no bloqueadas, son las que permiten generar consenso entre personas razonables, pero que pueden no compartir ideales de vida buena. La tercera propuesta sobre el fundamento del derecho de la discriminación es más ambiciosa en términos normativos. Esto es, además de coincidir con el énfasis en la importancia de las libertades en términos de las dos primeras, extiende el rango de intereses tutelados contra la discriminación en términos de libertades positivas y florecimiento personal. Esto permite entender el bloqueo de bienes sociales importantes y las oportunidades de acceso a los mismos de manera más sustantiva. Quiero decir, dado que los valores lesionados con la discriminación son múltiples, las instancias en las que se configura la exclusión injustificada también se multiplican. Esto plantea preguntas complejas sobre los vínculos conceptuales y de fundamentación moral entre los objetos de tutela del derecho de la discriminación y los derechos sociales y, sobre todo, sobre los vínculos entre la discriminación y el valor de la igualdad, entendido en términos no triviales.

Considero que ninguna de las tres versiones que presento en este escrito ofrece una respuesta satisfactoria en relación con las continuidades y rupturas entre discriminación e igualdad. Parece que para estos autores cualquier compromiso con alguna teoría específica y no trivial de ese valor convertiría a su propuesta en un planteamiento de equiparación aritmética, moralmente inaceptable. Pero, aunque no hay compromiso sí que hay un coqueteo constante con la idea de igualdad en términos de tendencia hacia ella, de disminución de brechas y de lo inaceptable que resulta que haya gente en niveles de pobreza extrema. Por eso resulta tan sorprendente que no se tomen más en serio a esas carencias extremas como bloqueadoras de acceso a bienes sociales importantes y que soslayen la importancia en términos conceptuales y de fundamentación del principio de igualdad.

Bernard Williams señala en uno de sus textos sobre la idea de igualdad que, muchas veces, los conceptos que consideramos importantes para la

formulación de ciertas ideas o son incompatibles o tienen consecuencias inaceptables.[41] Esa incompatibilidad no debería llevarnos simplemente a desechar alguno de ellos en nombre de la simplicidad o coherencia teórica o normativa. Según Williams, la incomodidad que se siente en estos casos es uno de los rasgos de la reflexión normativa cuando se ocupa de alguno de sus ideales centrales: libertad, igualdad, autonomía, entre otros. Lo que deberíamos hacer en estas situaciones, dice el autor, es comer de ese pastel tanto como se pueda. Con la noción de discriminación pasaría algo parecido a lo que ocurre con las discusiones acerca de los valores que la fundamentan: nos topamos con ideas, en principio, contradictorias, pero necesarias para la defensa de un concepto relevante. Así que, supongo, en la construcción de un concepto plausible de discriminación habrá que seguir, pese a las incomodidades, comiendo tanto de ese pastel como se pueda.

X. Bibliografía

Alexander, Larry, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", *University of Pennsylvania Law Review,* núm. 141, vol. 3, 1992, pp. 149-219.

Anderson, Elizabeth, "Practical Reason and Incommensurable Goods", en Chang, Ruth, ed. *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason,* Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 90-109.

Anderson, Elizabeth y Pildes, Richard, "Expressive Theories of Law: A General Restatement", *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 148, 2000, pp. 1503-1575.

Austin, John L.,. *How to Do Things with Words*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

[41] Williams, Bernard, "The Idea of Equality", *Problems of the Self,* Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 248-249.

Dworkin, Ronald, *Laws Empire,* Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald,. *Sovereign Virtue,* Cambridge, Harvard University Press, 2002.

Hellman, Deborah, *When is Discrimination Wrong?,* Cambridge, Harvard University Press, 2011.

Hellman, Deborah, "Equality and Unconstitutional Discrimination", en Hellman Deborah y Moreau Sophia (edits), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 51-70.

Hellman, D Deborah, "Discrimination and Social Meaning", en Lippert-Rasmussen, Kasper (ed.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination,* Nueva York, Routledge, 2018pp. 97-107.

Kamm, F. M., "Moral Status", en *Intricate Ethics,* Nueva York, Oxford University Press, 2006, pp. 227-236.

Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2015.

Lippert-Rasmussen, Kasper, *Born Free and Equal? A Philosphcal Inquiry into the Nature of Discrimination,* Nueva York, Oxford University Press, 2014.

Lippert-Rasmussen, K.,. The Philosophy of Discrimination: An Introduction, en K. Lippert-Rasmussen, (ed.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination.* Nueva York: s.n., 2018, pp. 1-16.

Moreau, Sophia, "What is Discrimination?", *Philosophy and Public Affairs,* vol. 38, núm. 2, 2010pp. 143-179.

Moreau, Sophia, "In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination", en *Philosphical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 71-86.

Moreau, Sophia, *Philosophical Foundations of Constitutional Law.* [En línea] 2016.

Moreau, Sophia, "Discrimination and Freedom", en K. Lippert-Rasmussen (ed.), *The Routledge Handbook of Ethics of Discrimination,* Nueva York, Routledge, 2018, pp. 164-173.

Orlando, Eleonora y Saab, Andrés,. Términos peyorativos de grupo, estereotipos y actos de habla. *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 51, núm. 153, 2019, pp. 31-58.

Raz, Joseph, "The Central Conflict: Morality and Self-Interest", en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action,* Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 304-332.

Raz, Joseph, "The Role of Well-being", *Philosophical Perspectives,* vol. 18, 2004, pp. 269-294.

Réaume, Denise, "Dignity, Equality and Comparison", D. M. S. Hellman (ed.), *Philosphical Foundations of Discrimination Law,* Nueva York, Oxford Unversity Press, 2013, pp. 7-27.

Scanlon, Thomas,. *Why Does Inequality Matter?,* Nueva York, Oxford University Pree2018.

Sen, Amartya, "Equality of What?. En: *Inequality Re-xamined,* Cambridge, Harvard University Press, 1995, pp. 12-30.

Sen, Amartya, "Capacidad y bienestar", en Sen, Amartya *La calidad de vida,* México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 58.

VÄYRYNEN, Pekka, *Stanford Encyclopedia of Philosophy.* [En línea] 2019.

WILLIAMS, Bernard, "Internal and External Reasons", *Moral Luck:Philosophical Papers 1973–1980*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 101-113.

WILLIAMS, Bernard, "What Has Philosophy to Learn from Tort Law?", en *The Philosophical Foundations of Tort Law,* Oxford University Press, 1997, pp. 487- 498.

WILLIAMS, Bernard, "The Idea of Equality", *Problems of the Self,* Cambridge University Press, 1999, págs. 248-249.

CAPÍTULO 2
La discriminación indirecta

Pilar Betrián Cerdán*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá (España) con mención internacional, *cum laude* y premio extraordinario de doctorado. Especialista en derecho a la igualdad y no discriminación.

Sumario: I. Contextualización de la discriminación indirecta; II. Concepto y elementos de la discriminación indirecta; 1. La discriminación indirecta: qué es y qué la compone; 2. Elementos de la discriminación indirecta; 2.1. Elementos objetivos de la discriminación indirecta; 2.2. Elemento subjetivo de la discriminación indirecta; 3. El problema de la concepción de la discriminación indirecta como discriminación asociada a un grupo; 4. La discriminación sistémica o estructural y su relación con la discriminación indirecta; III. Discriminación indirecta: una distinción cuestionada ¿y superada?; IV. Consideraciones finales.

I. Contextualización de la discriminación indirecta

La igualdad ha sido y es uno de los grandes retos de la sociedad, tanto es así que existen múltiples reconocimientos de este derecho, ya sea en los ordenamientos en el ámbito internacional o local; sin embargo, en la realidad social existen aún grandes dificultades para establecer estructuras sólidas en torno a ese principio.

La propia interpretación acarrea divergencias al tratar de establecer una visión unánime y estricta de su contenido. Se está ante un concepto "endiabladamente difícil",[1] que en cada época adopta un enfoque variado y se adapta a las necesidades de la sociedad. Buena prueba de ello es el hecho de que pese a su indeterminación —y alto contenido ideológico— ha sido incluido en todas las constituciones modernas, y su interpretación ha pasado de un enfoque de la igualdad formal a la igualdad sustancial.

[1] Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 291.

En la medida en que el logro de una igualdad real y efectiva es el objetivo clave de los operadores jurídicos, podría parecer que la previsión de la discriminación indirecta, y por ello su propia noción, es fruto de una innovación de la doctrina actual, al no limitarse a la igualdad formal, sino ir más allá en la remoción de obstáculos que impiden la igualdad sustancial; sin embargo, es posible encontrar raíces de su conceptualización en la argumentación que Aristóteles hacía de justicia y equidad:

> El problema reside en que lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es una corrección de lo justo legal, cuya causa está en que toda ley es general, pero respecto de ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general.
>
> Cuando necesariamente se ha de hablar en general, aunque no se pueda hacerla con corrección, *la ley considera lo que más a menudo acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error*. Y no es menos recta por ello, ya que *el error no reside ni en la ley ni en el legislador sino en la naturaleza del hecho concreto, porque esa es la materia de las cosas prácticas*.
>
> Por lo tanto, cuando la ley hablare en general y sucediere una circunstancia fuera de lo general, *se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado presente, así lo habría declarado, y así lo habría legislado de haberlo sabido*.
>
> En consecuencia, lo equitativo es justo, e incluso es mejor que cierta clase de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en aquellos puntos en que ésta, por su carácter general, es deficiente.[2]

[2] Aristóteles, *Ética a Nicómaco,* Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 1131b4-7. (Énfasis añadido). Aristóteles hacía un análisis pormenorizado de los conceptos de igualdad, justicia y equidad. Así, en lo

De esta manera, al exponer la idea de equidad en relación con la justicia, Aristóteles ya ponía el acento en concebir la primera distinguiendo entre justicia distributiva y conmutativa. En muchas ocasiones y como consecuencia de la generalidad de la ley no es posible que ésta reconozca una solución aceptable para todos los matices que se pueden presentar en la sociedad. De ahí que pese a que la solución equitativa sea la justa, no siempre es conforme a la ley. Por ello afirmaba que "lo justo y lo equitativo son idénticos, y en tanto que los dos son deseables, la equidad es siempre preferible."[3]

Quiero situar el foco de atención es esta observación de la equidad en relación con la ley, dado que en ésta se enraíza la discriminación indirecta: la lógica de la equidad que corrige la ley en la medida en que ésta sea insuficiente dada su generalidad; se crea pues un binomio entre lo que es legal desde un punto de vista general y lo que parece equitativamente justo desde un prisma particular.

No es, sin embargo, la única vez que el protagonismo es dado a los conceptos de equidad e igualdad real,[4] aunque, y centrado ahora en el concepto concreto de discriminación indirecta, éste nace como tal a mediados del siglo XX como consecuencia de los movimientos sociales estadounidenses, en concreto, de todas las medidas legales que se pusieron en funcionamiento con la finalidad de llevar a cabo una corrección de los efectos que la discriminación había causado en determinados grupos sociales.[5]

En ese contexto fue redactada la primera sentencia en Estados Unidos de América por el Tribunal Supremo (USSC), concebida como la primera

---

que se entiende como "justicia aritmética", señala que la ley sólo contempla la naturaleza del daño sin consideración por las personas, de modo que el papel del juez no es sino restablecer una igualdad aritmética, entendiendo por tal daño un *más* a quien lo inflige y un *menos* al que lo sufre.

[3] Ibid., p. 1131b4-7.

[4] También en la propia Revolución francesa existió el debate sobre la consecución de una igualdad real frente a la ficción expresada por las normas. Véase, entre otros, Maréchal, Sylvain, *Le Manifeste des Egaux*, s.l., 1796.

[5] Me refiero fundamentalmente a la Civil Rights Acts de 1964 y 1968, así como a las medidas dentro del marco de las *affirmative actions*, conducentes a erradicar la segregación racial.

que aplicó la discriminación indirecta (aunque lo hiciera con el término *disparate impact)*.[6]

Se trata del caso *Griggs v. Duke Power*,[7] cuya fundamentación jurídica se apoyó en el título VII, sección 703 a, de la Civil Rights Act de 1964,[8] y forjó la teoría del impacto desproporcionado[9] (*disparate impact)*.[10] Así, en esa ocasión, declaró:

---

[6] Es importante, en este punto, tener presente que cada cultura jurídica aborda el fenómeno de la discriminación desde enfoques diferentes. De este modo, y pese a que el objetivo es alcanzar un resultado de equidad entre los intereses encontrados y una corrección de los efectos adversos de la discriminación, determinados matices dogmáticos pueden afectar la concepción o argumentación de tales resoluciones. Así, la perspectiva estadounidense se centra en una doble visión de la discriminación, al distinguir no sólo entre categorías, sino en motivos discriminatorios. De este modo, se habla de *disparate treatment*, que se identifica con la discriminación directa, tal como la entienden también los órganos europeos: cuando una persona es tratada de modo menos favorable que otra en una situación comparable, teniendo como base tal diferencia de trato como uno de los motivos prohibidos por la ley; por otro lado, el *disparate impact*, que analizaré en páginas sucesivas, cuyo principal objetivo es la sanción de medidas neutras que tienen un fuerte y desproporcionado impacto en un grupo de personas. Véase Brillat, Manuela, *Le principe de non-discrimination a l'épreuve des rapports entre les droits européens,* París, Varenne, 2015.

[7] *Caso Griggs v. Duke Power*, de 8 de marzo de 1971, [401 U.S. 424 (1971)]. Pese a que el caso *Griggs v. Duke Power* es considerado el auténtico pionero en la elaboración de la doctrina del efecto desproporcionado, éste tuvo a su vez una serie de precedentes al propio movimiento de defensa de los derechos civiles ya citados, éstos son los casos *Wilson v. Lane*, de 22 de mayo de 1939 [307 U.S. 268 (1939)], y *Oyana v. California*, de 19 de enero de 1948 [332 U.S. 633 (1948)], en los que el Tribunal Supremo interpretó la Decimocuarta Enmienda y reconoció la interdicción de discriminaciones y privaciones de derechos, aunque éstos no estuvieran formulados de manera expresa, para lo que realizó el análisis de la desproporción de una medida o práctica desarrollada sobre un grupo minoritario o vulnerable. En sí, la Decimocuarta Enmienda, conocida como "*equal protection clause*", es el precedente directo de la Civil Rights Act, que, como principal norma de prohibición de la discriminación en Estados Unidos, hasta 1964, reconocía que "*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*".

[8] El caso se enmarca en la denuncia que varios trabajadores afroamericanos plantearon contra la compañía eléctrica Duke Power al alegar discriminación racial. En 1955, la compañía impuso la práctica de exigir como único criterio de admisión a un puesto, incluso a los peores pagados, pruebas de aptitud y diploma de bachillerato (con lo que se constató que los afroamericanos poseían en menor número el diploma o aprobaban menos los test). El Tribunal Supremo les dio la razón al confirmar la ilegalidad de las condiciones exigidas por la compañía, dado que éstas no estaban vinculadas directamente con medir las capacidades profesionales necesarias para los puestos, lo que suponía discriminación racial, pese a la apariencia neutral de la medida.

[9] La teoría del efecto desproporcionado inspiró a las legislaciones europeas, que importaron tal argumentación y la transformaron en la definición de discriminación indirecta y su contraposición con discriminación directa. Véase Banton, Michael, *Discrimination*, Buckingham, Open University Press, p. 45. Además, la propia doctrina del caso *Griggs* es incluida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que abre la puerta al resto de tradiciones jurídicas europeas.

[10] Como suele ser formulada, la teoría del *disparate impact* oculta esa conexión; la carga de prueba, como se supone, cambia en todo o nada la forma. Véase Rutherglen George, "Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination", *Virginia Law Review*, vol. 73, núm. 7, 1987, pp. 1297-1345.

> La Ley [*Civil Rights Act de 1964*] exige la eliminación de obstáculos artificiales, arbitrarios e inútiles al empleo que tiene por efecto eliminar las discriminaciones en base a la raza. Si, como en el presente caso el empleador no puede demostrar que una práctica en cuestiones de contratación que tiene como efecto excluir a los negros está vinculada a la competencia profesional, esta práctica está prohibida, a pesar de la ausencia de intención discriminatoria por parte del empleador […].
>
> La ley no excluye el recurso a pruebas o a evaluaciones, pero prohíbe atribuirle un peso decisivo, a menos que […] se demuestre que se trata de una valoración razonable de competencia profesional […].
>
> La ley prohíbe no sólo toda discriminación directa, sino también las prácticas que son justas en la forma pero discriminatorias en los hechos. La piedra de toque son las necesidades de la empresa. Cuando no puede demostrarse que una práctica en el ámbito de la contratación que tiene por efecto la exclusión de los negros, está vinculada a la competencia profesional, dicha práctica está prohibida.
>
> […] El Congreso coloca sobre el empleador la carga de probar que toda exigencia posee un vínculo manifiesto con el empleo en cuestión.

Hay que decir que, como ocurre con toda nueva interpretación de un concepto, su implantación fue progresiva. De este modo, el ámbito jurídico empezó a tener presentes formas de discriminación no intencionales, lo que supuso una revisión del propio principio. La posición que, pese a la irrupción del *disparate impact*, de la discriminación intencional se seguía manejando requería que la discriminación proveniente del Estado comportara dos elementos principales: el propio efecto racista desproporcionado y la motivación por parte de las autoridades públicas. Así, sentencias famosas, como *Washington v. Davisde*,[11] de 1976, se pusieron

[11] USSC, caso *Washington v. Davis*, de 7 de junio de 1976 [426 U.S. 229, 1976)].

en entredicho. El Tribunal, a propósito de la discriminación racial, seguía la línea argumental basada en que

> *Necessarily, an invidious discriminatory purpose may often be inferred from the totality of the relevant facts, including the fact, if it is true, that the law bears more heavily on one race than another.*
>
> *It is also not infrequently true that the discriminatory impact... may for all practical purposes demonstrate unconstitutionality because in various circumstances the discrimination is difficult to explain on nonracial grounds. Nevertheless, we have not held that a law, neutral on its face and serving ends otherwise within the power of government to pursue, is invalid under the Equal Protection Clause simply because it may affect a greater proportion of one race than of another.*
>
> *Disproportionate impact is not irrelevant, but it is not the sole touchstone of an invidious racial discrimination forbidden by the Constitution. Standing alone, it does not trigger the rule, McLaughlin v. Florida (1964), that racial classifications are to be subjected to the strictest scrutiny and are justifiable only by the weightiest of considerations.*

Fue entonces cuando se plantearon fuertes críticas, en especial, desde ramas como la sociología, en torno a cómo debía ser entendida y manejada la discriminación institucional.[12] Se sentaron así las bases para concebir la discriminación como consecuencia del propio sistema y no sólo por el comportamiento individual, y, por tanto, una relectura de la posición que hasta el momento se mantenía de la discriminación intencional por medio de las sentencias referidas.

---

[12] Véase Knowles, Louis L. y Kenneth, Prewitt (eds.), *Institutional Racism in America*, Englewood, 1969, que se refieren al "racismo institucionalizado", o más concretamente McCrudden, Christopher, "Institutional Discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 3, 1982, pp. 303-367. Así, estos estudios partían de la base de que muchas de las normas estandarizadas en la sociedad surgían por los hábitos de la sociedad cuya aplicación generaba efectos negativos especialmente sobre los grupos minoritarios, pero con la particularidad de que precisamente su aplicación —o incluso su concepción— no albergaba en ningún momento la intencionalidad de tal discriminación, lo que deriva en la paradoja de que existían comportamientos o resultados discriminatorios pese a que partían de un convencimiento de la plena igualdad entre los miembros de esta sociedad.

La crítica que autores como Lawrence hicieron ya en su momento es que, por el contrario, se debía tener en consideración que los efectos discriminatorios de una norma —decisión o política pública— son reales, con independencia de la propia intencionalidad que la medida persiguiera. Profundizando en este hecho, el autor alude a los trabajos que en el campo de la sociología habían demostrado la influencia que la cultura o los condicionantes sociales tienen en las decisiones de los individuos, incluidos, en consecuencia, tanto legisladores como intérpretes del derecho.

Lo anterior debido a que no se reconoce la influencia que la experiencia cultural tiene sobre las acciones. En otras palabras, una gran parte del comportamiento que produce la discriminación en torno a algunos factores se debe a la influencia de la motivación inconsciente sobre los mismos,[13] dado que muchas de las aplicaciones de normativa neutral llevada a cabo en la sociedad, y que al día de hoy se han desprendido de una connotación confesional, tienen sus raíces en un folclore marcado por las pautas del grupo tradicionalmente mayoritario o dominante.

Por ello, la solución que se aporta es que, en estos casos de discriminación, las interpretaciones hechas por los jueces han de incluir también un análisis de la importancia del impacto cultural en las propias medidas legislativas; en concreto, en este tipo de juicios interpretativos hay que darle a la prueba el significado cultural que requiere; por tanto, la búsqueda para el significado cultural es necesariamente una tarea hermenéutica.

La distinción entre el análisis causal e interpretativo se torna crucial, dado que, por lo general, las pruebas propias de otras disciplinas de las ciencias sociales no suelen ser aplicadas para demostrar relaciones causales en los juicios que es posible calificar como interpretativos,[14] habituales, por otra parte, en casos de discriminación indirecta.

---

[13] Lawrence, Charles R., "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism", *Stanford Law Review,* vol. 39, núm. 2, 1987, p. 322.
[14] Ibidem, pp. 362-363.

Así, partiendo de que las normas jurídicas son formuladas para ordenar la coexistencia pacífica de la sociedad, entrañan una obligación sobre las personas —ya sea en lo individual, colectivo o institucional—, lo que redunda en hacer pasar sus creencias fundamentales sobre la concepción del mundo a una instancia universal basada en el poder y la fuerza de la legitimidad.[15]

El punto de conflicto se genera cuando la concepción individual deviene razón última en la interpretación de tales normas (la moral política, entendida como contexto de interpretación), se corre el riesgo de que ésta no forme parte de la solución de los conflictos sociales, sino del problema, debido a que se petrifica el marco exegético de referencia (marco que, sin embargo, debería ser libre, plural y favorecedor en la corrección y supresión de las discriminaciones generadas por la propia norma).

En definitiva, el problema acaece dado que muchas de las normas jurídicas se basan en la percepción de que representan la solución más aséptica que se puede proveer a la resolución de conflictos o a la mera reglamentación de la vida en sociedad, de modo que aparecen como neutras; si bien detrás puede haber un motivo discriminatorio, aunque inconsciente. Dicho de otra manera, se entienden como una representación de la sociedad en la que se desarrollan, aunque en realidad obedecen a determinados puntos de vista, por lo que tal neutralidad no es sino consecuencia de creencias particulares y que a la postre, en su aplicación, desatan efectos discriminatorios.[16]

---

[15] Abel, Günter, *Langage, signes et interprétation*, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011, p. 317.

[16] El ya referido autor Lawrence sostenía que la responsabilidad del individuo y su peso en los comportamientos colectivos debían ser redefinidos. Él no llegó a evocar el concepto de discriminación indirecta, aunque sí puso el acento en la discriminación "no intencional", en contraposición a la hasta el momento sostenida opinión de que sólo la discriminación intencional era la que suponía un límite al principio de no discriminación. Su justificación volvía a retomar la idea de discriminación sistémica, en la medida en que si no se llegaba a reconocer que muchas de las discriminaciones eran fruto de la negación de una idea o sentir presente en la sociedad —por motivos culturales, históricos o sociales—, justificadas por una suerte de moralidad, de que grupos minoritarios deben adaptarse a lo establecido por el colectivo general, renunciar a sus derechos fundamentales y generar, por tanto, una discriminación. Más aún, en caso de que no se llevara a cabo una primera autocrítica y análisis

En cierto modo, la discriminación no puede ser considerada un hecho aislado, sino más bien la actualización de un prejuicio (actitud negativa) y de un estereotipo (creencia negativa) justificado por los grupos sociales;[17] de ahí que estos factores deban también ser estudiados en conexión con la interpretación de los efectos —y, por ende, la corrección— de la discriminación.

De esta manera, los fenómenos de discriminación no son neutros, aunque sí lo sean las medidas que los pueden propiciar, dado que son las que determinan las modalidades de trato a los otros, lo que subyace desde el primer momento en lo que de forma instintiva se realiza como categorías de individuos al hablar de "nosotros", los "otros", "ellos";[18] diferenciación que sin duda se enraíza en las diferencias culturales o identitarias.

II. Concepto y elementos de la discriminación indirecta

Algo que no es posible negar a estas alturas es que el concepto de discriminación indirecta se sitúa en el centro de atención de los nuevos debates del principio de no discriminación. Hay quienes consideran que ese interés es debido a su pragmatismo, al tratarse de una "medida en efecto equivalente a una discriminación".[19]

Desde mi punto de vista, tiene más que ver con la propia evolución de la sociedad y, con ella, los nuevos desafíos que se plantean a las antiguas y encorsetadas doctrinas y técnicas de corrección de los efectos de la discriminación. Así, nuevas brechas en la lucha por la igualdad que surgen para evitar los efectos correctivos que hasta ahora se habían desarrollado

---

de esta realidad estructural, las propias medidas de corrección basadas en acciones positivas podrían generar un efecto negativo en forma de resentimiento en aquellos grupos que no son beneficiarios de tales medidas, lo que agrava el problema de la propia brecha social establecida entre ellos. Abel, G., *op. cit.,* 2011, pp. 364 y ss.

[17] Ndobo, André, *Les nouveaux visages de la discrimination*, Bruselas, De Boek, 2010, p. 49.

[18] Sánchez-Mazas Margarita y Licata, Laurent, *L'autre. Regards psychosociaux*, Grenoble, PUG, 2005, p. 52.

[19] Fallon, Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Lovaina, Bruylant, 2002, p. 66.

frente a discriminaciones directas exigen respuestas que vienen de la mano del fenómeno de la discriminación indirecta.

Un nuevo paso en el camino de la sinergia de ley y moral, en la medida en que en última estancia el derecho, por esencia, tiene un contenido moral que le constituye un valor moral,[20] pero no existe una sola moral válida y absoluta, sino una exigencia de interacción entre las demandas exigidas por una sociedad cada vez más compleja.

1. La discriminación indirecta: qué es y qué la compone

La discriminación indirecta ha sido objeto de distintas definiciones, dependiendo de las tradiciones jurídicas, así como del momento en el que se planteó como objeto de análisis, la naturaleza jurídica de los instrumentos que la han regulado o las particularidades que la casuística ha planteado.

Un concepto que cobra protagonismo, en especial en tradiciones jurídicas en las que el principio de no discriminación se encorseta en una lista exhaustiva de motivos —puesto que abre la puerta a proteger las zonas grises que se pudieran escapar de tal blindaje—, frente a aquellos otros modelos en los que la no discriminación se refleja a partir de fórmulas más abiertas y por tanto más flexibles a la interpretación.[21] Pero es un concepto que también juega un papel protagonista al ofrecer distintos niveles de protección a los derechos fundamentales gracias a las soluciones que aporta en la corrección de los efectos limitantes de los modelos de implementación y defensa de los derechos humanos.

Aunque con distintos matices, el punto en común que gira en torno a todas ellas es siempre el mismo, por lo que partiré de esa primera referencia: la neutralidad bajo la que se esconde una discriminación.

---

[20] Kelsen, Hans, *Qu'est-ce que la justice? Suivi de Droit et Morale*, Ginebra, Éditions Markus Haller, 2012, p. 109.

[21] Gerards, Janneke H., "Judicial Review in Equal Treatment Cases", en *Revue judiciaire relative à des affaires liées à l'égalité de traitement*", Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, p. 13.

Para reforzar y completar este hecho diré que una discriminación es consecuencia de normas, medidas o circunstancias fruto de una regulación neutral, pero que producen una desventaja a un individuo o grupo;[22] un impacto desproporcionado que no es justificable de un modo objetivo con una finalidad legítima o cuyos medios empleados para la consecución de tal fin no han sido ni adecuados ni necesarios.[23]

La discriminación indirecta, por tanto, se convierte en una herramienta indispensable que ha puesto en evidencia la propia eficacia del principio de no discriminación, entendido desde su concepción tradicional, y que ofrece así avance y evolución en su desarrollo, y hace prevalecer "el fondo sobre la forma".[24] De este modo, además se consigue avanzar en la discriminación estructural presente en la realidad jurídica, que trataré más adelante, y logra una suerte de armonización entre la regulación legal y las demandas sociales, a fin de poder alcanzar la igualdad formal, esencia de todo instrumento de protección de derechos humanos.

2. Elementos de la discriminación indirecta

2.1. Elementos objetivos de la discriminación indirecta

Pese a la diversidad de regulaciones , son dos los elementos clásicos que han de estar presentes para que la discriminación sea calificada como indirecta:

1) Una norma aparentemente neutral, pero con un impacto desproporcionado (y no deseado), conlleva así la discriminación. De este modo, se exige un esfuerzo suplementario al identificar la discriminación.

---

[22] Messner, Francis, Prélot, Pierre Henri y Woehrling, Jean-Marie (dirs.), *Droit français des religions*, 2a. ed., París, Lexis Nexis, 2013, p. 84.

[23] Directiva 2000/78/CE, del 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, artículo 2.2.

[24] Tobler, Christa, *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law*, Oxford, Intersentina, 2005, p. 114.

No es posible pues, como ocurre en la discriminación directa, reducir el análisis a la superficialidad de una norma o medida, sino los efectos, que por lo general se deslizan a hechos que pueden a simple vista pasar inadvertidos dada la cotidianeidad. Será por tanto el impacto desproporcionado de ésta el verdadero objeto susceptible de análisis.

2) Ausencia de justificación objetiva de la medida neutral que encubre la discriminación. Es posible afirmar que la necesidad de justificar de modo objetivo la finalidad perseguida por la medida para que ésta no sea tildada de discriminatoria es un elemento característico de la discriminación indirecta; por tanto, sirve además para distinguirla de forma clara de la directa, dado que en ésta, salvo excepciones expresamente previstas por la ley,[25] no es una exigencia necesaria para su análisis. En el caso de la discriminación indirecta, por su propia naturaleza, el tratar de discernir si la justificación de la medida se torna o no si cabe más complicada que en la discriminación directa o positiva; sin embargo, es esta justificación la piedra angular del análisis de tal discriminación, dado que será precisamente este hecho el que llevará a determinar o no su existencia.

Dado que todo gira en torno de una medida de carácter neutral, implica necesariamente probar la necesidad objetiva de ésta, así como que todos los medios que han sido empleados eran proporcionados y necesarios para tal fin, fin que, de otro lado, tiene que ser necesariamente legítimo.

Al hablar de justificación en materia de discriminación indirecta es imprescindible indicar una matización previa: al tratarse de una norma neutral la que origina la discriminación, su análisis traerá aparejado una razón por lo general suficientemente fuerte que justifique su práctica, y,

[25] El caso comunitario, por ejemplo, es más evidente al disponer de una lista tasada de motivos de discriminación, la exigencia de justificación para una discriminación directa se encuentra en casos de discriminación con base en la edad (artículo 6 de la directiva 2000/78/CE) o exigencias profesionales (artículo 4 de las directivas 2000/43/CE del 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y 2000/78/CE).

por ende, el impacto; por ello, su análisis habrá de ser llevado a cabo siempre de las consecuencias que su aplicación ha traído consigo, de modo que en efecto se demuestre que es razonable y proporcional.

Esta justificación objetiva nunca no podrá presumirse, tampoco meramente afirmarse, si no es pertinentemente argumentada. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

> a la vista de todos los elementos pertinentes y teniendo en cuenta la posibilidad de alcanzar por otros medios el objetivo de política social de que se trate, debe comprobarse si éste es ajeno a toda discriminación por razón de sexo y si la norma controvertida, como medio destinado a lograr este objetivo, puede contribuir a su consecución.[26]

Dicho de otra manera, el debate sobre la justificación de la medida tiene por objeto que el valor de la decisión o acción sea considerado justo, oportuno y respetuoso con el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

2.2. Elemento subjetivo de la discriminación indirecta

Uno de los últimos elementos que resta analizar es si la discriminación indirecta comporta necesariamente determinados elementos objetivos o subjetivos.

En relación con los elementos subjetivos, *a priori*, parece lógico referirse como principal al daño producido por las consecuencias de la medida neutral; al suponer una distinción entre personas, la propia distinción tiene un valor en sí misma: las desventajas directas o la necesaria contrapartida de tales cargas (es posible hablar anudados a las desventajas, ventajas como resultado de tales medidas, aunque esto se apreciaría más

[26] STJUE C-167/97, de 9 de febrero de 1999, (Rec. I-00623), *Nicole Seymour-Smith v. Laura Pérez*, párr. 72.

en otras modalidades de discriminación, como la directa o la positiva; en la medida en que la indirecta deriva de una medida neutral, que en principio no persigue como objetivo directo el preponderar los intereses de un grupo o situarle en una posición ventajosa, por lo que serán más evidentes las cargas sobre las personas a las que la ejecución de tales medidas supone una limitación o vulneración del desarrollo de sus derechos fundamentales).

El problema de identificar como elemento objetivo la carga (o ventaja) producida no es sino como precisarla. Así, podría decirse que más que de una desventaja, se estaría hablando de un daño directo sobre los intereses y derechos del individuo, que se llega a interpretar como la consecuencia que verdaderamente revela la existencia de tal discriminación. Además, la noción de ventaja o desventaja se alinea con la necesidad de fijar un contenido a la propia prohibición de discriminación, pero no del daño en sí.

Esto llevaría al elemento subjetivo, del que ya se hizo referencia: el carácter intencional de la discriminación. Como se dejó apuntado, para el caso de la discriminación indirecta es irrelevante la intencionalidad discriminatoria de la medida.; sin embargo, el elemento subjetivo tiene un protagonismo mayor más allá de la intencionalidad, dado que las causas que llevaron a discriminar tienen un papel relevante al justificar la medida y evaluar la proporcionalidad de ésta con el daño causado, lo que además se relaciona —para el caso de discriminaciones indirectas generadas como consecuencia de una norma jurídica o política pública— con el margen de discrecionalidad de los Estados.

3. El problema de la concepción de la discriminación indirecta como discriminación asociada a un grupo

Pese a lo descrito hasta el momento, la propia evolución social y los problemas que en ella hay obligan a reconsiderar y adaptar las teorías acerca

del principio de discriminación, a fin de conseguir el principal desafío de éste: eliminar las barreras que impiden el disfrute de los derechos fundamentales a los ciudadanos.

La discriminación indirecta parte de la concepción del individuo como miembro de un grupo; o lo que es lo mismo, tanto en la jurisprudencia internacional como nacional para analizarla se toma en cuenta esta categoría de discriminación y se parte de la discriminación a un grupo concreto y, por ello, al igual que pasa con la discriminación positiva, es la pertenencia a ese grupo lo que abre la puerta al análisis del caso y su corrección posterior.

Precisamente porque lo anterior supone en ocasiones un corsé para poder evaluar un claro caso de discriminación que por el contrario no encaja en las formulaciones tradicionales, la jurisprudencia estadounidense —y con ella también la europea[27]— empieza a avalar nuevos enfoques del principio de no discriminación que superan las clasificaciones tradicionales.

Los tribunales en determinados casos tienden, por ejemplo, a ir más allá de la interpretación estricta de los métodos de discriminación positiva, a partir de la articulación de dos textos fundamentales: la Ley de Derechos Civiles de 1964, que prohíbe la discriminación tanto directa como indirecta sin que medie una justificación, y la Ley de Derechos Civiles de 1991, que contiene la misma prohibición. De este modo, se lleva a cabo una suerte de equilibrio entre las dos prohibiciones —trato y efectos discriminatorios—, pero en la que el factor "pertenencia a un grupo" no es tan determinante, puesto que si bien se busca la representación de tal grupo, el acento se sitúa en la evidencia o no de responsabilidad de quien cometió la discriminación.

---

[27] Briard, H., *La Cour Suprême des Etats Unis et la discrimination positive*, París, Recueil Dalloz, 2009, p. 2096.

Los principios situados en la base siguen siendo los mismos: la igualdad de derechos y el principio de no discriminación; sin embargo, se comienza a situar el foco de atención argumentativo en otros factores, como es el hecho de que las autoridades públicas den un tratamiento no discriminatorio a los individuos considerados como tales y no exclusivamente como miembros de una categoría o una comunidad específica.

Para que sirva de ilustración, es posible hacer referencia a la discriminación por razón de religión: esta limitación no puede hacerse extensible a otros ámbitos, en particular, a la libertad religiosa, puesto que la manifestación de las creencias por parte de los individuos (dimensión más afectada por las discriminaciones indirectas) está asimismo blindada por los instrumentos de protección de los derechos humanos como contenido esencial de otro derecho fundamental; por tanto, negar la posibilidad de una discriminación indirecta recaída en un individuo conllevaría en automático la limitación de la protección de sus creencias y, por tanto, de su libertad religiosa. Así, si por ejemplo se toma como referencia el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), su protección se extiende a "la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente", no sólo aquellas desarrolladas en grupo. Por ello, vulneraría el artículo 14 de la CEDH[28] limitar el principio de no discriminación por razón de religión sólo desde una perspectiva de grupo, dejando desprotegidas las creencias individuales.

Es cierto que la discriminación indirecta desarrollada en el ámbito de una dimensión individual trae aparejada determinadas dificultades; sin embargo, lo que trato de exponer es que tal concepción tradicional de la discriminación indirecta asociada en forma automática a un grupo abre una brecha de protección contra la discriminación indirecta, que de otra

[28] Artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos: "Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

manera abriría las puertas al análisis de estos casos y a una respuesta jurídicamente aceptable sustentada en los términos de debate de la discriminación, sin ser, por el contrario, un obstáculo para establecer las pertinentes comparativas y análisis de proporcionalidad de los intereses enfrentados en cada caso.[29]

4. La discriminación sistémica o estructural y su relación con la discriminación indirecta

No quisiera pasar por alto esta oportunidad para referirme de forma breve a la denominada *discriminación sistémica*, un concepto aún no recogido en instrumentos legales, aunque sí desarrollado desde un prisma sociológico, al ser relacionado de modo directo con el propio desarrollo de la sociedad y el papel que ésta puede jugar en la creación y perpetuación de discriminaciones, en concreto, en relación con la discriminación indirecta.

La discriminación sistémica o estructural se construye en torno a una multiplicidad de factores o fuentes discriminatorias. En tales términos, el efecto discriminatorio tiene su origen en una combinación de factores, un procedimiento sucesivo y paulatino que aglutina a varias medidas y decisiones, que sin embargo tomadas de un modo aislado no producirían necesariamente discriminación.[30]

Entendida de este modo, la discriminación sistémica se constituye a partir de un proceso invisible en el que se asignan categorías en una jerarquía social en función de criterios reales o hipotéticos, que pueden desembocar en un resultado discriminatorio; una discriminación —directa o indirecta, según los casos— que tiene sus raíces en la propia estructura social.

En cierto modo, existe confusión entre esta modalidad de discriminación y la discriminación indirecta: bien porque muchas veces se encuentran

[29] Vickers, Lucy, "Indirect Discrimination and Individual Belief: *Eweida v. British Airways plc*", *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 11, 2009, pp. 197-202.
[30] "Discrimination systémique", en *Discrimination. Promotion des droits et de l'égalité*. Le Défenseur des droits, 2014, pp. 3-4, disponible en http://www.defenseurdesdroits.fr/.

citadas por la doctrina como sinónimos, bien porque en ocasiones la propia dificultad que trae aparejada la discriminación indirecta de poder ser corregida por una acción legal se achaca a condicionantes estructurales de la sociedad.[31]

Sin embargo, se está ante una dimensión diferente a la discriminación indirecta, pese a sus evidentes puntos en común. En este caso se trata de una situación de discriminación o de desigualdad que es consecuencia de la acumulación de interacciones de comportamientos o decisiones (tanto a título privado como institucional), ya tengan carácter intencional o no, que generan un efecto nocivo sobre un grupo específico.[32]

Por ello, el análisis que los intérpretes del derecho llevan a cabo de ésta pasa por el propio interés de demostrar el papel que desempeña el contexto social (nacional, cultural, local, dependiendo del caso concreto), y abre el debate a todos los agentes sociales involucrados (ya sean civiles, empresas o agentes públicos)[33]. No es, por tanto, un análisis aséptico de los resultados discriminatorios, sino un estudio crítico del conjunto de condicionantes externos y arraigados que pueden resultar determinantes en tal discriminación.

III. Discriminación indirecta: una distinción cuestionada ¿y superada?

La distinción entre discriminaciones —directa, indirecta, positiva— es una constante en la reciente regulación sobre este fenómeno.

---

[31] Lanquetin, Lanquetin, Marie-Thérese, "Discrimination", en Lyon-Caen, M. A., (dir.) *Répertoire de droit du travail*, Dalloz.fr, 2015, § 75.

[32] Chicha, Marie-Thérèse, *À travail équivalent, salaire égal sans discrimination: détermination du lien avec un des critères de discrimination de l'article 10 de la charte*, Commission des droits de la personne du Québec, 1989p. 68.

[33] Es difícil encontrar un caso de discriminación estructural en la jurisprudencia europea o nacional, puesto que carece de formulación jurídica por el momento, es posible, sin embargo, ilustrar como ejemplo en el ámbito de la Unión Europea el caso C-127/92, STJUE de 27 de octubre de 1993, (Rec. 1993/I-05535), *Enderby v. Frenchay Health Authority y Secretary of State for Health*, en concreto, a partir de los factores que son cuestionados por el Tribunal para justificar la existencia de una discriminación.

Operadores jurídicos internacionales y nacionales sistematizan las diferencias que presenta la casuística precisamente mediante la contraposición de términos, algo en especial evidente en la relación entre la discriminación directa y la indirecta; sin embargo, en el propio desarrollo de las variantes de la discriminación, y en particular de la discriminación indirecta, si se profundiza en las distintas argumentaciones que los aplicadores del derecho de referencia llevan a cabo en el análisis de los casos que ante ellos se plantean es posible ver cómo fijar una clara distinción entre ellas no es una tarea tan sencilla, como *a priori* pueda parecer.

Modelos como el canadiense se han desmarcado, al calificar como *irreal* el realizar una calificación de la discriminación:

> La distinción entre discriminación directa y la discriminación indirecta no es solo maleable, sino incluso irreal: el empresario que, hoy en día, tuviera intención de discriminar, raramente formularía la regla de manera directamente discriminatoria, si el mismo efecto […] lo puede obtener a través de una formulación indirecta.[34]

Si bien es cierto que tal conclusión se enmarca en un modelo que aborda la discriminación al poner el acento en el daño que ésta produce más allá de sus motivos,[35] no aviva sino el escepticismo que gira en torno a la complejidad del concepto de discriminación indirecta y su dificultad de encuadre y definición.

En los casos en los que se presenta una discriminación indirecta, las autoridades públicas deben hacer un análisis del caso planteado en tres

[34] CSC, Colombie-Britannique (*Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U*, 9 de octubre 1999 [1999], 3 RCS 3, § 29-37.

[35] Los tribunales canadienses, y lejos de la interpretación que la doctrina europea toma como punto de partida en su análisis de la discriminación, tienen como referencia en su razonamiento la noción de perjuicio. Así, la jurisprudencia que ha interpretado el artículo 15 de la Carta de Derechos canadiense, en la medida en que entiende preferible "para que la discriminación sea apreciada o reconocida en todo su contexto y en todas sus formas, que se centre el análisis sobre el impacto (el efecto discriminatorio) más que en los elementos constitutivos de éste (es decir, los motivos de distinción)". Véase *CSC Egan v. Canada*, 25 de mayo de 1995, [1995] 2 RCS 513.

etapas: el estudio del ámbito de la ley, la naturaleza de la medida que ha supuesto el quebranto del principio de discriminación y el análisis de la justificación objetiva que se anuda al fin alcanzado por ésta.

Para la cuestión de cuál es el ámbito de aplicación de la ley, se anudan otros problemas, como la prueba de una discriminación específica, así como la justificación de una finalidad legítima y proporcionada que podría llegar a evitar el propio análisis de la discriminación indirecta en sí.

La práctica confirma que precisamente las legislaciones nacionales, entendidas como las regulaciones más explícitas y directas de la cuestión, son más operativas y entrañan menos problemas al analizar el contexto de aplicación que regulaciones más generalistas como las que del derecho internacional o el caso de la legislación comunitaria propiamente dicha. Por ejemplo, si se toman como referencia las directrices europeas como guías para una adaptación a la idiosincrasia de cada país, pero se respeta un objetivo común, se logra simplificar determinados problemas prácticos, como la discriminación múltiple, en la medida en que confluyan diferentes tipos de discriminación.

De este modo, la legislación nacional, al incluir más situaciones y motivos de discriminación, así como tener un acceso más completo a elementos de prueba más próximos a la realidad social en la que se desarrolla, se convertiría en la herramienta perfecta para luchar contra la discriminación indirecta, siempre, claro está, que el legislador de verdad esté sensibilizado con la cuestión y sea consciente de la regulación de tal fenómeno, algo no siempre evidente.

Pero la polémica se mantiene en torno al empleo del término *discriminación indirecta*. Las autoridades nacionales, así como los órganos jurisdiccionales, son cautos al distinguir una discriminación indirecta de otros conceptos previstos en la legislación relacionados con la no discriminación. En especial, respecto a la discriminación directa en la que, debido a la diferencia existente entre ambas a tenor de los medios de prueba y su

justificación, se obvia tal distinción, y casos que objetivamente debían haber sido examinados como una discriminación indirecta, se analizan como simples casos de discriminación tradicional o directa.

La explicación que es posible ofrecer ante este hecho es la búsqueda de la simplicidad: el complejo análisis de los criterios formalmente neutrales que acompañan a la discriminación indirecta, así como la necesidad de un pormenorizado trabajo de comprensión del contexto y elementos subyacentes que acompañan a este tipo de discriminación, así como la búsqueda de fórmulas ya manidas por las tradiciones jurídicas, alejan a los órganos jurisdiccionales de un aprovechamiento óptimo de esa figura.

En esta suerte de interrelación de conceptos, la discriminación indirecta se llega a relacionar, por aproximación, con la discriminación por asociación, las acciones positivas o el acomodo razonable, figuras que pueden tener puntos en común, pero que no encajan necesariamente en la naturaleza de la discriminación indirecta.

Sin embargo se han de superar las tradicionales fórmulas centradas en el mero criterio prohibido o que por naturaleza están ligadas de modo indisoluble a la discriminación directa. La evolución de la sociedad exige ampliar el campo de estudio y dirigir los esfuerzos a analizar los elementos que dependen de los criterios meramente neutrales, pero que afectan de modo negativo al correcto ejercicio del resto de derechos fundamentales.

En esa misma línea, instrumentos internacionales de protección de derechos humanos exigen a los Estados ir más allá en la regulación y lucha contra la discriminación que su mera prohibición: se requiere una participación activa en la promoción de la igualdad real.

Esto no es sino un camino dirigido a la lucha contra la discriminación indirecta, ya que esa obligación activa exige un esfuerzo en la relectura de los problemas estructurales subyacentes que presenta la sociedad y que son el germen de la existencia de esta discriminación por motivos

neutrales. En resumen, se debe considerar un contexto más amplio del que tradicionalmente se parte para hacer frente a esos aspectos discriminatorios no siempre fáciles de identificar y que afectan no sólo a colectivos, sino también a casos individuales.

Por todo ello, una correcta evolución para la asimilación del concepto de discriminación indirecta ha de pasar por el correcto uso de éste, ubicándolo en la lógica de la igualdad real, y no meramente de una igualdad formal, como es la costumbre en relación con las figuras análogas analizadas.

Una igualdad real que se caracteriza por dos puntos destacados: el principio de trato diferenciado y un universalismo concreto (que reconoce la diversidad social y las desigualdades y aspira a la equidad). Esto dota a la igualdad sustantiva de una perspectiva de trasformación social, de modo en hay una implicación por parte de los agentes sociales en la mediación de los conflictos y la aproximación de los intereses opuestos. Con ello se consigue un cambio en el propio comportamiento de los actores sociales, y se lucha así contra una discriminación de carácter estructural consecuencia del inconsciente colectivo y social.

IV. Consideraciones finales

A la vista de las consideraciones analizadas, es necesario llegar como primera conclusión a que la figura de la discriminación indirecta supone la evolución natural que el principio de no discriminación sufre como consecuencia de las propias demandas sociales.

Una figura debatida y no siempre enfrentada de forma directa por los aplicadores del derecho, dada la propia controversia y ambigüedad que ofrece una norma (o medida) de contenido neutral, envestida en la mayoría de los casos que del empoderamiento que la tradición y costumbre ofrecen ha de interpretarse sin embargo como un esfuerzo por compensar

los males que sufren las minorías, dando la posibilidad así de ofrecerles beneficios y una correcta remoción de los obstáculos que impiden el adecuado ejercicio de sus derechos.

V. Bibliografía

ABEL, Günter, *Langage, signes et interprétation*, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 2011.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Alianza, Madrid, Alianza Editorial, 2004.

BANTON, Michael, *Discrimination*, Buckingham, Open University Press, 1994.

BRIAD, H., *La Cour Suprême des Etats Unis et la discrimination positive*, París, Recueil Dalloz, 2009.

BRILLAT, Manuela, *Le principe de non-discrimination a l'épreuve des rapports entre les droits européens,* París, Varenne, 2015.

CHICHA, Marie-Thérèse, *À travail équivalent, salaire égal sans discrimination: détermination du lien avec un des critères de discrimination de l'article 10 de la charte*, Commission des droits de la personne du Québec, 1989.

FALLON, Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Lovaina, Bruylant, 2002.

GERARDS, Janneke H. "Judicial Review in Equal Treatment Cases", en *Revue judiciaire relative à des affaires liées à l'égalité de traitement*", Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005.

KELSEN, Hans, *Qu'est-ce que la justice? Suivi de Droit et Morale*, Ginebra, Éditions Markus Haller, 2012.

KNOWLES, Louis L. y Kenneth, Prewitt (eds.), *Institutional Racism in America*, Englewood, 1969.

MCCRUDDEN, Christopher, "Institutional Discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 3, 1982.

LANQUETIN, Marie-Thérese, "Discrimination", en Lyon-Caen, M. A., (dir.) *Répertoire de droit du travail*, Dalloz.fr, 2015.

LAWRANCE, Charles R., "The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism", *Stanford Law Review,* vol. 39, núm. 2, 1987, pp. pp. 317-388.

MARÉCHAL, Sylvain, *Le Manifeste des Egaux*, 1796.

MESSNER, Francis, Prélot, Pierre Henri y Woehrling, Jean-Marie (dirs.), *Droit français des religions*, 2a. ed., París, LexisNexis, 2013.

NDOBO, André, *Les nouveaux visages de la discrimination*, Bruselas, De Boek, 2010.

PÉREZ Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

RUBIO Llorente, F., "Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en Rubio Llorente, F., *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1997.

RUTHERGLEN, George, "Disparate Impact under Title VII: An Objective Theory of Discrimination", *Virginia Law Review*, vol. 73, núm. 7, 1987.

SÁNCHEZ-MAZAS, Margarita y Licata, Laurent, *L'autre. Regards psychosociaux*, Grenoble, PUG, 2005.

TOBLER, Christa, *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law*, Oxford, Intersentina, 2005.

VICKERS, Lucy, "Indirect Discrimination and Individual Belief: Eweida v. British Airways plc", *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 11, 2009.

CAPÍTULO 3
Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad

Roberto P. Saba*

* Abogado (UBA), Master y Doctor en Leyes (Universidad de Yale). Profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

Sumario: I. Introducción; II. Acciones afirmativas e igualdad; III. El principio de no discriminación y el principio de no subordinación: IV. ¿Clasificaciones o clases?; V. La igualdad como no-subordinación y la noción de grupo; VI. Categorías de impacto simétrico y tratos preferenciales asimétricos; VII. Acciones afirmativas, categorías prohibidas y grupos merecedores de tratos preferentes; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Las acciones afirmativas implementadas tanto por el Estado como por particulares (como establecimientos educativos privados o empleadores, por ejemplo), consisten en brindar un trato preferencial a ciertas personas en función de su pertenencia a un grupo de individuos que ha resultado —y continúa siendo— víctima de un trato excluyente sistemático, estructural e histórico. Estas políticas de trato preferente han sido impugnadas por sus críticos por contradecir, desde su perspectiva, el mandato constitucional o convencional de igualdad ante la ley, pues parecen ignorar la noción de razonabilidad y no arbitrariedad en el trato. Aquellos que las han defendido desde la discusión pública, el activismo político, la legislación o las sentencias judiciales, han articulado diferentes argumentos justificatorios dirigidos a demostrar que esas políticas se sostienen con base en otros principios que también deben ser ponderados.[1] La gama

[1] Véase Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

de teorías propuestas es amplia. Una de ellas, vincula las acciones afirmativas o las políticas de trato preferente con la finalidad o justificación de instituciones específicas cuyos roles requieren que los miembros que las componen reflejen la diversidad de la comunidad en la que operan. Consideremos el caso de los parlamentos. Estos órganos, centrales en todo régimen democrático de gobierno, adquieren su justificación a partir de ciertos supuestos teóricos. La concepción deliberativa de la democracia, por ejemplo, entiende que este régimen político es moralmente preferible a otros por ser epistémicamente superior a procesos de toma de decisión en los que no participan todos aquellos que resultarán afectados por los acuerdos que se alcancen. La superioridad epistémica de la democracia surge a partir del hecho de que los individuos que formen parte del proceso de toma de decisiones sean aquellos que resultarán alcanzados por la decisión. De este modo, el sistema garantiza que los que participan de ese proceso conozcan la mayor variedad de puntos de vista posibles, las razones públicas aplicables y la mayor cantidad de información disponible. En las democracias modernas, esta deliberación amplia de la que participarían todos los miembros de la comunidad no es posible sino por medio de la representación política, sobre todo en los parlamentos, por lo que éstos deben reflejar del modo más fiel posible la diversidad de individuos que forman parte del colectivo representado. A mayor diversidad dentro del parlamento, mejores serán las decisiones que se tomen y mayor será la presunción de validez de esas decisiones.[2] Durante décadas, en muchos países, a las mujeres no se les han reconocido sus derechos políticos. Más tarde, cuando lograron ese reconocimiento, una compleja combinación de factores y prácticas individuales y colectivas han conducido a que, incluso contando con el derecho a ser elegidas para representar a sus votantes en el parlamento, no llegaran a ocupar más que un minúsculo número de bancas. La ausencia de mujeres en los parlamentos, entonces, puede ser considerado, desde el punto de vista de la teoría democrática, como un serio déficit que socava una

[2] Véase Nino, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, Capítulo 5.

de las razones centrales por las que consideramos que el sistema democrático de gobierno es mejor que otros sistemas políticos: su superioridad epistémica. Sin la intervención del Estado —forzando por medio de regulaciones de cumplimiento obligatorio la incorporación de mujeres al parlamento—, éste funcionaría imperfectamente, arrojando decisiones de menor calidad y legitimidad. De este modo, desde la perspectiva de la teoría de la democracia deliberativa, podrían justificarse las políticas de trato preferente respecto de las mujeres u otros grupos sistemáticamente excluidos del ámbito parlamentario, en la medida en la que se remuevan los obstáculos que impidan que un grupo importante de la comunidad política participe del proceso parlamentario, evitando así el empobrecimiento de la deliberación y disminuyendo los riesgos de tomar malas o peores decisiones.

Un caso equivalente es el de las instituciones educativas, como las escuelas, colegios o universidades. Desde la perspectiva de algunas teorías pedagógicas, podría defenderse la tesis de que el proceso educativo se ve enriquecido cuando los alumnos que asisten a las aulas reflejan la misma diversidad que se encuentra presente en la comunidad. Es a partir de esas perspectivas pedagógicas que se podría abogar por políticas de trato preferente que aseguren la presencia en clase de un colectivo de alumnos y docentes ampliamente diverso. A mayor diversidad en las aulas, mejor educación. En el caso de las universidades, se ha dado otro argumento, no contradictorio con el anterior, pero diferente, según el cual estas instituciones no sólo forman a las personas en el ejercicio de una profesión determinada, sino que son también los canales por medio de los cuales se forman los liderazgos de una sociedad. Si determinados grupos de la comunidad no acceden a las universidades, como ha sucedido en muchos países con las mujeres hasta tiempos recientes, o con los afrodescendientes aún hoy en algunos países, entonces los integrantes de esos colectivos se verán impedidos de contar con líderes sociales, profesionales, políticos, empresariales o culturales en los cuales verse reflejados o, incluso, en quienes confiar o con quienes establecer una relación de empatía. Las acciones afirmativas pueden ser entonces, en estos contextos, el vehículo

por medio del cual se generan las condiciones para la producir liderazgos sociales que de otro modo no existirían.[3]

Como lo demuestran los ejemplos de los parlamentos o las instituciones educativas, las acciones afirmativas y las políticas de trato preferentes podrían justificarse en los fines o roles que esas instituciones poseen y en las razones que justifican su propia existencia. Esta tesis, sin embargo, si bien ofrece buenas razones para implementar políticas de trato preferente respecto de grupos de personas que encuentran severas dificultades para acceder a esas instituciones, no es una tesis apropiada para justificar esas mismas acciones afirmativas en ámbitos que no sean instituciones como las señaladas, como por ejemplo pueden ser muchas relaciones de empleo.

Otra de las tesis que se han propuesto para justificar estas políticas de trato preferente, se relaciona con los mandatos derivados de la justicia compensatoria. Algunos grupos en diversas sociedades han recibido un trato histórico por parte del resto de la comunidad que los ha colocado en forma permanente y sistémica en una situación de desventaja que podría ser estructural. Ese trato es muchas veces antiguo, como sucede generalmente con los pueblos originarios, las personas cuyos ancestros han sido víctimas de un régimen de esclavitud, o aquellas que han visto sus vidas afectadas por generaciones por el predominio de un régimen de patriarcado. Esos tratos han ocasionado daños severos y muchas veces permanentes sobre las personas afectadas, y las acciones afirmativas o las políticas de trato preferente podrían ser justificadas sobre la base de constituir una forma de compensación a los actuales miembros del grupo, por aquellos daños pasados que tienen impacto sobre el presente.[4] Las

---

[3] Dworkin, Ronald, "The Court and the University", *The New York Review of Books*, 15 de mayo, 2003, disponible en https://www.nybooks.com/articles/2003/05/15/the-court-and-the-university/ Véase también, Dworkin, Ronald, "The Case Against Color-Blind Admissions", 20 de diciembre de 2012, disponible en https://www.nybooks.com/articles/2012/12/20/case-against-color-blind-admissions/

[4] Sandel, Michael J., *Justice. What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Nueva York, Straus and Giroux, 2009, capítulos 7 y 8. Para una posición relacionada con los daños ocasionados, pero no favorable

acciones afirmativas serían así un modo de devolverles a esas personas algo de lo que les fue arrebatado.

Si bien estas teorías justificatorias de las políticas de trato preferente, junto a muchas otras, ofrecen sólidos y también controversiales argumentos a su favor, intentaré articular en este ensayo una tesis diferente, no necesariamente contradictoria con esas teorías, pero basada en otras razones. Mi propuesta es la de justificar las acciones afirmativas en el principio de igualdad que se encuentra presente en todas las constituciones liberales y en los tratados internacionales de derechos humanos que obligan a la mayoría de las naciones del planeta. El argumento que propongo en las siguientes páginas, además de ser diferente de los señalados más arriba, tiene un alcance más amplio que el que relaciona las acciones afirmativas exclusivamente con los fines buscados por algunas instituciones particulares. Por otra parte, si bien incorpora como relevante el dato de los daños ocasionados en el pasado en desmedro de un grupo, no entiende el trato preferente como una compensación, sino como una estrategia tendiente a remover los obstáculos actuales que definen la suerte de los individuos que forman parte de ese grupo en el presente y que formarán parte de él en el futuro.

II. Acciones afirmativas e igualdad

Dos concepciones acerca de la igualdad de trato ante la ley compiten tanto en el discurso de expertos y juristas, como en el de aquellos que no lo son. La primera de ellas se asocia con la intuición extendida de que la igualdad exige un trato no-arbitrario o, según la jurisprudencia de los tribunales de la mayoría de los países que se rigen por un sistema de democracia liberal, un trato denominado "razonable". Esta concepción de la igualdad rechaza cualquier trato diferente entre las personas,

---

a la justificación basada en la noción de compensación tradicional, véase Ficus, Ronald J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action. Making the Case for Quotas*, Durham y Londres, Duke University Press, 1992.

ya sea por parte del estado o incluso, en algunos casos, también proveniente de particulares, que se base en una distinción arbitraria, entendiendo por tal a aquélla en la que el criterio utilizado para justificar ese trato no guarda una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Por ejemplo, si el Estado establece requisitos para el ingreso de estudiantes a las universidades públicas, no debería imponer como condición de admisión la categoría "ser varón", pues éste no es un criterio razonable para seleccionar alumnos universitarios, dado que no se observa una relación de funcionalidad entre el requisito —el sexo de las personas— y el fin de la regulación estatal —supongamos, seleccionar estudiantes idóneos para emprender estudios superiores—.

La segunda concepción acerca del principio de igualdad constitucional se vincula con la noción de no-subordinación de grupos e impugna aquellas estructuras sociales que se asemejan a un sistema de castas —para utilizar el lenguaje del Juez William J. Brennan de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su opinión en el fallo *Plyler v. Doe,*[5] de 1982—. En este caso, se encontraba en debate el acceso a la educación de los hijos de inmigrantes indocumentados. En 1975, el Congreso del estado de Texas había modificado su legislación autorizando a las escuelas locales de distrito a negar la inscripción en ellas de hijos e hijas de inmigrantes que no hubieran ingresado legalmente a los Estados Unidos. La Suprema Corte debió decidir si en este caso, promovido por medio de una acción de clase que reclamaba la inconstitucionalidad de la ley de Texas, se encontraba afectada la igualdad ante la ley de aquellos niños y niñas. El argumento de la defensa se centró en sostener que la Enmienda XIV establecía "que ningún estado [...] negará *a ninguna persona bajo su* jurisdicción una protección igual de las leyes" y que, debido a su estatus legal en materia inmigratoria, los que hubieran ingresado ilegalmente a los Estados Unidos no eran, estrictamente, "personas bajo su jurisdicción". Brennan se opuso frontalmente a este argumento sosteniendo que más allá del estatus que tengan

[5] U.S. Reports: *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

estos inmigrantes de acuerdo con las leyes migratorias, ellos "son claramente 'personas' en el sentido más ordinario del término". En referencia al tema que nos ocupa, Brennan desarrolla con claridad una interpretación de la Enmienda XIV fundada en una visión de la igualdad ante la ley que la entiende desde la óptica de la no-subordinación y que tiene por objeto impedir colocar o perpetuar una situación de desventaja de personas que, por su pertenencia a determinados grupos, den lugar a la cristalización o conformación de "castas" o "parias" sociales. En las propias palabras del Juez:

> la más completa incapacidad o la aplicación laxa de las leyes que impiden el ingreso ilegal a este país, acompañado del fracaso en establecer una barrera efectiva al empleo de inmigrantes indocumentados, ha resultado en la creación de una significativa 'población en las sombras' (*shadow population*) de inmigrantes ilegales —que llega a ser de millones— dentro de nuestras fronteras. Esta situación levanta el espectro de una *casta permanente* de residentes indocumentados, alentados por algunos a permanecer aquí como fuerza de trabajo barata, pero negándoseles los beneficios que nuestra sociedad pone a disposición de los ciudadanos y residentes legales. La existencia de este grupo marginado (*underclass*) representa uno de los problemas más complejos para una Nación que se enorgullece por su adhesión al principio de igualdad ante la ley.[6]

Los demandantes en este caso no eran los padres que ingresaron ilegalmente en Estados Unidos, sino los niños y niñas que, por la ley de Texas, resultaban afectados por la decisión de sus progenitores de ingresar al país en violación de las leyes migratorias. En este sentido, Brennan agregaba mayor definición a lo que ya había sostenido en 1977 en *Trimble v. Gordon*[7] respecto de este particular grupo de "marginados", donde afirmó que los niños hijos de inmigrantes indocumentados "no tienen la posi-

[6] La traducción y el énfasis es mío.
[7] US Supreme Court, *Trimble v. Gordon*, 430 U.S. 762, 770 (1977) .

bilidad de influir en la conducta de sus padres, así como tampoco en su propio estatus [...] utilizar la responsabilidad de la conducta ilegal de los padres contra sus hijos no se condice con las concepciones más fundamentales de justicia."[8] De esta última afirmación se podría desprender un rasgo adicional que permitiría identificar al grupo marginado, y que podría estar dado por la falta de responsabilidad de aquellas personas que los conforman respecto de la situación en la que se hallan (en este caso, los niños no eran responsables por una situación que encontraba su causa en la decisión de sus padres y no en la suya propia), o su contracara, es decir, la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta que los condujo a la situación en la que se encuentran.

Me referiré en este trabajo a la relación existente entre las denominadas acciones afirmativas y estas dos concepciones de igualdad con el fin de demostrar que las políticas de trato preferente, lejos de ser contradictorias con el principio de igualdad previsto en constituciones y tratados internacionales de derechos humanos, son, por el contrario, requeridas por éste.

Como dije más arriba, las acciones afirmativas son regulaciones o políticas estatales que tienen como finalidad brindar un trato preferencial a una persona por ser ella parte de un grupo de individuos que ha sido —y sigue siendo— víctima de un trato excluyente, sistemático e histórico. Por ejemplo, el trato que han recibido los afrodescendientes en Estados Unidos durante casi dos siglos desde la época en la que la esclavitud era un instituto legal y hasta la década de 1950 cuando el régimen de segregación racial conocido como Jim Crow, fuera considerado inconstitucional por la Corte Suprema en 1954 en el caso *Brown v. Board of Education.*[9] Durante todo ese tiempo, esas personas fueron excluidas en su país de una enorme cantidad de ámbitos relevantes para desarrollar sus planes de vida, tales como la política, la educación, los negocios, la salud o el

[8] La traducción y el énfasis es mío.
[9] US Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

transporte.[10] En ese contexto, las políticas de acción afirmativa surgidas un par de décadas después de *Brown,* les daría a los integrantes de ese grupo un trato preferencial con el objeto de revertir la exclusión que se daba tanto a través de normas jurídicas, como de prácticas estatales o de particulares, comprendiendo acciones colectivas motivadas o no, en un acuerdo consciente de quienes la desarrollaban.

Un ejemplo de acciones afirmativas en el ámbito universitario lo constituye el establecimiento de cuotas para ingresantes que provengan de un grupo sistemática e históricamente excluido de la educación superior. Esas cuotas exigen como requisito, no sólo la idoneidad o el cumplimiento de ciertos requisitos asociados con ella, sino también la pertenencia al grupo "sojuzgado" para poder ser admitido. En un contexto de vacantes limitadas para ingresar a una universidad, por ejemplo, los individuos favorecidos por la política de acción afirmativa estarían accediendo a lugares en las aulas que algunos considerarían les corresponderían a aquellas personas que, en una comparación de antecedentes, obtuvieron mejores puntajes. El hecho de que una persona idónea para desempeñarse correctamente en la posición buscada (como alumno ingresante a una universidad, o como empleado en una empresa) pertenezca al grupo favorecido por la política de trato preferente, le daría prioridad sobre aquellas personas también idóneas que, incluso con mejores antecedentes, no accederían a esa vacante. En otras palabras, el criterio de "mayor idoneidad" o "mejores antecedentes" podría ser derrotado por la aplicación del principio de igualdad como no subordinación. Es por este motivo que algunos individuos —a pesar de ser más idóneos que aquéllos que son los más idóneos del grupo sojuzgado— no serían admitidos.

Desde la perspectiva de la igualdad como no arbitrariedad, las acciones afirmativas estarían en conflicto con la exigencia de razonabilidad que

[10] La fecha que propongo como corte es la de 1954 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos ordenó por medio de su decisión en el caso *Brown v. Board of Education* la desegregación racial de escuelas públicas en todo el país.

obliga a que la distinción en el trato se funde siempre en criterios que guarden una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, esos tratos preferentes serían exigidos constitucionalmente para desmantelar la estructura de castas contradictoria con la igualdad. La noción de igualdad que manejan las constituciones liberales es compleja y no se agota exclusiva y excluyentemente en la premisa de la no-arbitrariedad del trato desigual. La concepción de la igualdad como no subordinación exige que aquellas personas que forman parte de grupos que han sido histórica y sistemáticamente tratados de forma más desventajosa no reciban un trato que, a pesar de no ser arbitrario, genere *efectos* que hacen que les resulte imposible desarrollar autónomamente sus planes de vida. La situación de desventaja estructural es contradictoria con el ideal de la igualdad y, por lo tanto, éste último exige acciones estatales tendientes a desmantelar las condiciones estructurales que provocan el sometimiento de un grupo por otro o por el resto de la sociedad. A diferencia de la noción de igualdad como no-arbitrariedad, la igualdad como no-subordinación se asocia al imperativo de que ningún grupo de personas puede ser sometido, excluido o sojuzgado por otro grupo de personas o por prácticas colectivas, públicas y privadas, que los colocan en esa situación de desventaja sistémica. Mientras la igualdad como no-arbitrariedad se asocia al rechazo del trato arbitrario, el prejuicio y el favoritismo injustificado, la igualdad como no sometimiento o no-subordinación se vincula con el imperativo moral que se opone a la instalación de un sistema de castas. Las políticas de trato preferente, como aquellas que implican una acción afirmativa, entrarían en conflicto con la primera noción de igualdad, incluso, según algunos, de un modo que resultaría inadmisible. Sin embargo, esas mismas políticas de trato preferente serían exigidas por la segunda concepción de igualdad con miras a desmantelar las causas de la estructura social que coloca a algunos en situación de desventaja estructural.

Presentaré ambas nociones de igualdad para luego mostrar de qué modo las acciones afirmativas se vinculan con cada una de ellas, con el fin de

proponer una justificación de las acciones afirmativas que resulte compatible con el ideal de la igualdad.

III. El principio de no discriminación y el principio de no subordinación

Discriminar es hacer distinciones.[11] Es trazar una línea que permite distinguir grupos de personas a las que se tratará de un modo diferente en función de algún criterio. Ese criterio, que determina por dónde pasa la línea en la que se basa la clasificación, puede ser una conducta (cómo las diferencias en el trato que establece el Código Penal entre personas que realizan ciertos actos y aquellas que no los llevan a cabo de modo de aplicar sanciones a las primeras y no a las segundas); una capacidad o habilidad (saber manejar un vehículo nos hace merecedores de una licencia de conducir mientras que aquellos que no posean esa habilidad o conocimiento no obtendrán el permiso); o un rasgo de la personalidad (ser simpáticos para la audiencia televisiva nos puede hacer elegibles para conducir el noticiero del canal estatal, mientras que otras personas que no posean esa cualidad no lo lograrán). Nadie objeta que el Estado

[11] La Corte Interamericana de Derechos Humanos diferencia entre "distinguir" y "discriminar". Respecto del primero, señala que "se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará [...] para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable [...]. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas [...] una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho [...] no sólo debe buscar un fin legítimo [...] el art. 14 [de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo [...] no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente [...]. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del estado frente al individuo siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de las normas, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, puntos 82 al 96. Esta discrepancia entre "distinguir" y "discriminar", pese a que el uso de las palabras es diferente, no difiere de la aquí propongo pese a que creo que discriminar es siempre hacer distinciones.

tiene la facultad de tratar a las personas de un modo diferente basándose en criterios, categorías o requisitos que sustenten esa decisión. Como sucede con toda facultad legalmente reconocida, el Estado debe respetar ciertos límites en el ejercicio de su poder. Para trazar esas líneas que justifican los tratos diferenciados que prescribe la ley, o que son el producto de prácticas y acciones del gobierno o de los particulares (permitidas o prohibidas) reguladas desde el poder estatal, la decisión debe someterse a esos límites. Detectar cuándo una distinción en el trato realizada por el Estado en un caso concreto es un trato diferente constitucionalmente prohibido es una tarea compleja. Por lo general, como suele suceder con otros principios fundamentales de los sistemas jurídicos, la norma constitucional que establece la protección de la igualdad, como por ejemplo el artículo 16 de la Constitución Nacional de Argentina[12] o el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se presentan mediante un lenguaje con una textura por demás abierta. Esta inevitable indeterminación radical del texto legal (constitucional o internacional),[13] requiere ser precisada por medio de la interpretación de ese texto para que la norma que éste expresa pueda ser aplicada.

Desde 1875 la Corte Suprema de Justicia de Argentina, por ejemplo, ha recurrido al principio de razonabilidad para reconocer los tratos diferentes permitidos y diferenciarlos de los prohibidos, y así asignar su significado al artículo 16, igual que lo que sucede con las interpretaciones realizadas por tribunales de otros países con normas similares. Según el tribunal argentino, este principio exige que el criterio escogido por el Estado (en actos propios o en regulaciones que obliguen a particulares), si aspira a concretar distinciones válidas (constitucionales), debe guardar una relación de funcionalidad con el fin buscado al realizar esa acción o al establecer la regulación. En otras palabras, la Corte ha escogido al principio

[12] Art. 16: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

[13] Nino, C., *La constitución de la*, *op. cit.*, p. 30 y ss.

de igualdad entendido como no discriminación o como trato no arbitrario como *principio intermediario*[14] rector para interpretar el texto constitucional.

El principio de no discriminación supone que la obligación constitucional de trato igual está guiada exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de *funcionalidad.*[15] Como lo he tratado de demostrar en otro trabajo,[16] el principio de no discriminación no refleja correctamente —o, al menos, de un modo completo— la aspiración igualitaria del artículo 16, lo cual quedó claro especialmente después de la incorporación constitucional en 1994 de la obligación estatal de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad 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."[17] El principio de no discriminación —y el requerimiento de razonabilidad que lleva implícito— como expresión de la relación de funcionalidad entre medios y fines, no supone que sea relevante tomar en cuenta la situación que afecta *de hecho* a aquellas personas que forman parte de aquellos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de ámbitos tales como el mercado laboral, la actividad política, la educación universitaria, o de los más básicos servicios públicos

[14] Un "principio intermediario", concepto acuñado por el Profesor Owen Fiss, es aquel que se yergue entre los jueces que deben aplicar la Constitución y el texto constitucional, a fin de dar significado y contenido al ideal establecido en ese texto. Véase Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en Cohen, Marshall, Nagel, Thomas y Scanlon, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84. Véase también, Saba, Roberto P., *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016, y Saba, Roberto P., "Desigualdad estructural" en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

[15] Post, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003, p. 18.

[16] Saba, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, *op. cit.*

[17] Artículo 75.23 de la Constitución Nacional incorporado en la reforma llevada a cabo en 1994.

por el sólo hecho de ser miembros de ese grupo. El principio de no discriminación —y el requerimiento de razonabilidad, o de relación medio-fin— lejos de ser incorrecto, es relevante sólo si se presume que se dan ciertas condiciones de igualdad de oportunidades y de no sometimiento o subordinación de grupos, en el sentido de trato desigual grupal histórico, sistemático y, por ello, estructural. Si no se dan estas condiciones, la aplicación del principio de no discriminación no es apropiada y puede ser un excelente instrumento, a menudo utilizado sin conciencia de sus efectos, para perpetuar y reforzar aquellas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural. El siguiente ejemplo grafica lo que señalo.

En Estados Unidos, en la década de 1970, con el fin de evitar una extendida práctica discriminatoria en la conformación de las orquestas municipales, las audiciones en las que se probaba a los postulantes para formar parte de ellas se realizaban con paneles opacos que separaban al candidato o candidata de los miembros del jurado examinador. Incluso, en algunos casos, se tendían alfombras en el piso para que no se pudiera deducir por el sonido de sus pasos, el sexo de la persona sometida a prueba. De este modo, el sexo, la raza, la religión, el color de piel, el origen nacional o la apariencia externa de la persona, todas ellas, características irrelevantes para la selección de que se trataba (sólo era relevante tener la habilidad necesaria para ejecutar un instrumento musical con destreza), se encontraba completamente detrás del "velo de ignorancia" —casi sin metáforas— del comité examinador. La decisión de contratar a una de esas personas estaba entonces basada solamente en la calidad del sonido emitido por el instrumento ejecutado y la mampara opaca neutralizaba cualquier prejuicio o sesgo de los integrantes del jurado. Según Robert Post, "el músico se convertía en un instrumento perfectamente descorporizado (*disembodied*)."[18] Este sistema de selección, absolutamente ciego

[18] El ejemplo es ofrecido por Robert Post en "Prejudicial Appearances...", *op. cit.*, pp. 18-19. La traducción es mía. Véase también "American Orchestras: All Ears", *The Economist*, 30 de Noviembre de 1996, p. 89.

respecto de aquellas diferencias entre las personas que no fueran relevantes para la selección de que se trata, resulta ser el método correcto de acuerdo con las exigencias del principio de igualdad como no discriminación. No hay trato arbitrario en el sentido de que la única condición que conduce al trato diferente es razonable. La línea que se traza clasificando a las personas a uno u otro lado de ella es aquella que aisla la única característica relevante en este caso para justificar un trato diferente: la idoneidad como ejecutor o ejecutora de un instrumento musical.

El objeto de las normas protectorias de la igualdad entendida como garantía contra la arbitrariedad del Estado, y desde una interpretación individualista de las cláusulas de igualdad que encontramos en las constituciones y tratados internacionales, es el de intentar construir desde el derecho el mismo tipo de panel opaco, pero normativo y virtual, entre el sujeto que hace la distinción justificada, ya sea el estado o un particular (sometido a regulaciones estatales), y el sujeto cuyo trato igual se aspira a proteger. De este modo, se busca evitar el prejuicio y suprimir el riesgo de una selección de personas sobre la base de criterios ajenos a los estrictamente funcionales. El principio de no discriminación, construido sobre el estándar de razonabilidad, se funda en la idea de que la ignorancia o la capacidad de ignorar aquellas condiciones irrelevantes para el fin de la selección o de la regulación. Se asegura así la neutralidad del trato diferente. La misma idea de un derecho ciego a las diferencias, imagen que se asocia a la idea de una justicia canónicamente representada como una mujer con sus ojos vendados, se apoya sobre esta idea de razonabilidad y perfecta relación de medio y fin.[19] La mampara opaca de nuestro ejemplo es el símbolo de la ignorancia de las diferencias irrelevantes y de la carencia de prejuicios que permite evaluar a los candidatos y candidatas sólo sobre la base de sus aptitudes como ejecutores de instrumentos musicales. Como sostiene Post, cada postulante *es como si fuera un instrumento en sí mismo.*[20] En un

[19] Véase Jay, Martin, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en *Law and the Image. The Authority o Art and the Aesthetics of Law*, Costas Douzinas and Lynda Nead (eds.), Chicago, The University of Chicago Press, 1999, p. 19.
[20] Robert Post en, "Prejudicial Appearances...", *op. cit.,* p. 18.

mundo ideal, este mecanismo de selección de miembros de una orquesta, permitiría elegir a los mejores músicos sin resultar influenciados por prejuicios discriminatorios hacia, por ejemplo, mujeres, latinos o afroamericanos, que correspondían a grupos históricamente ausentes de estas orquestas municipales en los Estados Unidos, y de muchos otros ámbitos de la vida social, económica, cultural y política de ese país. El jurado era completamente ciego e ignorante respecto de las diferencias que eran irrelevantes para juzgar el desempeño de los músicos. Sin embargo, la selección aparentemente neutral y desprejuiciada, fundada en el principio de igualdad como no discriminación, es también ciega, y por lo tanto no neutral, respecto del tipo de personas que se presentan como postulantes para formar parte de la orquesta.

Supongamos que debido a ciertas condiciones y prácticas sociales, las mujeres no se presentaran a este concurso para cubrir puestos vacantes en la orquesta. Esto es perfectamente imaginable si pensamos que algunas sociedades, la mayoría, asignan cultural e informalmente a las mujeres un rol social que se limita, por ejemplo, a las actividades domésticas. Asumamos que dado el hecho de que la mayoría de las orquestas no contaban con mujeres, éstas bien podían suponer que, incluso en el caso de ser aceptadas, su situación dentro de la orquesta no sería sencilla pues deberían enfrentar prejuicios y maltratos cotidianos mientras ejecutan sus obligaciones. Supongamos que algo de esto sucediera y que los postulantes para los puestos vacantes en la orquesta, aquellos cuyos rostros no son vistos por los jurados ubicados detrás de la mampara opaca, fueran todos varones. En este caso, resulta difícil afirmar sin algún grado (importante) de duda que esa selección ha sido totalmente neutral. Quizá fue neutral por no haber mediado acción o intención de desplazar a postulantes pertenecientes a ciertos grupos como el de las mujeres, pero no fue neutral en el sentido de que se *omitieron* tomar medidas paliativas de una situación de segregación estructural. Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, no parece ser absolutamente irrelevante el dato de quiénes llegan efectivamente a participar de la instancia de selección detrás del "velo de ignorancia" del jurado.

Existe, sin embargo, otra forma de entender el mandato constitucional de evitar tratos desiguales y ella se refiere a la idea de igualdad como no sometimiento, o no subordinación, o no exclusión. Para esta visión de la igualdad, lo que sucede *de hecho* antes del momento de la selección ciega, no es un dato en absoluto irrelevante. Todo lo contrario. Ese es exactamente el dato de mayor relevancia contra cuyas causas y efectos se articula el principio de igualdad ante la ley, entendido como contrario al sometimiento o subordinación de grupos.[21] Correr el velo y tratar de modo diferente a las personas de acuerdo con el grupo al que pertenecen, privilegiando, por ejemplo, a las mujeres por sobre los varones en un contexto de exclusión sistemática de las primeras de su participación en las orquestas, no sólo no sería contrario al principio de igualdad entendido como no sometimiento, sino que sería requerido por éste, mientras que ello resultaría muy probablemente inadmisible desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación. El criterio "ser mujer" sería un criterio insostenible para hacer distinciones que provoquen su exclusión de todas o algunas actividades relevantes, como el empleo, al tiempo que esa categoría o requisito sería constitucionalmente requerido para brindarles a las mujeres un trato preferente justificado para acceder a esas mismas actividades.[22] Algunos ven en esta última afirmación una paradoja, pues se busca la igualdad por medio de un trato diferente basado en un criterio en principio irrazonable, como el sexo. Sin embargo, la paradoja es sólo aparente, pues el criterio del sexo no puede ser jamás utilizado para perpetuar situaciones de exclusión, y debe, en cambio, ser usado para revertirlas y desmantelarlas.

La función regulatoria del Estado, así como el desarrollo de algunas de sus facultades, como por ejemplo la de contratar personal para su planta

---

[21] Sobre una idea similar crítica del principio de no discriminación y que llama la atención sobre situaciones en las que la discriminación no es el principal mal que un cierto grupo sufre, sino males "más profundos" como la explotación, la marginalización, la pérdida de poder, el imperialismo cultural y la violencia, véase Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990, especialmente, el capítulo 7, "Affirmative Action and the Myth of Merit", pp. 192-225.

[22] Ginsburg, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesotta, West Publishing Co., 1974, p. 89.

de empleados, requiere hacer distinciones entre las personas. Esas distinciones se hacen sobre la base de criterios o categorías que identifican grupos de personas con características comunes. El principio de no discriminación limita la discrecionalidad del Estado para hacer esas diferencias y tiende a evitar su arbitrariedad en el ejercicio de sus facultades. Según Owen Fiss, el principio de no discriminación se construye en tres pasos. En primer lugar, reduce el ideal de la igualdad al principio de igualdad de trato ("las situaciones similares deben ser tratadas en forma similar").[23] Esta es la misma idea que subyace a la doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina, inspirada en la Corte Suprema de Estados Unidos, y conocida bajo el estándar de "igualdad de trato en igualdad de circunstancias". Encontramos construcciones similares en el derecho comparado. De este modo, el Máximo Tribunal argentino ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en igualdad de circunstancias.[24] En el caso *Caille*,[25] de 1928, por ejemplo, ha sostenido que "la igualdad ante la ley establecida por el artículo 16 de la Constitución [...] no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros; de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes, según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquier otra inteligencia o excepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza y al interés social". En un sentido similar, en el caso *García Monteavaro c. Amoroso y Pagano*[26] (1957), la Corte sostuvo que "la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables

[23] Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, Thomas Nagel, and Thomas Scanlon (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1977, p. 84, en p. 85.
[24] *Fallos*, 16:118
[25] *Fallos*, 153:67
[26] *Fallos*, 238:60

y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas". La Corte Suprema argentina ha seguido en este punto la tradición interpretativa de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por ejemplo, en el caso *F.S. Royster Guano Co. v. Virginia*[27] (1920), cuando sostuvo que "la clasificación debe ser razonable (*reasonable*), no arbitraria, y debe fundarse la diferencia de trato en una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo."[28]

En segundo término, según Fiss, el principio de no discriminación exige considerar como un hecho aceptable que el Estado deba hacer distinciones, teniendo que tratar a algunas personas de un modo diferente a como trata a otras. Por ejemplo, continúa, el menos controvertido de los códigos penales establece distinciones entre las personas sobre la base de sus conductas diferentes.[29] De este modo, resulta inevitable e incluso justo que se tracen líneas que permitan hacer estas distinciones. La finalidad del principio de no discriminación es identificar qué líneas o distinciones son permisibles. Las únicas distinciones prohibidas, de acuerdo con este principio, son las arbitrarias.[30]

El tercer paso está dado por el método que debe seguir el juez para determinar cuándo la distinción es arbitraria, dado que ello no surge explícitamente de la cláusula que establece la protección de la igualdad en la Constitución, ni en la de los Estados Unidos ni en la de Argentina. El método tiene dos fases: *a*) la identificación de la discriminación dada por el criterio sobre el cual está basada; y *b*) considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el que está apoyada no se relaciona con el fin o propósito que persigue el Estado.[31] La selección de empleados de la administración pública nacional sobre la base de la raza de las perso-

[27] 253 U.S. 412
[28] La traducción es mía.
[29] Fiss, O., "Groups and the Equal Protection Clause, *op. cit.,* p. 86.
[30] *Ibidem*.
[31] *Ibid.*

nas, por ejemplo, sería una distinción arbitraria y por lo tanto inadmisible a la luz de aquellas cláusulas constitucionales que protegen la igualdad interpretadas a través del principio de no discriminación.

Por otro lado, para completar el panorama, Tussman y tenBroek han señalado que la relación entre medio y fin no es siempre tan clara como para dar lugar a una opción dicotómica, es decir, si hay una relación entre el medio y el fin, o si no la hay. La cuestión no se reduce a si el medio está relacionado con el fin o si no lo está, sino que el interrogante es acerca de *en qué medida* el medio (o el criterio escogido) está relacionado con el fin o propósito del Estado. Estos autores explican que, dado un cierto propósito estatal, existen dos modos en los que el medio puede no ajustarse al fin (que sea *ill-fit* o desajustado): o bien que sea sobreinclusivo (abarcando más personas que las necesarias dentro del grupo que recibe el trato diferente), o bien subinclusivo (alcanzando con la distinción en el trato a menos personas que las que correspondería).[32] Un ejemplo de categoría sobreinclusiva sería la de aislar geográficamente a todos los japoneses que vivían en Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial, porque se tenía evidencia de que algunos de ellos eran espías que tramaban una conspiración contra Estados Unidos en beneficio de su país de origen en guerra con su país de residencia. Un ejemplo de subinclusión estaría dado en el mismo caso, por no ordenar el aislamiento de los alemanes en una situación y contexto similares. En esto casos, el juez debe, por un lado, determinar cuál es el criterio escogido para hacer la distinción. Luego, es preciso que establezca cuál es el propósito de la regulación o de la decisión. Una vez logrado esto, debe determinar la legitimidad del propósito y, finalmente, debe establecer si existe una relación de funcionalidad entre el criterio y el propósito. Sin embargo, como esa relación no responde a una opción dicotómica, será necesario saber si, en caso que no haya una perfecta y directa relación entre el criterio y el propósito, el criterio fue sobre o subinclusivo y en qué medida, pues,

[32] Tussman y tenBroek, "The Equal Protection of the Laws", en 37 *Calif. L. Rev.* 341 (1949).

como veremos más adelante, no en todos los casos de desajuste habrá una arbitrariedad tal que invalide la clasificación. En ciertos casos en los que la arbitrariedad no sea palmaria o que se den otros requisitos, se podrá permitir algún nivel de desajuste (*ill-fitness*) y, por lo tanto, de arbitrariedad.

Ahora bien, si el ajuste (*fit*) entre el medio y el fin no es perfecto, y existe una gradación de posibilidades que van de un ajuste paupérrimo a uno óptimo, no siendo todas esas posibilidades inválidas (algún nivel de sub o sobreinclusión sería, como vimos, tolerable en este tipo de casos), la cuestión a determinar será cuál es el estándar que nos permitirá establecer que un cierto desajuste es tan grave que hace al criterio inválido y, por este motivo, catalogar su elección de arbitraria y, por lo tanto, inválida, o que no es lo suficientemente grave (la relación medio-fin no es perfecta pero es tolerable) y por lo tanto constitucionalmente correcta. En este punto es donde la Corte Suprema de Estados Unidos genera los estándares de "categoría sospechosa" (como la raza) y de "derecho fundamental" (como el voto), con el fin de presumir la inconstitucionalidad de algunas distinciones en la que no sería tolerable un ajuste imperfecto de medio a fin (a menos que el estado demuestre su interés urgente). Al contrario de lo que sucede con el "escrutinio mínimo" o el estándar de "mera racionalidad", según los cuales los niveles de sub y sobreinclusión tolerables son muy altos, en los casos de la categoría sospechosa y del derecho fundamental el ajuste del medio al fin debe ser el máximo. De este modo, cualquier nivel de sub o sobreinclusión "evitable" sería inadmisible. El rasgo de "evitable" establecido por la Corte de Estados Unidos le deja al Estado una ventana de trato no razonable justificado en casos de categorías sospechosas o de derechos fundamentales afectados, cuando no hay otro modo de lograr el propósito buscado que no sea a través del recurso a un criterio que no se ajuste perfectamente al propósito,[33] como el interés estatal urgente que el gobierno alegó en *Korematsu* y que además de existir

[33] Fiss, O., "Groups and the Equal Protection Clause", *op. cit.,* p. 90-91.

dudas de que pudiera serlo de haber existido la amenaza, hoy los historiadores coinciden en que ella no existió.[34]

IV. ¿Clasificaciones o clases?

No parece carecer de sentido identificar ciertas categorías y, luego de hacer un ejercicio mental que arroje como resultado que ellas no podrían ser razonables en ningún caso hipotético, las califiquemos de prohibidas o sospechosas justamente porque no podemos imaginarnos de qué modo podrían justificar tratos desiguales que sean constitucionales. En verdad, este ejercicio es el que subyace a los listados de clasificaciones o criterios prohibidos que encontramos en las leyes antidiscriminitorias, como sucede en el caso de la legislación argentina,[35] o en los tratados internacionales de derechos humanos, de lo que es un ejemplo la Convención Americana.[36]

En este sentido, frente a este tipo de categorías, entre las cuales podemos citar por ejemplo el sexo, la raza o la nacionalidad, parece útil forzar al que las utilice, como por ejemplo el Estado, a demostrar su razonabilidad o la existencia de un interés estatal urgente que supere la presunción de inconstitucionalidad que pesa en su contra. Sin embargo, no todas son buenas noticias, ni las categorías sospechosas son una herramienta que sirva para arreglar todos los desperfectos que podemos tener en materia de tratos desiguales injustificados. Tomando prestada una imagen pro-

---

[34] Gunther, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, 5a ed., Westbury, Nueva York, University Casebook Series, The Foundation Press, Inc., 1992, p. 310.

[35] Ley Nacional Número 23.592, art. 1: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos."

[36] Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1.1.: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

puesta por Genaro Carrió[37] cuando nos mostraba los límites del lenguaje normativo, así como no podemos tomar la sopa con el tenedor, la categoría sospechosa como expresión del principio de no discriminación —y su correspondiente centro de gravedad en la exigencia de razonabilidad entre medio y fin—, es muy útil para impedir o detener tratos desiguales irrazonables, como el tenedor resulta útil para comer alimentos sólidos, pero inútil para desmantelar tratos desiguales estructurales. Es más, la prohibición categórica y sin excepciones de ciertas categorías podría ser un obstáculo en el proceso de desmantelamiento si no se estableciera un límite al principio de razonabilidad sobre el que se apoya.

El problema central de estructurar la prohibición de discriminación exclusivamente en torno a clasificaciones y categorías prohibidas, sobre la base de una noción de igualdad como trato no arbitrario, es justamente que esa herramienta no es eficaz para enfrentar los problemas derivados de situaciones de desigualdad estructural que es necesario desmantelar desde la perspectiva de la manda constitucional. Como sostuve en otro trabajo,[38] el principio de no discriminación soslaya el dato sociológico de la segregación o exclusión de grupos y presupone una situación ideal de igualdad de oportunidades que, cuando no se da, no sólo no contribuye a revertirla, sino que puede contribuir a perpetuarla. Como en el ejemplo de la orquesta que presenté anteriormente, la ceguera frente a lo que *de hecho* sucede puede hacernos creer que la *neutralidad* dada por la opacidad de la mampara es lo que necesitamos para evitar tratos desiguales prohibidos constitucionalmente. Sin embargo, es esa misma aspiración de neutralidad entendida como ceguera frente a las diferencias y tratos desiguales estructurales que se dan de hecho, lo que contribuye a que la segregación y exclusión de ciertos grupos, rechazadas por el principio de igualdad constitucional, se perpetúen. La mampara opaca no usaba criterios irrazonables en la selección de músicos, pues sólo era relavante que los hombres y mujeres postulantes fueran capaces de ejecutar sus instrumentos idóneamente,

[37] Carrió, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, p. 21.
[38] Saba, R., *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, *op. cit.*

aplicando el principio de razonabilidad y comprobando exclusivamente la relación funcional necesaria de medio a fin, pero esa misma razonabilidad no contribuía a que los grupos históricamente desplazados de la actividad dejaran de serlo. El problema del principio de igualdad como no discriminación, y que se traslada a la categoría sospechosa cuando ella se apoya en él para justificarse, o cuando lo usamos para identificar cuáles son esas categorías sospechosas o prohibidas, es que aspira a un cierto ideal de universalidad en la aplicación de la ley (del principio y de las categorías) que no es posible en contextos en los que existen grupos sojuzgados o excluidos. El principio de no discriminación y el concepto de categoría prohibida o sospechosa que se le asocia rechazan, en términos ontológicos, la existencia misma de los grupos y, en consecuencia, también la existencia de grupos estructuralmente desiguales y la consiguiente exigencia constitucional de desmantelar situaciones de exclusión y segregación que afectan a sus integrantes.

El principio de no discriminación autoriza al Estado a hacer diferencias en el trato entre las personas sobre la base de clasificaciones no arbitrarias. Es decir, el Estado puede tratar de un modo diferente a quienes compartan la cualidad A o B, pero el criterio que los distinga debe ser razonable, entendiendo por ello que la relación que une al medio (el criterio escogido) con el fin (el propósito de la decisión o de la regulación) debe ser de funcionalidad. El trato diferente justificado desde el principio de no discriminación identifica a un grupo de personas a las que trata de manera diferente que no se corresponde con una *clase* de personas (una clase sojuzgada o excluida, por ejemplo), sino que se conforma a partir de una *clasificación* basada en un criterio razonable, como puede ser el de aquellas personas que recibirán la licencia de conducir porque han demostrado contar con la habilidad necesaria para manejar un vehículo sin poner en grave riesgo la vida de otras personas. El conjunto de personas capaces de conducir un vehículo no conforma una clase, sino un grupo surgido a partir de una clasificación, que es algo muy diferente.

El principio de no discriminación permite un trato diferente basado en una clasificación razonable y no arbitraria ("los que saben manejar" y "los

que no saben manejar"), pero no representa la aspiración de proteger a un grupo o clase que se encuentra en situación de desventaja estructural (las mujeres, los afrodescendientes, las personas con discapacidad, etcétera). El trato desigual justificado en el caso de la regulación del otorgamiento de licencias de conducir, sólo aspira a lograr el propósito regulatorio de una mayor seguridad vial, sin que se utilicen medios arbitrarios (como podría suceder si se escogiera el sexo, la raza o las ideas políticas para decidir si se otorga la licencia, o si ella sólo se le diera a quienes depositen un millon de dólares en el banco). Es claro que esa clasificación razonable no busca "proteger" a ningún grupo en el sentido de sacarlo de la situación de desigualdad estructural en la que se encuentra, impidiendo la perpetuación de su situación de desventaja. Ella sólo aspira a evitar tratos desiguales arbitrarios, de un modo equivalente a lo que el jurado de la orquesta trataba de lograr al instalar la mampara opaca para seleccionar a los músicos. De esta manera, las categorías sospechosas entendidas como la expresión del principio de no discriminación se referirán sólo a categorías que casi nunca podrían justificar clasificaciones razonables (como el sexo o la nacionalidad) y, por ello, arbitrarias, pero no están asociadas con la protección de un grupo o clase (ser mujer, o ser afrodescendiente, o ser homosexual, como forma de proteger a las mujeres, los afrodescendientes o los homosexuales). De esta manera, es posible sostener que, para el principio de no discriminación, la permisibilidad de la clasificación en la que se funda el trato desigual se apoya exclusivamente en la relación de medio a fin, y por ello es posible calificar al principio de no discriminación como individualista,[39] pues no supone o, incluso, niega el reconocimiento de clases o grupos sociales. Este razonamiento se extiende a las categorías sospechosas cuando se apoyan en ese principio para justificarse. Sin embargo, esta supuesta universalidad e individualismo (el término se utiliza para negar la existencia o relavancia de las clases y sólo reconocer la existencia de *individuos*) oculta la implícita necesidad de referirse a esas clases y su situación de sometimiento, al evaluar la legitimidad de los fines o propósitos de la acción o regulación

[39] Fiss, O., *op. cit.,* p. 100.

estatal. El Estado, por omisión, en el caso de la orquesta que vimos más arriba, perpetúa la exclusión de mujeres de entre sus miembros. La opacidad de la mampara (y la clasificación fundada en el criterio de capacidad técnica para tocar apropiadamente un instrumento musical) es el modo en que se persiste con la práctica de exclusión. Si el propósito del Estado no es sólo el de conformar una excelente orquesta, sino el de tener una buena orquesta *al mismo tiempo* que se evita excluir a ciertos grupos subordinados de esa actividad, entonces se vuelve relevante el reconocimiento de la existencia del grupo segregado para juzgar la legitimidad del fin y la propiedad del medio.[40]

De este modo, creo que es posible afirmar que el principio de no discriminación es inapropiado para lograr el ideal que surge a partir del principio de igualdad como no subordinación. La negación implícita que conlleva el principio de no discriminación respecto de la existencia de grupos (y por ende de grupos sojuzgados o excluidos) no permite, o incluso se opone a, la posibilidad de llevar adelante tratos preferenciales respecto de grupos sistemática o estructuralmente segregados o tratados desigualmente. Estos tratos preferenciales se apoyan y justifican en términos opuestos a los del principio de no discriminación, pues parten de la base del reconocimiento del *hecho* de la existencia de grupos estructuralemente desiguales, segregados o excluidos por otro u otros grupos sociales. De este modo, las categorías prohibidas o sospechosas que refieren a criterios supuestamentes universales e individualistas (por negar la existencia de grupos o clases) y centrados en la necesidad de realizar clasificaciones no arbitrarias y razonables, como el sexo o la raza (en lugar de proteger a las mujeres o los afrodescendientes), ocultan la resistencia a los tratos preferenciales. En palabras de Fiss:

> Una de las deficiencias del principio de antidiscrimianción se relaciona con el problema del trato preferencial para negros [en Estados

[40] *Ibidem.*

> Unidos]. Este es un tema dificil, pero el principio de antidiscriminación lo hace aún más dificil de lo que es: la permisibilidad del trato preferencial está atada a la permisibilidad del trato hostil contra los negros. El principio de antidiscriminación no reconoce formalmente a los grupos sociales, como los negros; así como tampoco ofrece dispensa alguna de aquellas conductas que benefician a un grupo desaventajado. Este principio sólo reconoce criterios o clasificaciones; y el color negro es un criterio racial al igual que lo es el color blanco. El régimen que introduce es simétrico del de "ciego respecto del color" [o *color blindness*], tornando al criterio del color, cualquier color, presuntamente impermisible. La discriminación inversa, de acuerdo con este argumento, es una forma de discriminación e igualmente arbitraria desde que está basada en la raza.[41]

Ahora bien, la identificación exclusiva del principio de igualdad con el de trato no arbitrario lleva a dirigir nuestra atención únicamente a las clasificaciones y categorías prohibidas, no ofreciendo un instrumento eficaz para desmantelar las situaciones que originan la desigualdad estructural. Es más, esta perspectiva de la igualdad y la consiguiente estrategia de prohibir clasificaciones basadas en criterios *a priori* vetados, no sólo no soluciona el problema de la subordinación de grupos en situación de desventaja, sino que podría contribuir a perpetuar su estatus contrario al principio de igualdad, como sucedía en el ejemplo de la orquesta.

V. La igualdad como no-subordinación y la noción de grupo

Existen categorías, como las escogidas por la Corte Suprema argentina en algunos de sus casos, el sexo o la nacionalidad, por ejemplo, o las establecidas en leyes antidiscriminatorias como la argentina, o en el art. 1.1. de la Convención Americana, que parecen responder a la idea de que

[41] Fiss, O., *op. cit.*, pp. 106-107.

ellas son sospechosas o directamente prohibidas por ser palmariamente irrazonables y, por ello, justificadas en el principio de no discriminación o de trato no arbitrario. Sin embargo, nuestra Corte, de un modo que resulta similar a la de su par de Estados Unidos, ha dejado aflorar intermitentemente, a veces a través de votos particulares de sus miembros, indicios de que esas categorías prohibidas podrían ser un obstáculo para desmantelar situaciones de desigualdad estrucutral. En otras palabras, ambos tribunales, o, al menos, algunos de sus miembros, parecen no estar del todo cómodos con la vinculación exclusiva del principio de igualdad con la noción de trato no arbitrario y con la consiguiente prohibición de clasificaciones y categorías específicas. Estos magistrados sugieren que la igualdad entendida como no subordinación obliga a hacer a un lado en ciertos casos la excluyente aplicación de la exigencia de no arbitrariedad, y pensar el problema de un modo diferente, pues las categorías sospechosas y prohibidas, como el sexo o la nacionalidad, no se refieren a ningún grupo en particular y su alcance es simétrico a todos los grupos, lo que implicaría reconocer implícitamente aquella aspiración de universalidad negacionista de la idea de clases o grupos en situación de desventaja estructural.

En este sentido, resulta ilustrativo el voto del Juez Petracchi de la Corte Suprema de argentina en el caso *González de Delgado c. Universidad de Córdoba*. Allí, el magistrado vincula la aplicación de la categoría sospechosa del sexo con la protección de grupos sojuzgados o estructuralmente desiguales, como las mujeres, refiriéndose expresamente a la relación de la categoría sospechosa (el sexo) con la condición de la discriminación histórica y sistemática. En su voto en el caso *Delgado* sostuvo:

> Que lo expuesto evidencia que la Universidad Nacional de Córdoba, al disponer que las inscripciones en el Colegio Nacional de Monserrat se efectuarán sin distinción de sexo, no sólo ha actuado como órgano competente dentro de la esfera de sus atribuciones, sino que, más aún, ha removido un valladar discriminatorio

> —que hoy resulta moral y jurídicamente abominable— que *impedía la plena participación de las jóvenes cordobesas en la vida educacional y cultural de su provincia*.[42]

Esta alusión a "las jóvenes cordobesas" sometidas a una situación de ejercicio "no pleno" de sus derechos, no sólo asume la existencia de un grupo o clase de personas, sino que supone a ese grupo en condiciones de trato desigual estructural y en situación de sometimiento por otro grupo. La idea misma de "remover un valladar discriminatorio abominable" resuena al lenguaje de desmantelamiento de las prácticas que perpetúan la desigualdad estructural de ese grupo y que es propio del principio de igualdad como no sometimiento, no del principio de no discriminación. Luego, reforzando esta línea de pensamiento, Petracchi agrega:

> Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos. La justificación ha de ser 'genuina' y no ha de basarse en indebidas generalizaciones sobre los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres. Las diferencias inherentes a hombres y mujeres siguen siendo causa de beneplácito, *pero no para denigrar a los miembros de alguno de estos sexos*, o para establecer restricciones artificiales a las oportunidades de una persona.
>
> El exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscripta; pero, sí significa que *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer*. En todo caso *las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal,*

[42] Caso *González de Delgado,* cit. Considerando 12 del voto del Juez Petracchi.

> *social y económica de la mujer*. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia."[43]

En el primero de los dos últimos párrafos citados, el Juez Petracchi se refiere a la exigencia de no denigrar a "alguno de estos sexos" y rechaza distinciones basadas en "generalizaciones" y "restricciones arbitrarias", lenguaje que resuena al de la igualdad como no discriminación, ideal contrario al trato arbitrario contra *cualquier sexo* en forma simétrica y no necesariamente de las mujeres en particular. Sin embargo, en el párrafo siguiente, se refiere con claridad a lo que hemos dado en llamar en este trabajo igualdad como no sometimiento, al sostener que "*las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer*". En todo caso, "las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia". Aquí Petracchi desliza el germen de la justificación de tratos preferentes basados en la condición sexual, los cuales sólo podrían defenderse desde una perspectiva de la igualdad como no subordinación y no desde la de la igualdad como trato no arbitrario, que llanamente prohíbe los tratos desiguales basados en el recurso de la categoría "sexo".

Es verdad que la posición de Petracchi puede parecer ambigua y hasta contradictoria, pues dice recurrir a ambos principios interpretativos intermediarios a la vez, el de no sometimiento o el de no discriminación, para guiar la asignación de significado al artículo 16 de la Constitución argentina. Sin embargo, creo que es posible leer su voto de modo de entender que propone que ambos pueden funcionar, pero con objetivos diferentes en contextos diferentes: *a*) no es consitucional recurrir a la categoría "sexo" para llevar adelante tratos arbitrarios contra las mujeres, y *b*) es

[43] *Idem*, Considerando 9 del voto del Juez Petracchi. El énfasis agregado es mío.

constitucional brindarles a ellas un trato preferente con el objeto de desmantelar la situación de desventaja estructural en la que se encuentran. En este último caso, no sería posible alegar que el trato preferencial basado en el sexo de las personas —ser mujer— fuera contrario a la igualdad constitucional por no recibir los varones el mismo trato o ser éstos tratados con desventaja frente al grupo subordinado. Cuando Petracchi sostiene que "en todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia", parece querer combinar la idea de categoría sospechosa o prohibida por irrazonable ("sexo"), y la categoría prohibida o sospechosa ("ser varón" como requisito de ingreso al Colegio) entendida como tal por perpetuar la situación de sumisión de las mujeres. El Juez está tratando de mostrar el particular juego que debe existir, según él, entre las categorías sospechosas como irrazonables y las categorías autorizadas que generan tratos desiguales irrazonables (por no funcionales), pero que se establecen con el fin de desmantelar tratos desiguales estructurales (históricos, sistemáticos e incontrolables por las víctimas de ese trato) y que identificamos con los tratos preferenciales (como por ejemplo el hipotético establecimiento del requisito de "ser mujer" para completar una cuota de ingresantes al Colegio como forma de contrarrestar y desmantelar la práctica de exclusión de las mujeres del ingreso al colegio en cuestión).

La ambigüedad que se percibe en el caso de la Corte Suprema argentina respecto de cuál es el principio que justifica y determina cuáles son las categorías sospechosas, parece existir también en la Corte Suprema de Estados Unidos. En el caso *Strauder v. West Virginia*[44] este tribunal pareció adherir al principio de no sometimiento, y no al de no discriminación, cuando sostuvo que era inconstitucional excluir a los afrodescendientes de la integración de los jurados para casos penales, basándose en la Enmienda XIV, entendiendo que esa cláusula constitu-

[44] U.S Court, *Strauder v. West Virginia,* 100 U.S. 303 (1880).

cional tiene por objeto "asegurar a la *raza recientemente emancipada*, *una raza que había sido sometida durante muchas generaciones a la esclavitud todos los derechos civiles de que goza la raza dominante*."[45] Los conceptos de "raza sometida por generaciones" y "raza emancipada", así como el reconocimiento de la existencia de una "raza dominante", son todas manifestaciones que expresan la creencia de la Corte de que la categoría sospechosa es aquella que se utiliza para justificar tratos desiguales que perpetúan esa dominación y sometimiento por la raza dominante respecto de la sojuzgada. Esta visión de la categoría "ser blanco" para poder ser jurado, es un indicio sospechoso, no sólo de ser irrazonable, sino de ser parte de una serie de acciones y prácticas sociales y legales tendientes a perpetuar la situación de sojuzgamiento de un grupo por otro, en este caso de los afrodescendientes por los blancos. Esta asociación del principio de igualdad con la necesidad de desmantelar situaciones de sometimiento o exclusión, y su consecuente relación con una concepción particular de categoría sospechosa, es retomada por el Juez Brennan en el caso *Hernández v. Texas,*[46] en el que la Corte Suprema declaró inconstitucional la selección discriminatoria de jurados en perjuicio de mexicanos-americanos. El Presidente del Tribunal sostuvo que "los prejuicios de una comunidad no son estáticos, y de tiempo en tiempo otras diferencias [distintas de las 'diferencias de raza o color'] de aquello que es normal en una comunidad pueden definir a otros grupos que necesitan de la misma protección".[47] Es importante señalar que esta cita de Brennan ilustra la necesidad de identificar grupos sojuzgados o excluidos para luego asignarles a esos grupos una protección constitucional tal que justifica la identificación como sospechosos de aquellos tratos diferentes que perpetúen el trato excluyente. En lugar de indentificar *a priori* las categorías sospechosas, Brennan nos invita a detectar los grupos que en cada momento merecen la protección especial que se desprende de la igualdad constitucional.

---

[45] El énfasis agregado es mío.
[46] U.S Court, *Hernández v. Texas,* 347 U.S. 475 (1954).
[47] La traducción es mía.

De este modo, el máximo tribunal de Estados Unidos introdujo implícitamente el estándar de categoría sospechosa, entendiéndola como expresión del principio de no sometimiento. Sin embargo, luego, a partir de los casos *Korematsu v. United States*[48] (referido a la relocalización y confinamiento de personas sobre la base de su raza u origen nacional, claras categorías sospechosas) y *Hirabayashi v. United States*[49] (sobre el toque de queda y restricciones a los derechos de esas mismas personas), esa Corte acuñó explícitamente el concepto de "categoría sospechosa", pero lo hizo sobre la base de un estándar diferente, esta vez aparentemente asociado a la igualdad como no discriminación o trato no arbitrario. En estos casos la Corte sostuvo que "las restricciones legales que limitan los derechos civiles de *un determinado grupo racial* son inmediatamente sospechosas. Esto significa que los tribunales las deben someter al escrutinio más estricto. Una urgente necesidad pública puede, a veces, justificar la existencia de tales restricciones; el antagonismo racial, nunca."[50] Es llamativo el abandono del lenguaje del "sometimiento histórico", las "razas emancipadas", "dominadas" o "dominantes", para pasar al lenguaje más universal e individualista, en los términos que describí anteriormente, de la razonabilidad y la falta de arbitrariedad presente cuando identifica como sospechosas a las categorías que encierran "restricciones legales que limitan los derechos civiles de un determinado grupo racial". Muy lejos quedaron las clases para dejar paso a las clasificaciones. La referencia a que el "antagonismo racial" no podrá justificar "nunca" un trato diferente, resuena a la idea de arbitrariedad que rechaza el principio de igualdad como no discriminación, dando lugar a la creencia de que la raza nunca puede ser un criterio razonable. Sin embargo, esto implica también afirmar que la prohibición de ese criterio que es irrazonable *siempre* no supone el objetivo de desmantelar una situación de sometimiento de una raza en particular.

---

[48] U.S Court, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

[49] U.S Court, *Hirabayashi v. United States*,320 U.S. 81 (1943).

[50] En *Korematsu*, 323 U.S. 214 (1944). La traducción es tomada de Hernán Gullco, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en Gargarella, Roberto y Alegre, Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

La raza como categoría sospechosa *en todos los casos* tiene un alcance simétrico a "todas" las razas y no supone una situación de hecho de sometimiento de un grupo o la misma existencia de ese grupo como clase sometida.

La justificación de las categorías sospechosas como manifestación del principio de no sometimiento parece volver a emerger en el caso *Massachussetts Board of Retirement v. Murgia,*[51] donde se discutía si la edad, dado que se establecía como límite para desempeñarse como policía uniformado y acogerse al régimen de retiro obligatorio el de contar con más de cincuenta años, constituía una categoría sospechosa. Allí la pregunta acerca de qué es lo que convierte en sospechosa a una cierta categoría o criterio parece responderse, de nuevo, con argumentos alimentados por el principio de no sometimiento. La Corte sostuvo que la edad no era una categoría sospechosa:

> La clase de los policías estatales uniformados mayores de 50 años no constituye una clase sospechosa a los fines de un análisis de la exigencia de igual protección de la ley. Si bien es cierto que el trato de las personas por su edad no ha estado completamente libre de discriminación, tales personas, a diferencia, digamos, de aquellas que han sido discriminadas por su raza u origen nacional, no han experimentado una "historia de trato desigual intencional", ni se les han denegado habilitaciones particulares sobre la base de caratcerísticas estereotipadas que no se desprendan de sus abilidades. La clase sujeta a retiro obligatorio según la ley de Massachusetts esta formada por policías uniformados estatales mayores de 50 años. No puede decirse que esa norma discrimina a las personas mayores. En verdad, traza una línea a una cierta edad en la mitad de la vida. Pero incluso la edad avanzada no define a un grupo "discreto e insular" [*Carolene Products, nota alpie nro.4*] que necesite de una "extraordinaria protección respecto del proceso

[51] U.S. Court, *Massachussetts Board of Retirement v. Murgia,* 427 U.S. 307 (1976).

> político mayoritario". En lugar de ello, esa categoría señala un instante al que cada uno de nosotros llegará si vivimos un tiempo promedio.

Marshall, en su voto disidente, señala en el mismo sentido cuando se refiere a la discriminación por edad:

> [La] Corte está en lo cierto cuando sugiere que hay una diferencia entre el grupo de las personas mayores de edad y las tradicionales clases sospechosas tales como los negros [*Negroes*], así como también la hay entre los mayores de edad y las clases 'quasi-sospechosas', tales como las mujeres o los hijos ilegítimos. Las personas mayores de edad no sólo están protegidas por por cierta legislación antidiscriminatoria, sino que también lo están por una legislación que les provee beneficios positivos de los que no disfruta el resto de la gente. Además, las personas mayores de edad no están aisladas en la sociedad, y la discriminación contra ellos no alcanza a todos los ámbitos y actividades [en su idioma original: no es *pervasive*] sino que está centrada principalmente en el empleo. La ventaja de un estándar de protección de la igualdad flexible [por el que aboga Marshall en este voto], es que justamente puede conciliar estas variables. No hay duda de que las personas mayores de edad son discriminadas, y cuando la legislación les niega un beneficio importante —como el empleo— estimo que, con miras a mantener la legislación en cuestión, [Massachusetts] debe mostrar la existencia de un interés razonablemente sustancial y que el modo que eligió para lograr ese interés es razonable y apropiado.[52]

Marshall cree que al no ser la edad en este caso una categoría sospechosa (en términos de igualdad como no sometimiento), el caso debe resolverse en términos de razonabilidad de medio-fin, aunque reconoce que el Estado es el que debe demostrar el "interés estatal razonable y apropiado".

[52] La traducción es mía.

VI. Categorías de impacto simétrico y tratos preferenciales asimétricos

Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, la relevancia del estándar de categoría prohibida o sospechosa se relaciona con la aparente posibilidad de establecer cuáles son las categorías que no pueden dar lugar a ningún margen de desajuste entre el fin legítimo buscado y el medio o criterio escogido. Esta concepción de categorías sospechosas prohibidas se basaría en su evidente irrazonabilidad o disfuncionalidad, dado que resulta casi imposible imaginar esa categoría como causa razonable de un trato diferente justificado. Las categorías más usualmente identificadas como prohibidas o sospechosas, como la raza, la nacionalidad, el sexo o las ideas políticas o religiosas, se corresponden con características de las personas que no parecen ser relevantes para ninguna distinción o diferencia que el Estado desee hacer para lograr ningún propósito legítimo. Sin embargo, ninguna de ellas se corresponde necesariamente con la protección de un grupo estructuralmente desigual. Las categorías sospechosas, así entendidas, son "simétricas" en el sentido de que se aplican, por ejemplo, en el caso del sexo, tanto a varones como a mujeres; o a negros, blancos u otros grupos en el caso de la raza. A menos que presupongamos que cuando hablamos de sexo nos referimos a un "uso" de esa categoría que redunde en un trato particular de las mujeres en sociedades dominadas por los varones; o que cuando hablamos de raza, nos referimos a un "uso" de esa categoría que implique un trato especial de las personas descendientes de África en sociedades racistas que segregan a los afrodescendientes, los criterios raza o sexo son irrazonables pero no necesariamente son criterios asociados con grupos histórica o sistemáticamente excluidos. Tanto la Corte de Estados Unidos como la Corte Suprema de Argentina han agregado o fundido ambos criterios (el de razonabilidad como freno a la arbitrariedad y el de protección e inclusión de grupos excluidos), provocando alguna incertidumbre sobre el contenido de ese supuesto listado de categorías sospechosas y las consecuencias derivadas de la elección del rasgo que las convierte en prohibidas o sospechosas (su irrazonabilidad o su identificación con grupos excluídos). Si lo

que permite identificar las categorías prohibidas no es su vinculación con un grupo desaventajado —pues su impacto es simétrico—, entonces, ¿qué criterios deberían formar parte de ese listado de categorías sospechosas? La idea misma del listado de categorías sospechosas o prohibidas está estrictamente asociada a la noción de igualdad como no discriminción y a la creencia de que esos criterios se asocian a medios intolerablemente desajustados de los fines buscados por la regulación, y la negación de la existencia de grupos excluidos.

En suma, si las categorías prohibidas o sospechosas se asocian con la irrazonabilidad palmaria del criterio escogido, entonces es claro que ellas se vinculan con una idea de igualdad como no discriminación o trato no arbitrario. La consecuencia práctica de este razonamiento, es que la categoría "ser mujer" sería tan sospechosa como la categoría "ser varón" en cualquier caso, pues no es la referencia a la existencia de un grupo sojuzgado lo que convierte a la categoría en prohibida o sospechosa, sino su irrazonabilidad palmaria. En cambio, pueden existir tratos basados en categorías en principio prohibidas —como el sexo— que se justifican en el hecho de que el grupo beneficiado por ellos — por ejemplo, las mujeres —ha sido sojuzgado históricamente. El trato preferencial basado en una categoría vedada desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, se realiza con miras a revertir o desmantelar la situación de desigualdad estructural que lo perjudica. Así, "ser varón" o "ser mujer" serán categorías sospechosas sólo en la medida en que sean utilizadas para perpetuar la situación de subordinación de la mujer. Esto, que resulta impugnado desde la perspectiva de la igualdad como trato no arbitrario, será requerido por la noción de igualdad como no subordinación de grupos. Al dejar de ser la irrazonabilidad palmaria la que torna sospechosa a la categoría, y pasar a ser relevante su relación con la perpetuación de una situación de desigualdad estructural, exclusión o marginalización que la Constitución ordena desmantelar, no habría categorías sospechosas *a priori*, sino que se deberá analizar cada trato en particular y el impacto de ese trato diferente en la situación del grupo específico del que se trate. Si ese grupo es un grupo sistemática e historicamente excluído segregado

o marginalizado, estructuralmente tratado en forma desigual y si el trato derivado del recurso a esa categoría perpetúa o profundiza su condición, entonces ese trato será contrario a la igualdad constitucional. Si lo que buscamos es revertir situaciones de desigualdad estructural, y no impedir tratos arbitrarios, entonces lo que deberá establecerse, en lugar de un listado de criterios sospechosos *a priori* (aspiración que parece capturar la imaginación de jueces, legisladores y juristas), será una identificación de grupos "protegidos" (contra tratos desiguales que perpetúen su marginalización y sometimiento). Esta es la estrategia adoptada por el art. 75, inc. 23 incluido en la reforma constitucional de 1994. Esta cláusula no sólo hace una referencia original a estos grupos, de los que da cuatro ejemplos, sino que asocia su situación de desventaja con la necesidad de lograr una igualdad "real" de oportunidades por medio de acciones afirmativas o de trato preferente. Estos grupos, en virtud de su derecho a la igualdad ante la ley, podrán recibir un trato desigual al recibido por el resto de las personas, y no deberán ser tratados del *mismo modo*, *como si* no fueran estructuralmente desiguales. En suma, deberán ser tratados en forma desigual con el fin de desmantelar la situación de desigualdad estructural. Este es el fundamento de los tratos preferenciales en general, y de las acciones afirmativos en particular, tal como lo ordenó el constituyente de 1994.

En este sentido, es interesante volver sobre las palabras de Brennan en el caso *Hernández v. Texas*[53]: "los prejuicios de una comunidad no son estáticos y, de tiempo en tiempo, otras diferencias [distintas de las "diferencias de raza o color" en el caso de Estados Unidos] de aquello que es norma en una comunidad pueden definir a otros grupos como aquellos que necesitan de la misma protección".[54] Resulta claro que Brennan no estaba pensando en una lista de criterios prohibidos *a priori* y *per se* para hacer clasificaciones, sino en la identificación de grupos que requieren

[53] 347 U.S. 475 (1954)
[54] La traducción es mía.

de protección estatal para superar una situación de sometimiento. Esa condición de grupo protegido es la premisa necesaria para que opere la sospecha respecto de aquellos criterios utilizados por el Estado para justificar diferencias en el trato y cuya aplicación se juzga contribuye a perpetuar el trato que justifica la protección. De este modo, no es necesario pensar en criterios de alcance simétrico (como el sexo o la raza), o de cariz individualista (en el sentido que le dimos precedentemente y que desconoce la exitencia de grupos necesitados de protección), sino que el criterio se convierte en sospechoso por el impacto que tiene el trato que en él se sustenta sobre un grupo histórica y sistemáticamente excluido. En este sentido, siguiendo a la profesora Catherine A. MacKinnon, en referencia a la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos, la protección del derecho a ser tratado igual supone entender que el predominio de un grupo por sobre otro u otros grupos en el "espacio histórico" es el enemigo de la igualdad.[55] MacKinnon, a fin de sustentar su posición, se refiere al famoso precedente de la Corte Suprema de su país, *United States v. Carolene Products,*[56] en particular a la nota número 4 sobre la cual dirigió nuestra atención John H. Ely,[57] en el que tribunal sostuvo que ante una demanda de protección por trato desigual inconstitucional, el trato deparado a las "minorías discretas e insulares"[58] requiere un escrutinio más severo del que reciben otros tipos de distinciones hechas por el Estado. MacKinnon afirma que esta nota 4 se apoya sobre la misma idea de que la igualdad constitucional es acerca de que ningún grupo predomine sobre el resto de las personas de la comunidad política u otros grupos. Esta protección especial de las "minorías discretas e insulares", sostiene la profesora, ya había sido aplicada para grupos distintos al de los afrodescendientes (por ejemplo, en *Yick Wo v. Hopkins*[59]) e incluso fue apli-

[55] MacKinnon, Catherine, "Revised Opinions in Brown v. Board of Education-MacKinnon, J., Concurring in the Judgment", en Balkin, Jack (ed.), *What 'Brown v. Board of Education' Should Have Said*, Nueva York, New York University Press, 2001, pp. 143 y 149.
[56] 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938)
[57] Ely, John, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, 1997, capítulo 4, pp. 97-131.
[58] En el idioma original, "*Discrete and insular minorities*".
[59] 118 U.S. 356 (1886)

cada a otros grupos que no eran minoritarios, pero que también eran tratados desigualmente en el sentido por ella aludido, como es el caso de las mujeres (ejemplo de lo cual es el caso *Lesser v. Garnett,*[60] en el que consideró que la Novena Enmienda que otorgaba el derecho del voto a las mujeres era una norma válida de la Constitución Federal). En síntesis, la categoría no es sospechosa por ser una categoría *a priori* inaceptable *per se*, sino que, para recibir ese calificativo, dependerá de su impacto sobre la situación de un grupo que resulte necesitado de protección contra tratos desiguales sostenidos, históricos y sistemáticos que provacan su exclusión y sometimiento. Según MacKinnon, no todo trato diferente por parte del Estado respecto de los afrodescendientes será prohibido por discriminatorio, pero todos esos tratos, "por una historia que está lejos de haber sido superada", debe ser tratado con "sospecha", haciendo referencia a la doctrina de *Korematsu*.[61]

A modo de contraste, es interesante dirigir nuestra mirada al caso de la legislación electoral de dos estados mexicanos, que justamente fuera diseñada con el objeto de intentar contribuir a la reversión de la práctica de exclusión de las mujeres de la actividad político-partidaria, pero sin recurrir al reconocimiento de grupos sometidos o al otorgamiento a estos de un trato preferencial como grupo. Se trata de los casos *Coahuila*[62] y *Veracruz*[63] decididos por la Suprema Corte de México y de las legislaciones estatales sobre las que ellos tratan. Estas normas se refieren al establecimiento en los Códigos electorales de esos dos estados de un límite máximo y mínimo —70% y 30%— para que personas de un mismo género integren las listas electorales de los partidos con el objeto de promover la participación de mujeres en los órganos legislativos. Sin embargo, tanto el diseño de la legislación referida como el argumento que utiliza la Suprema Corte para defender su constitucionalidad, se apoyan erróneamente

[60] 258 U.S. 130 (1921)
[61] MacKinnon, C. *op. cit.,* p. 150.
[62] SCJN, Acción de inconstitucionalidad 2/2002.
[63] SCJN, Acciones de inconstitucionalidad acumuladas 7/2009, 8/2009 y 9/2009.

en una noción de igualdad como no discriminación, en lugar de hacerlo en el de igualdad como no subordinación, como creo que debería haber ocurrido. Se recurre así a la estrategia de justificar la decisión en un supuesto trato igualitario —entendido como simétrico— a ambos sexos, a pesar de que podemos suponer que la intención de la ley era la de favorecer al grupo desaventajado en la participación política, las mujeres. Cuando tanto las normas electorales como el tribunal que las aplica en los casos mencionados asumen la concepción de igualdad como no discriminación para diseñar o aplicar un sistema de cuotas para listas electorales, generan una política que provoca, en parte, un efecto contrario al buscado, siendo éste el de revertir una situación de desigualdad estructural de las mujeres en la vida política de los estados referidos. Si bien es cierto que, como señala Marisa Iglesias Vila, "el presupuesto que da sentido a esta acción positiva es que la infrarrepresentación política de las mujeres no se origina en sus elecciones, sino en la historia injusta de relegación social de la mujer en el ámbito de lo público",[64] el instrumento utilizado se encontraba ligado a la clásica noción de igualdad como no discriminación —entendida como no arbitrariedad o razonabilidad—, en lugar de fundarse en el principio de igualdad como no subordinación de grupos, conclusión que extraigo por dos razones. En primer lugar, consideremos el diseño de la norma. El artículo 21 de la Ley de Instituciones Políticas y Procedimientos Electorales para el Estado de Coahuila establece que: "En el caso de que los partidos políticos o coaliciones opten únicamente por una lista de preferencias para la asignación de diputados de representación proporcional, *no podrán registrar por ese principio más del setenta por ciento de candidatos de un mismo género*. Se exceptúan de esta disposición las listas de preferencias conformadas por los partidos políticos a través de procedimientos democráticos de selección de candidatos. La lista de preferencias de candidaturas de representación proporcional se conformarán por bloques de tres personas, los cuales no deberán exceder

[64] Iglesias Vila, Marisa, "La acción positiva en la forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz", en Ríos Vega, Luis (coord.), *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, TEPJF/CEPC, 2011, pp. 373-401.

del 70% de un mismo género."[65] Nótese que, a diferencia de un sistema de cuotas tradicional que identifica a un grupo al que se le provee un trato preferencial — como por ejemplo, las mujeres—,[66] este diseño legislativo no identifica a ningún grupo particular y prohíbe que *cualquier* grupo, el de los varones o el de las mujeres, domine las listas electorales. Más allá de las buenas intenciones que seguramente tiene la legislación aludida, y que a nadie se le escapa que persigue el objeto de asegurar la participación de las mujeres en la vida política mexicana, el fundamento de la norma que surge a partir de su diseño está más relacionado con la concepción de igualdad como no discriminación que con la de no sometimiento. Ello se debe a que, en primer lugar, el trato que la norma prescribe alcanza a los dos grupos por igual, en el sentido de que así como no puede haber más de un 70% de candidatos varones en una lista, tampoco podrá haber más de un 70% de mujeres. La norma tiene un alcance simétrico, pues aplica un criterio de trato igual para ambos grupos y no un trato preferente para el grupo en desventaja estructural. La opción por este método implica el no reconocimiento explícito de la situación de sometimiento y exclusión de las mujeres como grupo la actividad política, e intenta utilizar la visión tradicional de la igualdad de trato fundada en reglas de aplicación simétrica, como aquellas que prohíben la utilización de criterios como el sexo para hacer distinciones, como sucede con los artículos 1o. y 4o. de la Constitución de México. En efecto, podemos suponer que el legislador intentó, por medio de esta estrategia legislativa, no utilizar el sexo, ningún sexo, como criterio que justifique un trato diferente y preferente hacia el grupo sometido a una situación desigualdad estructural. Si bien es cierto que esta estrategia tiene un impacto positivo en el trato que recibirán las mujeres, pues al menos un 30% de las listas deberán estar conformadas por ellas, impone un tope injustificado del 70% a su participación. Ese límite es el que no encuentra razón de ser

[65] El énfasis es mío.

[66] En el caso argentino, por ejemplo, la ley de cuotas para candidaturas políticas al Congreso Nacional prevé la obligación de que los partidos incluyan un mínimo de 30% de *mujeres* en sus listas electorales dispuesto de modo que ellas tengan las mismas oportunidades que los varones de esa lista de ser electas, disponiéndose una mujer por cada tres candidatos en la lista. Véase, Ley 24.012 de 1991.

dado que, en un contexto en el que los varones no forman parte de un grupo sistemática y estructuralmente sometido, no mediarían razones por las que ellos deberían recibir el trato preferente que sí encuentra justificación en el caso de las mujeres. En otras palabras, el que una lista electoral esté conformada sólo por varones, por ejemplo, atenta contra la igualdad de trato entendida como no sometimiento del grupo de las mujeres. Sin embargo, la situación opuesta no es simétrica, pues una lista conformada en un 100% por mujeres no es una amenaza para la posición dominante en la que se encuentran los varones en el terreno de la política mexicana. La razón por la que creo se eligió este modelo simétrico en lugar del modelo asimétrico es que se rechazó la idea de igualdad como no sometimiento y el reconocimiento del derecho de las mujeres a recibir un trato preferente, optándose por un trato igual para todos sin importar su situación relativa en la estructura social. La segunda razón por la que creo que es posible afirmar que la noción que subyace a la legislación que analizamos es la de igualdad como no discriminación en lugar de la de igualdad como no sometimiento, tiene que ver con los argumentos de la Suprema Corte al decidir la validez de la política expresada en la norma referida en el caso *Coahuila* —de similar resolución que el caso *Veracruz*—. En este caso, el Tribunal entiende, como tradicionalmente lo ha hecho, que:

> el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deben encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato, que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho. Así, la noción abstracta de igualdad se ve permeada por las condiciones fácticas y sociológicas existentes, de tal manera que no siempre se puede dar el mismo trato a todos los individuos, sino que se trata de que todos aquellos colocados en la misma situación jurídica se les trate igual, lo que significa, asimismo, que respetándose el principio jurídico de equidad, deberá darse trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lo anterior significa que no toda desigualdad de

> trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada.

Esta lógica responde con precisión a la visión de la igualdad como no discriminación sometiendo los tratos diferentes propinados desde el Estado al test de razonabilidad para determinar su justificación constitucional. De este modo, la aplicación de este razonamiento basado en la perspectiva de la igualdad asociada con la idea de trato no arbitrario, conduce a la Corte a sostener la validez del artículo 21 de la ley de marras dado que entiende que ella "permite que ambos géneros participen en igualdad de circunstancias en una contienda electoral". Si bien la Suprema Corte reconoce a lo largo de la sentencia que las mujeres han sido sistemática e históricamente tratadas peor que los varones en cuanto a su participación en la vida política de México, reconstruye la justificación del sistema de cuotas —llamémoslo indeterminado por ser simétrico—, de modo que su validez se sostenga en virtud de la aplicación del principio de igualdad como no discriminación, pero no del principio de igualdad como no sometimiento, una estrategia argumentativa que le permite mantenerse dentro del paradigma tradicional de la igualdad de trato en iguales circunstancias, siempre que estas últimas sean razonables (que cumplan con la relación de funcionalidad de medio a fin), sin derribar la validez del sistema de cuotas. Esto es posible gracias a que el diseño antes aludido de ese sistema en la ley tampoco identifica un grupo merecedor de un trato diferente y preferente, lo cual tiene las consecuencias perniciosas aludidas y el correspondiente debilitamiento de la idea de igualdad como no sometimiento. A fin de evitar este tipo de confusiones y de consecuencias no deseadas —suponiendo que sean no deseadas— es preciso establecer con precisión de qué tipo de igualdad estamos hablando cuando intentamos justificar una política o una interpretación constitucional.

En Argentina encontramos un caso similar al de las legislaciones de Coahuila y Veracruz, esta vez en una decisión tomada por los tribunales en torno a la aplicación de la ley que exigía un mínimo del 30% de candidatas mujeres en las listas propuestas por los partidos políticos para las postulaciones a Diputados al Congreso de la Nación.[67] Como en la mayoría de los países, no existían en Argentina a fines del Siglo XX barreras legales para que las mujeres accedieran al Congreso de la Nación. Sin embargo, hasta comienzo de la década de 1990 no lo lograban. Existían y existen obstáculos invisibles a la participación política de las mujeres que no se encuentran expresados en las normas, sino que surgen a partir de los hechos y en las prácticas. Eso incluye algunas sentencias judiciales. En 1991, antes de la sanción de la ley que obligó a partir de ese año a los partidos políticos a incorporar un mínimo de 30% de mujeres en sus listas de candidaturas al Congreso, sólo un 6% de los miembros del Poder Legislativo eran mujeres. Luego de implementada la Ley de Cupos, el número ascendió al 28% en 1997 y al 40% en 2008, promedio que se mantuvo hasta que esa norma fue reemplazada por la denominada Ley de Paridad, en 2017. Este porcentaje es mucho menor en las provincias y municipios en los que no existe una norma equivalente que brinde un trato preferente a las mujeres, por lo que, contra lo que algunos afirman, esas medidas son altamente efectivas para revertir una exclusión histórica. En 2017, el Partido Ciudad Futura de la Provincia de Santa Fe, intentó que sea oficializada una lista de candidatas para el Congreso Nacional compuesta en su totalidad por mujeres. Esta conformación fue decidida con el apoyo de todos los varones de la agrupación. El juez federal con competencia electoral de la provincia decidió no autorizar esa lista por no contener candidatos varones y obligó al partido a incluir un 30% de personas de ese sexo. El partido apeló a la Cámara Nacional Electoral. Este tribunal, que debía haber estado conformado por tres miembros, contaba sólo con dos. Como ambos magistrados tenían

[67] Ley 24.012, sancionada en 1991. Esta norma fue derogada en 2017 por la ley 27.412 que estableció la exigencia de paridad de género en las listas de candidatos.

opiniones encontradas respecto de la decisión que debía tomarse en el caso, debieron recurrir a un colega de otro tribunal, uno del fuero penal, para desempatar. Este último concordó con uno de los dos jueces de la Cámara sin dar argumentos propios. La decisión de esta mayoría de dos jueces fue coincidente con la del juez inferior: una lista conformada sólo por mujeres sería inconstitucional por violar la igualdad ante la ley.[68] El tercer voto, el disidente, consideró que era justamente con fundamento en el principio de igualdad constitucional que la ley obligaba a los partidos a incluir un *mínimo* del 30% de mujeres en la lista, pero no un máximo. Además, la ley no exige que la lista contenga un cupo para varones, como erróneamente sostuvo el juez de Primera Instancia de Santa Fe.

Los votos de los dos jueces de la mayoría de la Cámara de Apelaciones expresaron con claridad la tensión entre las dos ideas de igualdad que presento en este ensayo. La primera entiende que este principio equivale a tratar a varones y mujeres del mismo modo, como si ambos se encontraran en la misma circunstancia. Así, si consideramos que la conformación de una lista de candidaturas al Congreso que no incluye mujeres viola el derecho a la igualdad de trato de éstas, entonces deberíamos entender que también viola la igualdad una lista que no incluya varones. El juez electoral que escribió el voto de la mayoría argumentó que la "igualdad real de oportunidades" que exige la Constitución argentina implica que ambos sexos deben estar representados en la lista, pero esto constituye un error. En verdad esa norma buscaba proteger al grupo desaventajado, que en este caso era el de las mujeres, no el de los varones. La segunda idea de igualdad, que en el fallo de la Cámara de Apelaciones expresa el voto del juez disidente, asume el rechazo de una estructura social en la que un grupo, en este caso el compuesto por las mujeres, resulte sistemática y perpetuamente excluido de ámbitos relevantes de la vida de una comunidad, como por ejemplo de la representación política.

[68] Cámara Nacional Electoral, *Incidente de Ciudad Futura Nro. 202–distrito Santa Fe en autos Ciudad Futura Nro. 202–distrito Santa Fe s/ elecciones primaria –elecciones 2017*, Sentencia, 13 de julio de 2017. Magistrados: Santiago H. Corcuera, Alberto Ricardo Dalla Vía, Martín Irurzun.

Detectada esa situación de desventaja que llamamos estructural —más allá de la posibilidad de ser modificada por el individuo a pesar de su voluntad de hacerlo—, entonces, la obligación del Estado será la de desmantelar todas aquellas prácticas y normas que contribuyan a perpetuar aquella condición. El hecho de que las mujeres, gozando de un trato "igual" sólo alcanzaban el 9% de escaños, muestra una situación de desventaja estructural contraria al principio de igualdad *real* de oportunidades, como establece el art. 75, inc. 23 de la Constitución argentina. Es por ello que en este tipo de situaciones el Estado, lejos de mantenerse pasivo ante el supuesto de la inexistencia de barreras formales, tiene la obligación constitucional de generar tratos preferentes respecto del grupo desaventajado para revertir la desigualdad estructural detectada (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional). El mínimo exigido del 30% de las candidaturas para las mujeres del partido era ese trato preferencial. Desde la perspectiva de la igualdad que toma nota de la desigualdad de hecho y estructural que sufren las mujeres, el trato preferente es una obligación constitucional del Estado. Entender, como sostiene la mayoría de la Cámara Electoral en el caso *Ciudad Futura*, que los cupos están justificados, pero que deberían aplicarse a ambos sexos, no sólo no era lo que establecía la Ley de Cupos, sino que resultaba inconsistente con el mandato constitucional, pues el cupo sólo está justificado para favorecer al grupo en situación de desigualdad estructural y no al que goza de una situación de prevalencia histórica.

Las leyes de paridad que imponen a los partidos políticos que sus listas de candidaturas deben estar conformadas por un 50% de mujeres y un 50% de varones incurren en el mismo error que el voto de mayoría del caso *Ciudad Futura* en Argentina y las legislaciones de Coahuila y Veracruz en México. Al establecer que las listas deben contener una mitad de candidatas mujeres, pero que también debe incluir una cantidad igual de candidatos varones, está imponiendo un bienvenido piso en el número de candidaturas para las mujeres como parte del grupo en desventaja, pero también un constitucionalmente inadmisible techo a su participación en la oferta electoral. El problema es que al indicar un máximo del

50% de mujeres en las listas, la ley está generando de hecho una cuota del 50% para candidatos varones, no existiendo ningún fundamento constitucional para darle un trato preferencial a estos últimos, que jamás han sufrido desventaja estructural alguna, sino todo lo contrario. Una de las razones por las que suelen impulsarse estas leyes de paridad, es porque las leyes de cupo, generalmente estableciendo mínimos por debajo del 50%, como la Ley de Cupos de Argentina vigente de 1991 a 2017, han funcionado de hecho como un techo en lugar de ser un piso. Reclamar la paridad parecería tener dos ventajas estratégicas. Por un lado, se elevaría el piso de participación de las mujeres, por ejemplo, del 30% al 50% en el caso argentino y, por el otro, el argumento para defender la cuota públicamente apelaría a una cierta idea de justicia asociada con una noción de *fairness* más cercana al imperativo de igualdad como no discriminación y a las intuiciones generalizadas de que igualdad es equivalente a trato idéntico: si la comunidad se compone por varones y mujeres en partes relativamente iguales, entonces resulta justo exigir que los parlamentos reflejen esa composición social. De algún modo, podría suponerse que este sistema de paridad encuentra mejor fundamento en la justificación de las acciones afirmativas basada en la diversidad, tal como la describí al comienzo de este trabajo, que en la igualdad como no subordinación. Lo que frecuentemente se pasa por alto cuando se propone este tipo de modelo paritario, son otras dos cosas: que el techo del 50% impide a las mujeres ocupar más candidaturas por encima de él, colocando a partidos como Ciudad Futura frente a la imposibilidad de ofrecer listas con más de la mitad de candidatas mujeres; y que la consecuente instalación de una cuota del 50% para varones carece de fundamento constitucional, pues no se trata de un grupo en situación de desventaja estructural, única razón aceptable para ser beneficiario de un trato preferente en virtud de la igualdad ante la ley. En suma, no hay violación del principio de igualdad constitucional cuando una lista se compone en su totalidad por miembros de un grupo desaventajado. Como sostuvo el voto del juez disidente en el caso *Ciudad Futura*, obligar al partido a incorporar un cupo masculino "supondría la paradoja de que una norma sancionada en su favor se aplicaría en su perjuicio".

VII. Acciones afirmativas, categorías prohibidas y grupos merecedores de tratos preferentes

En la estrategia de componer listados de categorías prohibidas o sospechosas que vemos en tratados internacionales de derechos humanos, constituciones, leyes y sentencias judiciales, al igual que en el tratamiento que le dan a ellas algunos autores,[69] hay una ambigüedad quizá no percibida acerca de qué es exactamente lo que exige el principio de igualdad constitucional. Surgen así, al menos, dos visiones acerca de la naturaleza y el objeto de esas listas, que oscilan entre considerarlas imprescindibles para evitar tratos arbitrarios, y la pulsión por asociarlas a la existencia de grupos que padecen una situación de desigualdad estructural que debe ser revertida. Esta indefinición se basa en una tensión no resuelta acerca de la visión de la igualdad que resulta más apropiada para interpretar el principio de igualdad constitucional. Esta falta de claridad sobre el contenido de este principio no es inocua y trae aparejada una serie de problemas que sólo se pueden resolver intentando erradicar la ambigüedad. Alcanzar algún grado de claridad respecto de cómo debemos interpretar el principio de igualdad nos permitirá evaluar si los tratos preferentes en general y las acciones afirmativas en particular son requeridas o rechazadas por el reconocimiento de la igualdad ante la ley. La tendencia mayoritaria a interpretar la protección de la igualdad en las constituciones liberales desde la perspectiva de la no discriminación, exigiendo sólo una razonabilidad de medio-fin, lleva a asignar el calificativo de "prohibida" o "sospechosa" a toda categoría palmariamente irrazonable, en conflicto con la implementación de políticas de trato preferencial como las acciones afirmativas o de discriminación inversa fundadas justamente en esas categorías. Por otro lado, la interpretación de esas cláusulas a través del tamiz del principio de no sometimiento, que asigna relevancia a la situación de hecho de grupos estructuralmente excluídos, obliga repensar el modo en que entendemos el mandato constitucional de honrar

[69] Gullco, *op. cit.*.

el principio de igualdad. La ambigüedad podría disiparse si, como ha sucedido en el caso de la Constitución de Argentina, al texto original del artículo 16 de la Constitución de 1853 que se refería, por ejemplo, a la idoneidad como condición para los empleos, se le agregó en la reforma de 1994 el nuevo artículo 75, inciso 23, que habilita la creación de medidas afirmativas para lograr una igualdad *real* de oportunidades de grupos en situación de desventaja estructural (el artículo se refiere explícitamente a las mujeres, las personas con discapacidad, los niños y los ancianos, la lista no es taxativa). La noción de categorías prohibidas o sospechosas, asociadas al principio de no discriminación, es el estándar correcto para prevenir o corregir tratos arbitrarios, pero no sólo no ofrece un estándar apropiado para resolver situaciones de desigualdad estructural, sino que podría incluso conspirar contra la aplicación de políticas de trato preferencial a ciertos grupos, como las acciones positivas, tendientes a desmantelar situaciones de desigualdad estructural. Este dilema interpretativo en torno a la igualdad ante la ley tal, como está reconocida, por ejemplo, en el texto original de la Constitución Nacional de 1853, se agrava cuando no hay un reconocimiento expreso en la norma fundamental de las acciones afirmativas como medidas tendientes a asegurar la igualdad. Esto es lo que sucede en el caso de la Constitución de los Estados Unidos y lo que sucedía en Argentina hasta 1994. Si bien considero que el artículo 16 debía ser interpretado aun antes de la reforma de ese año en el sentido de prohibir tanto los tratos arbitrarios como los tratos que tuvieran por efecto la perpetuación de situaciones de desigualdad estructural, también creo que las posiciones que consideraban que esa cláusula era sólo la expresión del principio de no discriminación eran plausibles aunque incorrectas. Sin embargo, la incorporación del artículo 75, inciso 23 en la reforma de 1994 vino a cerrar ese debate a partir de que desde ese momento se encuentra establecida en el propio texto constitucional una referencia a la noción de igualdad como no subordinación de grupos. La referencia al objetivo de lograr una igualdad "real" de oportunidades —como diferente de una *mera* igualdad de oportunidades—, por un lado, y el reconocimiento de grupos en situación de desventaja estructural —de los que se dan cuatro ejemplos no taxativos—, por el otro, da cuenta

de una toma de partido del constituyente por una noción de igualdad que, conservando una concepción de la igualdad como trato no arbitrario, incorpora también la de igualdad como no subordinación. Por supuesto, quedará por delante la tarea de elaborar una teoría que permita superar aquellas situaciones en las que ambos principios entren en conflicto, de lo que es un ejemplo justamente la acción afirmativa. Este ensayo es un humilde aporte en ese sentido.

Como sostuve al comienzo de este trabajo, las acciones afirmativas son políticas impulsadas desde el Estado que tienen por finalidad revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas actividades, prácticas o espacios de la comunidad a los cuales ese grupo no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales tanto impulsadas por el propio Estado o producidas por actos de particulares. En este sentido, no es necesario, de hecho no es un prerrequisito para que el Estado desarrolle estas acciones afirmativas, que existan normas de derecho positivo que provoquen esa exclusión o segregación. La acciones afirmativas requieren, entonces, de la identificación de tres situaciones que deben darse para que ellas estén justificadas: *a*) que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable (afrodescendientes, mujeres, asiáticos, inmigrantes, descendientes de inmigrantes, pobres estructurales, ancianos, personas con discapacidad, etcétera); *b*) que existen y son identificables algunos ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo de las personas que forman parte de ese grupo o para el ejercicio de sus derechos (como los ámbitos de la política, el mercado laboral, las universidades, etcétera); y *c*) que ese grupo resulte o haya resultado excluido de uno o más esos ámbitos por un tiempo considerable, de modo que su situación de sometimiento se perpetúe, cristalice y naturalice.

La acciones afirmativas y políticas de discriminación positiva o inversa en general implican, entonces, la implementación de tratos diferentes justificados sobre la base de criterios habitualmente reconocidos como irrazonables (en el sentido de no funcionales en lo que se refiere a la relación del medio con el fin), pero que se encuentran autorizados constitucio-

nalmente, porque persiguen el efecto de desmantelar una situación de exclusión y segregación que se contradice con la idea de igualdad como no sometimento. Por ejemplo, el recurso a la categoría del sexo para justificar tratos diferentes entre las personas es considerado irrazonable, en principio, pues no es posible establecer una relación de funcionalidad entre la categoría y prácticamente ningún fin regulatorio (salvo unas pocas excepciones). Sin embargo, esta categoría irrazonable se convierte en una categoría permitida para hacer distinciones cuando está dirigida a revertir y desmantelar una situación tal que segrega a las personas que pertenecen a un grupo determinado de actividades, prácticas y ámbitos relevantes para su desarrollo autónomo o el ejercicio de sus derechos, por ser miembros de ese grupo. Si, en un caso hipotético, percibimos que prácticamente no hay mujeres titulares de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y que casi nunca las hubo en toda la historia de la Universidad, aunque no haya una sola norma que bloquee su designación, el Estado —en este caso la universidad pública— parecería estar obligado a llevar a cabo políticas de acción afirmativa que establezcan como requisito, en ciertos casos, que las ingresantes *deban* ser mujeres, incluso en detrimento de varones con antecedentes superiores desde el punto de vista de los criteros tradicionales (títulos alcanzados, publicaciones, experiencia laboral, etcétera).[70] Esta política, evidentemente, genera un trato diferente entre las personas y se funda en un criterio que no responde al principio de funcionalidad (relación medio a fin entendida desde la perspectiva estrecha de la idoneidad para el empleo), perjudicando además a los varones en sus aspiraciones de acceder a esas posiciones sobre la base de criterios "razonables" como la idoneidad, que resultan desplazados por la acción afirmativa. Sin embargo, ese perjuicio no es evaluado como una violación del principio de igualdad desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento porque, por el contrario, ese trato diferente es la consecuencia de la aplicación

[70] Para un recorrido por los principales temas relacionados con contratación preferencial, véase Jarvis Thomson, Judith, "Preferential Hiring", en Cohen, Marshall, Nagel, Thomas y Scanlon, Thomas (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977, pp. 19-39.

de un trato igual, entendido como aquél que tiende al desmantelamiento de una situación en la que un grupo predomina sobre otro o lo segrega, con o sin intención de hacerlo.

El ejemplo del tratamiento que la Constitución argentina le da al principio de igualdad y a las acciones afirmativas ofrece un caso ilustrativo tendiente a conciliar las dos caras del principio de igualdad. Por un lado, el artículo 16 hace referencia a la idoneidad como condición exclusiva para acceder a los empleos, evocando con este criterio el principio de igualdad como no discriminación, pues resulta razonable, en el sentido de la relación de medio a fin, que las personas sean seleccionadas para realizar un trabajo sobre la base de su capacidad para poder ejecutarlo. La idoneidad como requisito opera como antídoto contra la arbitrariedad y la selección de personas para los empleos sobre la base de criterios irrazonables y fundados, quizá, en sentimientos y prejuicios racistas, sexistas, xenófobos u otros de similar característica. Como señalé más arriba, esta forma de presentar el principio de igualdad entendiéndolo como expresión del principio de no discriminación, ha llevado a muchos, incluso a muchas cortes constitucionales, a interpretar las obligaciones estatales derivadas del derecho a la igualdad de trato ante la ley como obligaciones asociadas al fin de evitar tratos desiguales arbitrarios. Si bien este principio y esta interpretación de la igualdad ante la ley no es incorrecta, sí es incompleta por no tomar en cuenta las situaciones de hecho sobre las que me referí en las secciones anteriores de este ensayo. El principio de igualdad como no discriminación rechaza las clasificaciones arbitrarias. Sin embargo, al exigir razonabilidad en la distinción y desconocer el contexto de hecho en el que esa distinción opera, supone la inexistencia de grupos sojuzgados, excluidos o sometidos y contribuye a perpetuar situaciones de desigualdad estructural.

Con la incorporación en 1994 a la Constitución Nacional de Argentina del artículo 75, inciso 23, se facultó al Congreso a "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". Esta cláusula sumó a la norma fundamental en la versión de su texto original de 1853 un elemento faltante —o hizo explícito un elemento implícito— en el artículo 16, referido a la necesidad de combinar el principio de no discriminación con el principio de no sometimiento. El derecho a ser tratado igual, por supuesto, exige del Estado tratos no arbitrarios, pero también exige que, de existir situaciones de sometimiento o exclusión de grupos de un modo estructural y sistemático, ese Estado no puede actuar como si ellas no existieran. La neutralidad y ceguera estatal respecto de las diferencias entre las personas irrelevantes para hacer distinciones en el trato no puede aplicarse cuando existen esas situaciones de desigualdad estructural. La mampara opaca que sólo permite juzgar las clasificaciones desde el prisma de la no-arbitrariedad, debe correrse de modo que el Estado pueda cumplir con su deber de tomar nota de las situaciones de desigualdad estructural existentes e implementar las medidas correspondientes que se dirijan a su desmantelamiento. En otras palabras, la razonabilidad de medio a fin se aplicará sólo en condiciones de igualdad real de oportunidades, que no existen cuando un grupo es sojuzgado y sistemáticamente excluido de ciertos ámbitos relevantes como el mercado laboral, la política o la educación. Si este último fuera el supuesto, entonces el Estado está habilitado, o posiblemente obligado, a implementar acciones positivas que tengan por objeto desmantelar los obstáculos que impiden la igualdad *real* de oportunidades. Desde la perspectiva de la igualdad como no subordinación, de existir grupos sojuzgados, no es posible aplicar el principio de razonabilidad *como si* esas situaciones de exclusión y sometimiento no existieran.

En consecuencia, es necesario realizar algunos ajustes en el modo en que interpretamos el principio de igualdad constitucional y convencional de modo de darle un sentido que incluya el mandato de evitar la arbitrariedad en el trato pero que, además, no convierta la aplicación de este

estándar de modo que soslaye el principio de igualdad como no subordinación. Es preciso conciliar la noción de igualdad como no arbitrariedad con la de igualdad como no sometimiento, asumida por las políticas que implementan acciones afirmativas reconocidas constitucionalmente implícita o explícitamente en las constituciones de régimenes democráticos. Interpretar las cláusulas referidas a la igualdad ante la ley sólo como exigencia de razonabilidad en el trato, implica suponer como no permitidos los tratos preferenciales fundados en criterios no funcionales, pero necesarios para desmantelar situaciones de sojuzgamiento. Si las categorías sospechosas o prohibidas son universales e individualistas, negatorias del reconocimiento de las grupos o clases sojuzgadas y si ellas expresan la necesidad de no permitir *nunca* criterios no razonables para justificar distinciones en el trato, entonces esas categorías son un obstáculo a los tratos preferenciales y por lo tanto inconstitucionales, por no permitir que el Estado implemente acciones positivas que hagan real la igualdad de oportunidades a la que se refieren los textos constitucionales y convencionales.

La interpretación sobre el significado de la protección de la igualdad en las constituciones de las democracias liberales impacta sobre otras doctrinas, tales como la que identifica categorías prohibidas o sospechosas o aquélla que intenta justificar las acciones afirmativas. El debate en la jurisprudencia y la doctrina de esos sistemas jurídicos nacionales en torno a la igualdad ante la ley y, más específicamente, sobre el concepto de categorías prohibidas o sospechosas y la justifición de los tratos preferenciales, está aún en ciernes y requiere de mucho trabajo interpretativo. No es mi intención terminar aquí un debate, sino provocarlo. Creo que una mayor definición sobre aquello que justifica los tratos diferentes, tanto desde el Estado como entre particulares, puede ser muy útil para disipar los obstáculos que se levantan desde la noción de la igualdad como no arbitrariedad contra un instrumento, quizá el más poderoso que conozcamos en el presente, que podría sernos de enorme utilidad en la lucha contra la desigualdad estructural: las acciones afirmativas.

VIII. Bibliografía

CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.

ELY, John, *Democracia y desconfianza*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, 1997.

Ficus, Ronald J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action. Making the Case for Quotas*, Durham y Londres, Duke University Press, 1992.

FISS, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", en Cohen, M., Nagel, T. y Scanlon, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977.

GINSBURG, Ruth B., *Constitutional Aspects of Sex-Based Discrimination*, St. Paul, Minnesotta, West Publishing Co., 1974.

GULLCO, Hernán, "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en Gargarella Roberto y Alegre Marcelo (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

GUNTHER, Gerald, *Individual Rights in Constitutional Law*, 5a ed., Westbury, Nueva York, University Casebook Series, The Foundation Press, Inc., 1992,

IGLESIAS Vila, Marisa, "La acción positiva en la forma de cuotas electorales rígidas: algunas reflexiones en torno a los casos Coahuila y Veracruz", en Ríos Vega, Luis (coord.), *Tópicos electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, TEPJF/CEPC, 2011, pp. 373-401.

JARVIS Thomson, J., "Preferential Hiring", en Cohen, M., Nagel, T. y Scanlon, T. (eds.), *Equality and Preferential Treatment*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977.

JAY, Martin, "Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law", en Costas, D. y Nead, L. (eds.), *Law and the Image. The Authority o Art and the Aesthetics of Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999.

MACKINNON, Catherine, "Revised Opinions in Brown v. Board of Education-MacKinnon, J., Concurring in the Judgment.", en Balkin, Jack (ed.), *What 'Brown v. Board of Education' Should Have Said*, Nueva York, New York University Press, 2001, pp. 143-57.

NINO, Carlos S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

POST, Robert C., "Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law", en Robert C. Post *et al.*, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*, Durham, Duke University Press, 2003.

ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

SABA, Roberto, "Desigualdad estructural", en Gargarella, R. y Alegre, M. (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2016.

SANDEL, Michael, *Justice. What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Nueva York, Straus and Giroux, 2009.

YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990.

CAPÍTULO 4
¿De qué hablamos cuando hablamos del test de igualdad?

Ricardo Latapie Aldana*

* Licenciado en Derecho por el CIDE. Trabajó durante tres años en la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. Actualmente, es investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sumario: I. Introducción; II. Experiencia comparada; 1. Test de proporcionalidad; 2. Escrutinio escalonado en Estados Unidos; 3. Metodología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 4. La propuesta integrada de la Corte Constitucional de Colombia; 5. Conclusiones preliminares; III. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos de discriminación; 1. El test de proporcionalidad en casos de discriminación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2. El uso de escrutinios en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; IV. Casos que utilizan metodologías mixtas; V. Conclusiones generales del apartado; VI. Discriminación indirecta; VII. Acciones afirmativas VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) enfrenta un caso de discriminación, usualmente estudia si la distinción impugnada cumple con una serie de pasos o gradas con distintos requisitos, a fin de determinar si es constitucional. Al hacerlo, suele denominar esa serie de pasos o metodología de distintas formas: test de igualdad, juicio de igualdad e, incluso, test de proporcionalidad. El nombre no es lo único que varía, pues, al revisar la doctrina jurisprudencial en materia de discriminación, es posible encontrar casos en los cuales la metodología empleada por la Corte tiene ciertos pasos o gradas que no están presentes en la empleada en otros. De igual forma, se pueden encontrar casos en los que no emplea ninguna metodología.

Pese a utilizar distintos nombres y requisitos, la SCJN parece actuar con la premisa de que aplica una misma metodología, en la media en la que no ha desarrollado una doctrina jurisprudencial que dé sentido a por qué a veces se emplea un test de proporcionalidad o un test de igualdad

y en ocasiones refiere la existencia de niveles de escrutinio, mientras que en otras se omite. Así, es pertinente preguntarse de qué hablamos cuando hablamos de un test de igualdad.

Este trabajo busca dar claridad a la práctica actual de la Corte de utilizar el test de igualdad. Así, se pretende evidenciar cómo, al día de hoy, no hay un test de igualdad, sino distintas versiones o manifestaciones de éste que incorporan elementos diversos. ¿Cuál es el origen de esto? Para entenderlo, es necesario remitirse a la experiencia comparada que la ha influenciado. Hecho esto, se hará un estudio de distintos casos que ha resuelto en los que se puede apreciar la influencia, no siempre de forma consistente. Asimismo, dado que en la resolución de casos de discriminación indirecta y acciones afirmativas se utiliza el test de igualdad (o sus distintas manifestaciones), es importante estudiar el impacto que tiene en éstos el que exista una pluralidad de metodologías que parecen utilizarse de forma indistinta.

A lo largo del texto se podrán apreciar las distintas versiones o usos del test de igualdad. No obstante, también existen casos de discriminación en los que la SCJN no utiliza ninguna de éstas para resolver. Dado que el objetivo del documento es estudiar el uso de esta metodología y sus variaciones (que podrían considerarse otras metodologías en sí mismas), el estudio de casos que no las involucran excede sus alcances; con todo, debe tenerse en cuenta, dado que puede tener implicaciones importantes en el nivel de arraigo que esta metodología (o metodologías) tiene en la jurisprudencia de la Corte.

El valor de este texto está en la falta de estudios acerca de la práctica de la Corte en este punto.[1] La literatura que existe suele enfocarse en los orígenes de la práctica y no incorpora casos recientes. Asimismo, vale la

[1] Entre los estudios que existen, se pueden mencionar Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, UNAM, 2016. Conesa, Luisa, "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad", *UNED Revista de Derecho Político*, núm. 77, 2010, pp. 351-377.

pena notar que éstos no tratan la forma en la que se resuelven los de discriminación indirecta y acciones afirmativas, dos áreas incipientes en la doctrina jurisprudencial de la SCJN que han pasado inadvertidas en la literatura académica mexicana. Discutir la jurisprudencia de la Corte es relevante porque permite clarificar su práctica en la comunidad y a su vez puede servir como retroalimentación para ésta. Lo anterior, en la medida en la que puede contribuir en la mejora y consolidación de sus decisiones.

II. Experiencia comparada

Distintos tribunales han desarrollado métodos propios para evaluar si una norma o acto transgrede el principio de igualdad y los han exportado a otras cortes constitucionales, como la SCJN. En ese sentido, para entender la práctica actual de la Corte, hay que iniciar con un recuento de las metodologías que han influenciado o parecen haber influenciado la doctrina jurisprudencial mexicana en el tema. En ese sentido, este apartado se abocará a estudiar (1) el test de proporcionalidad; (2) los escrutinios desarrollados en Estados Unidos de América; (3) la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (4) la propuesta integrada de la Corte Constitucional de Colombia. El propósito no es hacer un análisis exhaustivo de cada una de las metodologías, sino brindar al lector un punto de referencia de los orígenes y aplicación, en la medida en la que sea relevante para entender la práctica mexicana.

1. Test de proporcionalidad

De todas las metodologías que analizaré, el análisis de proporcionalidad es probablemente la más difundida y arraigada en la práctica los tribunales constitucionales.[2] Hoy en día es utilizada en Europa, Canadá, Sudáfrica, Israel, Nueva Zelanda y, por supuesto, México.[3]

---

[2] Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, p. 73.
[3] *Ibid.*, p. 74.

El análisis o test de proporcionalidad tiene su origen en el derecho administrativo alemán, desde el cual transitó al derecho constitucional en la década de 1950.[4] Específicamente, tras la codificación del derecho prusiano, se establecieron cortes administrativas que pudieran evaluar el uso de la fuerza pública.[5] El desarrollo principal del concepto sucedió en la Suprema Corte Administrativa de Prusia;[6] ésta utilizó de forma importante el análisis de los medios y fines detrás de las medidas que se le presentaban, mientras el análisis que hoy se relaciona con la proporcionalidad en sentido estricto no permeó sino hasta después.[7] Así, para finales del siglo XIX, esta metodología era aplicada de forma amplia por las cortes administrativas de Prusia.[8]

Posteriormente, tras adoptarse la Constitución de Weimar, se dieron diversos avances en la academia y en tribunales encaminados a reconceptualizar los derechos como el punto fundacional de la regularidad del sistema legal en oposición a una lista de aspiraciones programáticas.[9] No obstante, cualquier avance en este punto tuvo un abrupto fin con la llegada del Tercer Reich.[10] Finalmente, el análisis de proporcionalidad pudo convertirse en lo que hoy se conoce como la adopción de la Ley Fundamental de Alemania, y la creación de su corte constitucional.[11]

Barak detalla cómo entre 1958 y 2007 el análisis de proporcionalidad migró al resto del mundo. Así, esta metodología ha llegado a los tribunales nacionales y supranacionales de Europa, algunos de Asia, así como a Israel, Sudáfrica, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Turquía, Colombia,

---

[4] *Ibid.*, p. 97.
[5] Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", *I-CON,* vol. 8, núm. 2, 2010, p. 273 y Barak, Aharon, *Constitutional Rights and their Limitations*, CUP, 2012, p. 178.
[6] Barak, A., *Constitutional Rights and their Limitations... op. cit.,* p. 179.
[7] Cohen-Eliya, M.y Porat, I., "American Balancing and German... *op. cit.,* p. 274.
[8] Stone Sweet y Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *op. cit.,* p. 101.
[9] *Ibid.*, pp. 102-103.
[10] I*bid.,* pp. 103-104.
[11] *Ibid.,,* pp. 104-111.

México, Brasil y Chile.[12] Asimismo, el análisis de proporcionalidad ha permeado en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.[13]

Pese a que el test de proporcionalidad ha sido adoptado en múltiples jurisdicciones, la aplicación de los distintos subprincipios, gradas o reglas que lo componen ha variado entre tribunales.[14] Detallar las distintas aplicaciones excede el objeto de este trabajo, por ello, esta sección se limitará a exponer la estructura general que le subyace.

El test de proporcionalidad tiene cuatro reglas: *1)* legitimidad de los fines; *2)* idoneidad, *3)* necesidad y *4)* proporcionalidad en sentido estricto.[15] La aplicación de los subprincipios inicia una vez que se ha establecido la injerencia *prima facie* en un derecho a través de la medida impugnada.[16] El primer paso del análisis de proporcionalidad de cualquier medida se pregunta por la legitimidad de ésta,[17] lo que implica constatar que el Estado esté autorizado constitucionalmente para tomar tal medida.[18] De otro modo, el derecho tendría mayor jerarquía que la medida y lo desplazaría. En ese sentido, no cualquier propósito o fin que esté detrás de una medida puede justificar la intervención de un derecho.[19] Sólo aquellos fines que recoge la Constitución pueden justificar la intromisión en derechos.

Por un lado, el subprincipio de idoneidad analiza si la medida adoptada está relacionada de forma racional con el fin que persigue; es decir, si está encaminada a conseguirlo.[20] Por otro lado, el subprincipio de nece-

---

[12] Barak, A., *Constitutional Rights and their Limitations... op. cit.,* p. 182.
[13] *Ibid.* pp. 202-206.
[14] Klatt, Mathias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Londres, Oxford University Press, 2012, p. 9.
[15] *Ibid.*, p. 8.
[16] Véanse Stone Sweet y Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *op. cit.,* p. 75; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos* fundamentales, CEPC, 2007, p. 45.
[17] Ibidem.
[18] Stone Sweet y Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *op. cit.,* p. 75.
[19] Barak, A., *Constitutional Rights and their Limitations... op. cit.,* p. 245.
[20] Stone Sweet, A., y Mathews, J., "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *op. cit.,* p. 75.

sidad contrasta la medida analizada con otras alternativas que cumplan en el mismo grado con la finalidad perseguida al buscar si ésta es la que interfiere en menor grado con el derecho o interés en conflicto.[21] Por su parte, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto se realiza en tres pasos.[22] Primero, se debe establecer el grado de intervención en el derecho o interés limitado;[23] segundo, se debe establecer el grado de satisfacción del derecho o interés perseguido por la medida;[24] finalmente, se realiza un contraste entre el grado de intervención en uno y el grado de satisfacción de otro.[25]

Klatt y Meister señalan que las gradas de idoneidad y necesidad se relacionan con el óptimo de Pareto, buscando optimizar aquello que es objetivamente posible, mientras que las gradas de legitimidad y proporcionalidad en sentido estricto se preocupan por optimizar lo que es legalmente posible.[26]

2. Escrutinio escalonado en Estados Unidos

Al revisar la práctica de los tribunales de Estados Unidos, uno encontrará referencias a la proporcionalidad o similitudes entre las metodologías que usan y el análisis de proporcionalidad.[27] No obstante, los tribunales de Estados Unidos no han adoptado de forma sistemática el test de proporcionalidad en tu totalidad, por lo que no se le cuenta entre los Estados que han seguido esa tendencia.[28] En su lugar, los tribunales de Estados Unidos hacen un escrutinio escalonado atendiendo a las particularidades del

[21] Klatt, M. y Meister, M., *The Constitutional Structure of Proportionality... op. cit.,* p. 9.
[22] Estos pasos son capturados por la fórmula del peso de Alexy. Ibidem, pp.10-13.
[23] *Ibid.,* p. 10.
[24] Idem
[25] Idem
[26] Idem
[27] Barak, A., *Constitutional Rights and their Limitations... op. cit.,* p. 206; Jackson, Vicki C., "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal*, núm. 124, p. 3096.
[28] Barak, A., *Constitutional Rights and their Limitations... op. cit.,* p. 206.

caso. Tradicionalmente, eligen entre tres niveles de escrutinio: *1)* análisis de racionalidad, *2)* escrutinio intermedio y *3)* escrutinio estricto.[29]

El origen del análisis escalonado suele remontarse al final de la década de 1930. De acuerdo con la concepción imperante en ese momento, el derecho constituía una serie de principios universales y atemporales y los jueces se limitaban a adaptar esos principios a nuevas situaciones sin cambiar su significado (y, por lo tanto, sin crear derecho).[30] En ese sentido, el análisis que emprendía la Corte Suprema de Estados Unidos sólo implicaba delinear las fronteras entre las potestades estatales y los derechos privados.[31] Lo anterior implicaba que no era necesario mostrar deferencia hacia otras ramas del gobierno, en la medida en la que eran los jueces quienes estaban mejor capacitados para tomar esas decisiones.[32]

No obstante, casi a finales de la década de 1930, estas premisas empezaron a ser cuestionadas y sustituidas. Por un lado, en la vida política del país comenzó a imperar la noción de un Estado que debía intervenir y regular la actividad económica y otras áreas a fin de mejorar las condiciones de sus ciudadanos.[33] A su vez, se comenzó a aceptar al derecho como un producto de la voluntad humana y cómo los jueces dotan de nuevo contenido a la Constitución, lo cual implicó reconocer que éstos legislan al resolver un caso.[34] Lo anterior fue criticado debido a la falta de rendición de cuentas democrática de los jueces.[35] Así, ante estas tensiones, la Corte Suprema de Estados Unidos comenzó a adoptar mayor deferencia a otras ramas de gobierno en sus decisiones, y optó por un análisis de racionalidad.[36]

---

[29] No obstante, algunos académicos identifican un panorama más complejo con el uso de escrutinios intermedios como un análisis de racionalidad más exigente (conocido como *rational basis review with a bite*). Véase Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, "All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing", *Emory Law Journal,* vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 798, n. 8.
[30] White, G. Edward, "Historicizing Judicial Scrutiny", *South Carolina Review*, núm. 57, 2005, pp. 55-57.
[31] Fallon, Richard, "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, núm. 54, p. 1267, 2007, p. 1285.
[32] *Ibid.*, p. 1286.
[33] White, G. E., *op. cit.,* pp. 54-55.
[34] Ibid., p. 57.
[35] Ibid., p. 64.
[36] White, G. E., *op. cit.,* p. 65; Fallon, R., *op. cit.*, p. 1287; Stone Sweet, A. y Mathews, J., "All Things in Proportion?", *op. cit.*, p. 825.

Pese a lo anterior, la Corte Suprema de Estados Unidos fue cautelosa de no expandir esta deferencia a todos sus casos. Al resolver *United States v. Carolene Products Co.*, mencionó en una nota al pie que los derechos contenidos en la Carta de Derechos de Estados Unidos, los necesarios para la operación de los procesos políticos y los derechos de las minorías a no ser discriminados podrían activar un escrutinio judicial más exigente.[37] Ese estándar más exigente se convertiría en el escrutinio estricto.

Tradicionalmente se ha pensado que el escrutinio estricto de la Corte Suprema de Estados Unidos surgió de la resolución de casos relacionados con la cláusula de protección igualitaria. Así, se mencionan *Skinner v. Oklahoma* o *Korematsu v. United States*, como los casos en los que quedó establecido el escrutinio estricto.[38] No obstante, los orígenes de éste pueden remontarse en realidad a casos relacionados con la Primera Enmienda.[39] En otras palabras, el origen del escrutinio estricto puede trazarse en distintos casos relacionados con la libertad de expresión, asociación, prensa y religión. No obstante, más que un origen claro en un caso o doctrina específica, el escrutinio estricto parece haber evolucionado de modo simultáneamente mediante la resolución de este tipo de casos.[40] Después, tras migrar a los de discriminación, el escrutinio estricto ha sido utilizado en la resolución de casos que incorporan categorías sospechosas.[41]

Finalmente, la Corte Suprema de Estados Unidos ha distinguido algunos casos sobre discriminación en los cuales utiliza un escrutinio intermedio. El uso del escrutinio intermedio deriva de la tensión entre los ministros que se rehusaban a aplicar el escrutinio simple y quienes proponían el

---

[37] Fallon, R., *op. cit.,* p. 1288; y *United States v. Carolene Prods*. Co., 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).
[38] Stone Sweet, A. y Mathews, J., "All Things in Proportion?", *op. cit*., pp. 826-827; Fallon, R., *op. cit.,* p. 1281.
[39] Stone Sweet, A. y Mathews, J., "All Things in Proportion?", *op. cit*., pp. 826-827; Siegel, Stephen A., "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *American Journal of Legal History,* vol. 48, núm. 4, 2006, p. 364.
[40] Fallon, R., *op. cit.,* p. 1275.
[41] Stone Sweet, A. y Mathews, J., "All Things in Proportion?", *op. cit*., p. 835; Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015, p. 1092.

escrutinio estricto para analizar los de discriminación por género.[42] Formalmente, el primer caso en el cual se utilizó el escrutinio intermedio es *Craig v. Boren*, aunque posteriormente se ha utilizado para otros que involucran discriminación de menores producto de uniones no maritales.[43]

Así, el análisis que realiza la Corte Suprema de Estados Unidos se divide en tres escrutinios, dependiendo del tipo de caso: escrutinio ordinario, intermedio o estricto. En casos de discriminación,[44] ha utilizado el escrutinio estricto para analizar medidas que distinguen raza, origen nacional o condición de extranjero.[45] El escrutinio intermedio, como se mencionó, se utiliza en casos que distinguen por género o por el nacimiento fuera del matrimonio.[46] Finalmente, el escrutinio ordinario se utiliza en casos que no merecen ninguno de los más exigentes.[47] A continuación, se hará un breve recuento de la aplicación de los tres escrutinios.

El grado más deferente de análisis es el escrutinio ordinario o *rational basis review.* Con éste, una medida legislativa debe estar relacionada de modo racional con un fin legítimo.[48] Así, el primer paso examina la legitimidad del fin que persigue la medida. Un fin legítimo es aquel que un gobierno puede perseguir legalmente.[49] El segundo paso examina que la medida persiga de forma razonable el fin pretendido; es decir, que esté encaminada en algún grado a la consecución del objetivo planteado.[50]

El escrutinio intermedio, como se mencionó, fue la última parte que se desarrolló del análisis escalonado. En este tipo de casos, la medida legis-

---

[42] Stone Sweet, A. y Mathews, J., "All Things in Proportion?", *op. cit*., p. 850.
[43] Chemerinsky, E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, *op. cit.,* p. 992.
[44] Vale la pena recordar que los distintos niveles de escrutinio se pueden aplicar a otras áreas del derecho. En este trabajo me enfoco en específico en su aplicación en casos de discriminación, por lo que no se elaborará acerca de otras áreas.
[45] Chemerinsky, E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, *op. cit*., p. 992.
[46] Idem
[47] Idem
[48] Chemerinsky, Erwin, "The Rational Basis Test is Constitutional (and Desirable)", *Geo JL & Pub Po'y,* vol. 14, núm. 401, 2016, p. 402.
[49] Idem
[50] Chemerinsky, E., "The Rational Basis Test is Constitutional"... *op. cit*., p. 402; Fallon, R., *op. cit.,* pp. 1273-1274.

lativa analizada debe acreditar estar relacionada de forma sustancial con un fin importante.[51] Así, en este grado de escrutinio no basta con acreditar un interés legítimo, sino que se debe demostrar que el fin que persigue la medida es importante.[52] De modo adicional, la medida no puede sólo estar encaminada en algún grado a conseguir el fin importante, sino que debe estar relacionada de forma sustancial. Un aspecto importante es que este nivel de escrutinio impone la carga de justificar la medida en el Estado.[53]

Finalmente, el escrutinio estricto es el estándar más exigente que se puede aplicar a una norma. Tradicionalmente, se ha dicho que este nivel es estricto en teoría pero fatal en los hechos,[54] esto debido a la dificultad que enfrenta una norma para superarlo. Al hacer un análisis con el escrutinio estricto, el tribunal verificará que la medida analizada esté estrechamente vinculada con un fin imperioso del Estado y qué ésta sea la menos restrictiva para conseguir el objetivo que se propone.[55] Fallon señala que el interés imperioso tiene mayor peso, urgencia y es más raro que el interés importante que bastaría para aprobar el escrutinio intermedio.[56] Asimismo, que la relación entre medios y fines sea estrecha es aun más exigente que el requisito del escrutinio intermedio de que la medida esté sustancialmente relacionada con el fin.[57] Fallon señala en este punto que la sobreinclusividad o la subinclusividad de la medida inciden de forma importante en la invalidez de ésta cuando se analiza con el escrutinio estricto.[58] Finalmente, el requisito de que la medida sea

---

[51] Chemerinsky, E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, *op. cit.*, pp. 790-791.
[52] *Ibid.*, pp. 790-791.
[53] Véase United States v. Virginia 518 U.S. 515, 533 (1995).
[54] Gunther, Gerald, "The Supreme Court, 1971 Term-foreword: In Search of Evolving Doctrine On a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Re*view, vol. 8, núm. 1, 1972.
[55] Chemerinsky, E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, *op. cit.*, pp.791-792; Fallon, R., *op. cit.,* pp. 1273 y 1326-1334.
[56] Fallon, R., *op. cit.,* p. 1273.
[57] Ibid., p. 1274.
[58] Fallon, R., *op. cit.,* p. 1327-1329. Sobre este punto, parece que la sub o sobreinclusividad de una norma podría derivar en su invalidez bajo cualquiera de los escrutinios siempre que ésta sea de tal gravedad que impida que la norma cumpla con el grado de vinculación entre medios y fines que el

la menos restrictiva para conseguir el fin perseguido es un elemento que no está presente en los otros escrutinios. La medida será la menos restrictiva en tanto no exista otra que cumpla igualmente con el fin perseguido restringiendo en menor grado los derechos afectados.[59]

Hasta el momento he delineado la estructura básica del sistema escalonado de escrutinios; sin embargo, la práctica de los tribunales estadounidenses suele ser más compleja. Así, por ejemplo, Fallon ha documentado al menos tres usos distintos que se han dado al escrutinio estricto, y concluye que el uso depende del juez que lo aplica.[60] Observaciones similares pueden hacerse a los demás escrutinios. Como se mencionó, algunos académicos han notado que la aplicación del escrutinio ordinario puede hacerse con mayor o menor deferencia, y llaman a la versión menos deferente "*rational basis review with a bite*".[61] *Esto también ha sido señalado en el uso del escrutinio intermedio.*[62] *En otros casos, la Corte Suprema de Estados Unidos se ha separado de la estructura escalonada antes mencionada, optando en su lugar por otros estándares. Por ejemplo, en los casos de aborto, la Corte sostuvo que las medidas legislativas no podían imponer requisitos excesivos a las mujeres que buscaban terminar un embarazo.*[63]

3. Metodología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano encargado de solucionar las disputas derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que México es parte. La jurisprudencia de la

escrutinio en cuestión exige. En ese sentido, la observación de Fallon cobra relevancia en la medida en la que el escrutinio estricto es el menos tolerante hacia normas sub o sobreinclusivas. De hecho, el propio autor afirma en el pasaje aludido que estos fenómenos no necesariamente derivan en la invalidez de la norma.

[59] Ibid, p. 1326.

[60] Ibid, pp. 1302-1312 y 1315.

[61] Chemerinsky, E., *Constitutional Law: Principles and Policies*, *op. cit.*, p. 792.

[62] Ibid, p. 792.

[63] Ibid, p. 792; y US Court, *Casey v. Planned Parenthood*, 505 U.S. 833 (1992).

Corte Interamericana es vinculante para México, por lo cual tiene un impacto importante en cómo resuelven casos los jueces mexicanos.[64] Así, dada la influencia de ese tribunal en México, es relevante estudiar la forma en la cual resuelve casos de discriminación. La Corte Interamericana ha desarrollado una metodología propia que refleja la combinación de los métodos utilizados en Estados Unidos y Europa. Lo anterior es algo que, como se verá más adelante, es recurrente en los tribunales de la región.

En sus primeros casos de discriminación, la Corte Interamericana retomó los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, al emitir la Opinión Consultiva OC-4 /84 sobre la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, citó el caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica para sostener que una distinción es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable.[65] Posteriormente, el pronunciamiento fue complementado también tras acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[66] Así, la Corte Interamericana ha explicado que una distinción carece de justificación objetiva y razonable cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.[67]

---

[64] Véase la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
[65] Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, parr. 56.
[66] En el caso Norin Catriman vs. Chile se puede ver a la Corte IDH acudiendo al TEDH para retomar este criterio. Véase Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, pie de página 212.
[67] Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, pie de página 212; Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, parr. 66; Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, parr. 219.

Adicionalmente, con el paso de los años, la Corte Interamericana ha comenzado a analizar casos de discriminación bajo un escrutinio estricto cuando la distinción impugnada incorpora alguno de los rasgos que señala el artículo 1.1[68] de la Convención Americana de Derechos Humanos.[69] En esos casos, la Corte analizará primero si la distinción persigue un fin convencionalmente imperioso. De ser así, buscará si es adecuada, efectivamente conducente y necesaria. Finalmente, analizará la proporcionalidad en sentido estricto de la medida.[70]

La práctica de la Corte Interamericana también es compleja y, aunque no es el propósito de este artículo hacer un estudio minucioso de cómo aplica sus metodologías de adjudicación, vale la pena mencionar algunos de sus aspectos centrales. En ese sentido, al analizar algunos de sus casos es posible ver que no suele elaborar sobre lo que implica cada paso o grada de su metodología y, en ocasiones, incluso se ha apartado de ésta.

La Corte ha reiterado en numerosas ocasiones que una distinción es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable, lo que implica que la medida no tenga un fin legítimo y que no exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.[71] No obstante, en muy pocas ocasiones se ha ocupado de qué implica que una distinción tenga una finalidad legítima o el significado y forma de evaluar si existe una relación razonable de proporcionalidad.[72] Lo anterior no es menor si se tiene en cuenta que este último

---

[68] "**Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[69] Dulitzky, Ariel E., "El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros en la jurisprudencia interamericana", *Anuario Interamericano de Derechos Humanos,* núm. 15, 2007, p. 20.

[70] Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso *I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, parr. 241.

[71] *Supra* notas 66 y 67.

[72] Véase Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, parrs. 219-229: Corte IDH. Caso

requisito parece mezclar elementos de la grada de idoneidad y de la de proporcionalidad en sentido estricto del test de proporcionalidad tradicional.[73]

Por un lado, cuando la Corte se ha aventurado a elaborar acerca de la forma de aplicación del escrutinio ordinario, lo ha hecho de forma breve y sin entrar en muchos detalles. Por ejemplo, en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, analizó la sentencia TC/0168/13 y concluyó que la argumentación era insuficiente para dilucidar el fin perseguido por la distinción entre hijos de padres extranjeros e hijos de padres extranjeros con situación migratoria irregular, para efectos de obtener la nacionalidad dominicana.[74] Al no poder discernir la finalidad detrás de la distinción, la Corte concluyó que tampoco era posible "apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de la misma".[75] Pese a que esto es todo lo que señala la Corte, parece que el escrutinio ordinario que aplican en este caso se compone de las gradas de finalidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto del test de proporcionalidad analizado antes.

Adicionalmente, en la opinión consultiva OC-4/84 sobre la propuesta de modificación de la Constitución de Costa Rica en relación con la naturalización la Corte expresó:

> 57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas.

Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 200-230.

[73] Acerca del uso de este fraseo en la jurisprudencia colombiana, véase Conesa, Luisa, "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad", *UNED Revista de Derecho Político*, núm. 77, 2010, p 361.

[74] Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, parr. 317.

[75] Ibidem.

> De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.
>
> 58. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.[76]

Pese a que el pronunciamiento es un poco más extenso, difícilmente clarifica la forma en la cual se aplica el escrutinio ordinario.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha señalado que aplicar el escrutinio estricto implica analizar si la distinción persigue un fin convencionalmente imperioso; si es adecuada, efectivamente conducente y necesaria, y si existe una relación de proporcionalidad entre medios y fines.[77] Al respecto, ha hecho algunos pronunciamientos en los que se puede apreciar de mejor forma su aplicación.

---

[76] Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 57 y 58.
[77] *Supra* notas 68-69.

Por ejemplo, al resolver el caso Duque vs. Colombia,[78] reiteró la metodología que he llamado escrutinio ordinario, pero añadió que el caso incorporaba una de las categorías del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que "la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva".[79] Después de precisar esto, la Corte concluyó que Colombia no había dado una explicación de la necesidad social imperiosa ni de por qué el hecho de recurrir a esa distinción era el único método para alcanzarla.[80] Pese a que es un pronunciamiento breve, permite ver que el requisito de necesidad se entiende en términos similares a los planteados al analizar el test de proporcionalidad.

Otro ejemplo que vale la pena retomar es el de *I. V. v. Bolivia*, en el cual la Corte se pronunció sobre la esterilización de una mujer sin su consentimiento informado ante las posibles complicaciones que un futuro embarazo le causaría, según las autoridades estatales.[81] Al resolver, la Corte estimó que la medida perseguía un fin legítimo e imperioso "en tanto era idónea para proteger su salud y eventualmente su vida", pero no era estrictamente necesaria, dado que había medidas alternativas menos lesivas a sus derechos.[82] En este caso, la Corte fue más clara en la aplicación del escrutinio estricto. Así, la tutela de un derecho de la convención es suficiente para acreditar un fin imperioso. En relación con la adecuación de la medida, el caso muestra que la Corte tuvo por cumplido este requisito en tanto la privación de la posibilidad de embarazarse estaba totalmente encaminada a cumplir con el fin perseguido (la salud y la

[78] En este caso, la Corte Interamericana se pronunció sobre diversas disposiciones de Colombia que impedían el reconocimiento legal de la pensión por viudez a parejas del mismo sexo.
[79] Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, parr. 106.
[80] *Ibidem.*
[81] Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
[82] *Ibidem,* parr. 245.

vida). Finalmente, la Corte evidenció algunas medidas menos lesivas, aunque sin pronunciarse sobre el grado de satisfacción del fin perseguido de éstas, y reconoció la violación a los derechos de I. V.[83]

En síntesis, aunque la Corte ha sido relativamente consistente en las metodologías que utiliza para resolver casos de discriminación, no ha desarrollado de forma clara y coherente lo que implica cada una de las gradas o requisitos de los escrutinios que utiliza.

4. La propuesta integrada de la Corte Constitucional de Colombia

La última experiencia comparada que revisaré antes de pasar al caso mexicano es la de la Corte Constitucional de Colombia. La práctica de esta Corte se destaca por el desarrollo que ha hecho de una propuesta integrada del juicio de igualdad, la cual incorpora elementos del test de proporcionalidad y de los escrutinios norteamericanos. También ha utilizado el test de proporcionalidad y los escrutinios por separado. En ese sentido, se han identificado tres metodologías distintas en su práctica.[84] En este trabajo me centraré en la propuesta integrada a fin de no ser repetitivo, dado que ésta toma elementos de las dos anteriores.

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido en su jurisprudencia los tres niveles de escrutinio: ordinario, intermedio y estricto. Aplica el ordinario de forma similar a la estadounidense al resolver asuntos que involucran mayor deferencia al legislador, como las cuestiones económicas, y sólo revisa la legitimidad del objetivo detrás de la distinción y si ésta es potencialmente adecuada para alcanzarlo.[85] En casos que impliquen acciones afirmativas o el uso de "categorías semisospechosas" utiliza

[83] *Ibidem* 245-246.
[84] Bernal Pulido, Carlos, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", en Vega Gomez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 57; Conesa, L., *op. cit.,* pp. 364-365.
[85] Corte Constitucional de Colombia, C-63-18, parr. 53.1; Conesa (2010, p. 364).

el escrutinio intermedio,[86] éste implica verificar que la distinción persiga un fin importante y la relación de idoneidad sea sustantiva.[87] Finalmente, emplea el escrutinio estricto frente a casos en los que están implicados los "criterios sospechosos" que enuncia la Constitución colombiana, en los que se restringen derechos fundamentales y en los que están involucradas minorías en condiciones de vulnerabilidad.[88] Al aplicar el escrutinio estricto, la Corte analiza que la distinción persiga un fin legítimo, importante e imperioso, que el medio elegido sea adecuado y necesario y la proporcionalidad en sentido estricto.[89]

5. Conclusiones preliminares

Como se puede ver hasta el momento, los tribunales estudiados coinciden, al menos de modo superficial, en el empleo de metodologías para adjudicar en casos de discriminación. En otras palabras, estos tribunales coinciden en recurrir al test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio o una mezcla de ambas. Las complicaciones derivan de lo que cada Corte entiende que exige cada grada o requisito de la metodología que ha seleccionado. Así, es posible notar falta de claridad en la aplicación de las diversas metodologías, como en el caso de Estados Unidos con el escrutinio estricto. Por otro lado, también es posible identificar tribunales que no suelen desarrollar de forma clara las implicaciones de cada grada, como es el caso de la Corte Interamericana.

III. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en casos de discriminación

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado distintas metodologías para resolver casos de discriminación, las cuales están fuerte-

[86] Corte Constitucional de Colombia, C-063-18, parr. 53.3; Corte Constitucional Colombiana, T-360/02 parrs. 11-14.
[87] En algunas sentencias se dice que la medida debe ser "efectivamente conducente". Véase Corte Constitucional de Colombia, T-360/02 parr. 15; Corte Constitucional de Colombia, C 673-01 parr. 7.2.
[88] Conesa, L., *op. cit.,* p. 367.
[89] Corte Constitucional de Colombia, C-063-18, parr. 53.2; Conesa (2010, p. 367).

mente influenciadas por la práctica de los tribuales estudiados en la sección anterior. Para evidenciar lo anterior, basta con mirar algunos de los casos que se le han presentado.

Los primeros casos que mencionan alguna metodología involucraban temas fiscales, en concreto, casos de equidad tributaria.[90] Después, al resolver el amparo directo en revisión 988/2004 y al amparo en revisión 1629/2004, la SCJN retomó lo anterior, pero añadió elementos de la tradición estadounidense.[91] Por ejemplo, en el primero evaluó que las normas impugnadas: *1)* persiguieran una finalidad objetiva y constitucionalmente valida; *2)* constituyeran un medio adecuado o apto para alcanzar el fin propuesto, y *3)* existiera una relación de proporcionalidad entre medios y fines.[92] Además, la Corte consideró que tendría que evaluar de forma más cuidadosa las disposiciones emitidas por el legislador cuando éstas incluyeran los criterios contenidos en el tercer párrafo del artículo 1.[93] En dichos casos, dijo que evaluaría que la medida: *1)* persiguiera una finalidad constitucionalmente importante; *2)* estuviera directamente conectada con la consecución del objetivo antes señalado, y *3)* que existiera un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas en juego y no se detectaran alternativas menos gravosas capaces de cumplir con el fin perseguido.[94]

---

[90] Véase la tesis de jurisprudencia P./J. 41/97 EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS. De lo anterior derivan los siguientes elementos objetivos, que permiten delimitar al principio de equidad tributaria: *a)* no toda desigualdad de trato por la ley supone una violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que tal violación se configura únicamente si aquella desigualdad produce distinción entre situaciones tributarias que pueden considerarse iguales sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable; *b)* a iguales supuestos de hecho deben corresponder idénticas consecuencias jurídicas; *c)* no se prohíbe al legislador contemplar la desigualdad de trato, sino sólo en los casos en que resulta artificiosa o injustificada la distinción, y *d)* para que la diferenciación tributaria resulte acorde con las garantías de igualdad, las consecuencias jurídicas que resultan de la ley deben ser adecuadas y proporcionadas para conseguir el trato equitativo, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

[91] Conesa, L., *op. cit.,* p. 368.

[92] SCJN, Amparo Directo en Revisión 988/2004, resuelto en sesión de 2 de septiembre de 2004, pag. 19-20.

[93] Ibid. pág. 22.

[94] Ibid. pág. 24.

1. El test de proporcionalidad en casos de discriminación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Con el tiempo, la práctica de la Corte se ha hecho más compleja. Actualmente es posible encontrar manifestaciones aisladas del test de proporcionalidad y de los niveles de escrutinio, así como distintas combinaciones de ambos. Un ejemplo de los casos que utilizaron el test de proporcionalidad es el Amparo en Revisión 307/2007, en el que se analizaron ciertos artículos de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas, cuyas disposiciones preveían el retiro por inutilidad de militares con seropositividad al VIH.[95]

La Corte analizó las disposiciones impugnadas para determinar si la medida *a)* perseguía una finalidad constitucionalmente legítima; *b)* era adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; *c)* era necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo, y *d)* era razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debía ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justificaran la medida.[96] La Corte determinó que las medidas no eran adecuadas para cumplir con el fin que perseguían (la protección de los miembros de las fuerzas armadas y de terceros), pues se ha comprobado que los militares no son inútiles ni están incapacitados para ser parte del ejercito por el sólo hecho de tener seropositividad a los anticuerpos contra el VIH.[97]

Otro caso que puede ejemplificar esta tendencia es el Amparo Directo en Revisión 652/2015.[98] En éste, la Corte analizó el tipo penal de feminicidio

[95] SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007.
[96] Ibid. pags. 70-71.
[97] Ibid. pags. 71-72.
[98] SCJN, Amparo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015.

previsto en el artículo 153-a[99] del Código Penal del Estado de Guanajuato. Para analizar si el artículo protegía de forma desigual a la mujer respecto del hombre,[100] la Corte analizó si la medida *a)* perseguía una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; *b)* era racional, es decir, si había una relación de instrumentalidad entre medios y fines, y *c)* cumplía con tener una relación de proporcionalidad, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho.[101] La Corte concluyó que la medida acreditaba todas las gradas del test de proporcionalidad propuesto.

Un último ejemplo para esta sección es el Amparo Directo en Revisión 4865/2018, en el que la Corte se pronunció sobre la validez de la conducta de una empresa en la que laboraban personas de la comunidad judía que pidió a un empleado que portaba un tatuaje con una esvástica que lo ocultara o borrara como condición para laborar en ésta, y al no hacerlo, lo despidió.[102] La Corte propuso analizar si esto había sido un acto discriminatorio al estudiar *a)* la legalidad y finalidad de la medida y *b)* la necesidad y proporcionalidad de ésta.[103] Tras hacer el análisis, la Corte concluyó que la empresa había actuado lícitamente.[104]

---

[99] "Artículo 153-a.- Habrá feminicidio cuando la víctima del homicidio sea mujer y la privación de la vida se cometa por razones de género, considerándose que existen éstas, cuando ocurra alguno de los siguientes supuestos en agravio de la víctima:
I.- Que haya sido incomunicada;
II.- Que haya sido violentada sexualmente;
III.- Que haya sido vejada;
IV.- Que se le hayan infligido lesiones o mutilaciones, infamantes o degradantes aún respecto del cadáver;
V.- Que haya existido amenazas, acoso, lesiones o violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar o cualquier otro que implique supra o subordinación del sujeto activo en contra de ella;
VI.- Que exista o haya existido con el activo relación íntima, de convivencia, de confianza, noviazgo, parentesco, matrimonio o concubinato; o
VII.- Que su cuerpo sea expuesto o arrojado en un lugar público.
Para los efectos de su punibilidad, el feminicidio será considerado como un homicidio calificado".
[100] SCJN, Amparo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, pags. 13-14.
[101] Ibid. 30.
[102] SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019.
[103] ADR 4865/2018, pág. 102-103.
[104] ADR 4865/2018, págs. 111-112.

Estos tres casos son ilustrativos por distintos motivos. Primero, en ninguno se reconoce la necesidad de aplicar un escrutinio estricto, pese a que el Amparo en Revisión 307/2007 y el Amparo Directo en Revisión 652/2015 involucran distinciones con base en los criterios prohibidos por el artículo 1o. de la Constitución, como son el género y las condiciones de salud.[105] Destaca en particular el primero debido a que la Corte reconoció de forma explícita que la prohibición de discriminar por condiciones de salud "constituye una regla constitucional precisa y concreta que deja al legislador un margen muy reducido de movilidad en cuanto a dicha exigencia".[106] Pese a esto, en el análisis de la Corte no se aprecia ningún elemento del escrutinio estricto descrito, por ejemplo, en el Amparo Directo en Revisión 988/2004. Por lo anterior, parece que la Corte se inclina por un análisis de proporcionalidad sin utilizar los niveles de escrutinio.

Segundo, estos casos también destacan por las variaciones con las que presentan el test de proporcionalidad. Si bien se podría decir que las tres sentencias aplican la misma metodología, la forma en la cual se presenta y aplica podría desmentir lo anterior. Así, vale la pena notar algunas de estas diferencias.

En relación con el análisis de la finalidad que persiguen, en el Amparo en Revisión 307/2007 es una medida constitucionalmente legítima, mientras que el Amparo en Revisión 652/2015 señala que ésta debe perseguir una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. Por su parte, el Amparo Directo en Revisión 4685/2018 habla de la legalidad y finalidad de la medida. El Amparo en Revisión 652/2015 no ahonda en la descripción de lo que se evalúa en la primera grada, se limita a tenerla por cumplida, dado que la medida (el tipo penal de feminicidio) persigue la tutela del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.[107]

---

[105] Para un análisis interesante sobre el uso de tatuajes y la prohibición de discriminar, véase Solanke, Iyiola, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Oxford, Portland, Oregón, Hart Publishing, 2017, pp. 187-206.
[106] SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, pag. 47.
[107] SCJN, Amparo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, parr. 84.

El Amparo Directo en Revisión 4685/2018 señala, al retomar la doctrina de libertad de expresión de la Corte Interamericana, que analizar la legalidad de una medida implica "que las condiciones y circunstancias generales que autorizan las restricciones a un derecho humano deben estar claramente establecidas en la ley, entendida esta tanto en su sentido formal como material".[108] Por su parte, para explicar el requisito de finalidad la Corte retoma los criterios derivado de la resolución de Amparo en Revisión 237/2014, y señala que implica la medida debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida.[109]

El Amparo en Revisión 307/2007 cita algunos criterios que podrían explicar de mejor forma lo que implicó la primera grada para la Corte en esta sentencia. Al referirse a la tesis Garantías individuales de la Quinta Época, la Corte enfatizó algunas porciones de ésta. Así, se remarca que el legislador "puede vedar el ejercicio de ciertas actividades, debe hacerlo en una forma racional y legítima, obligado por exigencias sociales de carácter urgente e inaplazable".[110] La Corte hace el mismo ejercicio con el criterio "igualdad criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional" de la Novena Época, remarcando que una "finalidad objetiva y constitucionalmente válida" se relaciona con avance "en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas".[111]

A mi juicio, existen diferencias relevantes en esta primera grada. Así, en el Amparo Directo en Revisión 4685/2018, la Corte toma criterios (legalidad) que derivan de casos de libertad de expresión del sistema interamericano y los mezcla con la doctrina de la Corte sobre el test de proporcionalidad (finalidad), que deriva en buena medida de los casos de libre desarrollo de la personalidad para aplicarlos a un caso que concibe como de discri-

[108] SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019, pag.104.
[109] ADR 4865/2018, pág. 104.
[110] SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, pág. 67.
[111] ADR 307/2007, pág. 68.

minación.[112] Cabe señalar que la Corte no justificó o explicó en ningún momento por qué el caso ameritaba el ejercicio de integración de metodologías distintas.

Lo anterior parece contrastar de forma importante con la primera grada explicada por el Amparo en Revisión 307/2007, en la medida en la que agrega un elemento foráneo (el análisis de legalidad). A su vez, al retomar criterios de distintas épocas, el Amparo en Revisión 307/2007 no es claro en si la primera grada implica que la medida debe perseguir "exigencias sociales de carácter urgente e inaplazable"[113] o simplemente "objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas".[114] El reconocimiento de que las normas analizadas tienen una finalidad legítima y que ésta es "garantizar la eficacia de las fuerzas armadas, así como la protección de la integridad de sus miembros y de terceras personas"[115] no dice cuál de los criterios anteriores sobre legitimidad retomó la Corte y considera que la eficacia de las fuerzas armadas acredita.

Finalmente, para el Amparo en Revisión 652/2015 una "finalidad objetiva y válida" se encuentra, al menos, en la tutela de un derecho fundamental como es el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. No obstante, la Corte no dilucida si objetiva y válida son lo mismo o qué implicaciones tiene cada uno de estos criterios.

Al describir la segunda grada del análisis que realiza en el Amparo en Revisión 307/2007, la Corte no detalla si adecuada, idónea y apta signi-

[112] Al respecto, también vale la pena notar que la Corte analiza, en la misma aplicación del test de proporcionalidad, el conflicto que las medidas tomadas por la empresa pudo tener en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en la libertad de expresión del empleado que fue despedido. Normalmente, esto implicaría dos tests distintos pues la medida podría ser válida en relación con un derecho, pero no en relación con otro. véase por ejemplo el amparo en revisión 163/2018.
[113] ADR 4865/2018, párr. 104.
[114] AR 307/2007, párr. 67.
[115] SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, pág. 71.

fican lo mismo para evaluar la relación de instrumentalidad entre medios y fines. Por su parte, en el Amparo Directo en Revisión 4685/2018, no ahonda en el análisis de la relación e instrumentalidad entre medio y fines. En efecto, al explicar el requisito de "finalidad", se limita a señalar que la medida debe lograr en algún modo la consecución de su fin propuesto.[116] Dicho criterio no es explicitado en el razonamiento de la Corte, pero se entiende por acreditado, en la medida en la que ésta pasa al análisis del resto de las gradas. Finalmente, en el Amparo Directo en Revisión 652/2015, tuvo por acreditada la segunda grada debido a que la norma impugnada dota de mecanismos y medidas de protección a la integridad personal de las mujeres cuando son agredidas.[117] Un aspecto que destaca es que existen casos en los que se incluye la grada de idoneidad o el análisis de la instrumentalidad entre medios y fines en la primera grada del test. El ejemplo de lo anterior es el Amparo Directo en Revisión 4685/2018.

La grada de necesidad, tercer paso del test de proporcionalidad, se refiere al estudio sobre la existencia de medidas menos restrictivas. Así, el primer punto que llama la atención es cómo el Amparo Directo en Revisión 652/2015 incluye la grada de necesidad en el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la cuarta grada del test.[118] Al estudiar dicha grada, la Corte no hace un estudio en términos de si existen medidas alternativas menos gravosas, se limita a hablar del análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

En esta etapa del estudio, el Amparo Directo en Revisión 4865/2018 reitera que la grada de necesidad implica la búsqueda de "medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental";[119] sin embargo, nuevamente retoma la doctrina de

[116] SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019, párr. 170.
[117] SCJN, Amparo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, párr. 89.
[118] AR 652/2015, pág. 66.
[119] SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019, párrs. 174 y 175.

la Corte Interamericana sobre limitaciones a la libertad de expresión al añadir que se debe evaluar si la medida analizada atiende a una necesidad social imperiosa que justifique la restricción de derechos.[120] En la aplicación, la Corte deja de lado el análisis de medidas alternativas y se concentra en estudiar si existe una necesidad social imperiosa detrás de la acción.[121] Lo anterior es importante, ya que implica que la Corte deja de lado el análisis sobre medidas que pudieran ser menos gravosas y lo sustituye por uno nuevo acerca de la justificación que subyace a las acciones tomadas por la empresa. Como se puede apreciar, esto último es virtualmente igual al estudio que se hace en la primera grada del test de proporcionalidad.

Al enunciar la metodología que aplica, el Amparo en Revisión 307/2007 hace algunas precisiones destacables. Como se mencionó, al explicar la grada de necesidad, la Corte señaló que ésta implica que la medida sea "suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo".[122] El lenguaje que utiliza la Corte para explicar la grada de necesidad es inusual, aunque al aplicarlo se puede apreciar que hacen un análisis de la existencia de medidas alternativas menos gravosas.[123]

Finalmente, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, el Amparo Directo en Revisión 4685/2018 explica la última grada del test de proporcionalidad en términos similares a los que he referido: el análisis del balance que existe entre el grado de satisfacción del fin perseguido y el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida examinada.[124] Al aplicarlo, la Corte entiende que la empresa estaba obli-

[120] ADR 4865/2018, párr. 175.
[121] ADR 4865/2018, párr. 179-180.
[122] SCJN, Amparo en Revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007, pág. 71.
[123] En el caso en concreto, la Corte señala el posible traslado a otras áreas a aquellos militares con seropositividad al VIH en lugar de su retito por inutilidad. Véase AR 307/2007, pág. 79.
[124] SCJN, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019, párr. 176.

gada a proteger el derecho a la no discriminación y que su actuación fue gradual, aunado a que la libertad de expresión[125] recibe un peso ordinario en las circunstancias concretas por no tratarse de un foro público.[126]

El Amparo Directo en Revisión 652/2015 explica que en esa etapa se debe sopesar la relación de medios y fines para determinar si se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución.[127] Esto implica hacer un juicio de la proporcionalidad que guarda la medida frente a la finalidad pretendida.[128] Al aplicarlo, la Corte explica que la norma que tipifica el feminicidio no es desproporcional, "pues tiende a equilibrar el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, entre hombres y mujeres".[129]

Por su parte, el Amparo en Revisión 307/2007 contrasta por analizar la "razonabilidad" de la medida en el último paso de la metodología que propone. La Corte señala que esto implica que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen la intervención.[130] Al aplicarlo, encuentra que las normas impugnadas lo incumplen, dado que no es posible justificar la equiparación entre inutilidad y enfermedad o, en el caso en concreto, con la seropositividad a los anticuerpos del VIH.[131]

Como se puede apreciar, en esta etapa de estudio el análisis que hizo la Corte en cada caso tiene variaciones importantes. Mientras el Amparo Directo en Revisión 4685/2018 hace un balance entre la incidencia de las accio-

[125] Cabe remarcar que la Corte hacía un análisis conjunto de la libertad de expresión y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero en este punto omite pronunciarse acerca del grado de incidencia en el segundo.
[126] ADR 4865/2018, párr. 182-183.
[127] SCJN, Amparo en Revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015, párr. 66.
[128] AR 652/2015, párr. 92.
[129] ADR 652/2015, párr. 96.
[130] AR 307/2007, pág. 71.
[131] AR 307/2007, pág 81.

nes de la empresa en los derechos de la persona con el tatuaje por un lado y el grado de satisfacción del fin que perseguían con estas acciones, el Amparo Directo en Revisión 652/2015 se pregunta si hay una afectación innecesaria o excesiva a otros derechos. La Corte dejan de lado el análisis de necesidad y no explica cómo determinar si hay una afectación excesiva, y la afirmación de que la medida tiende a equilibrar el ejercicio de derechos entre hombre y mujeres tampoco permite hacer conclusiones.

Que una medida afecte o no de manera excesiva otros derechos es un lenguaje muy similar al que utiliza el Amparo Directo en Revisión 4685/2018. No obstante, la razón toral que sostiene la proporcionalidad en sentido estricto en el Amparo Directo en Revisión 652/2015 (el que la medida tiende a equilibrar derechos) no parece ser un estudio sobre la incidencia en otros derechos que pudiera tener el tipo penal del feminicidio, sino un análisis de la justificación detrás de éste.

Finalmente, el Amparo en Revisión 307/2007 se distancia también del análisis que hace el Amparo directo en Revisión 4685/2018, en alusión al peso de las razones que justifican la medida. En este punto, la Corte habla de una distorsión en el concepto de inutilidad y la falta de razones que soporten la concepción de que un militar con seropositividad no puede continuar en el ejército en ningún ámbito.

El ejercicio anterior muestra la existencia de variaciones en la aplicación del test de proporcionalidad en casos de discriminación. Hay que recordar que ésta, junto con el análisis escalonado de escrutinios y las versiones que integran elementos de ambas, es una de tres grandes metodologías o escuelas que la Corte ha aplicado en su jurisprudencia. El hecho de que sea posible encontrar variaciones incluso en los casos que pretenden aplicar una misma metodología sugiere una importante fragmentación en la forma en la que se entienden éstas.

El test de proporcionalidad en casos de discriminación ante la SCJN			
Asunto	**Medida analizada**	**Pasos del test**	**Resultado**
AR 307/2007	Retiro "por inutilidad" de militares con seropositividad al VIH.	• Determinar si la medida perseguía una finalidad constitucionalmente legítima. • Determinar si la medida era adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar la finalidad perseguida. • Determinar si la medida era necesaria, es decir, que no implique una carga desmedida e injustificada. • Determinar si la medida era razonable, es decir, analizar que entre más intenso sea el limite que deriva e la medida, mayor sea la razón que lo justifica.	La medida no era adecuada para cumplir con el fin que perseguía.
ADR 652/2015	Tipo penal de feminicidio del Código Penal del Estado de Guanajuato	• Determinar si la medida perseguía una finalidad objetiva y constitucionalmente válida. • Determinar si la medida era racional, es decir, si había una relación de instrumentalidad entre medios y fines. • Relación de proporcionalidad y verificación de que no existiera una vía menos gravosa.	La medida acreditó el test.

ADR 4865/2018	Despido de trabajador de una empresa en la que laboraban personas de la comunidad judía que portaba un tatuaje en forma de esvástica.	• Legalidad y finalidad de la medida. • Necesidad y proporcionalidad.	La medida acreditó el test.

2. El uso de escrutinios en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En otros casos, la Suprema Corte ha utilizado el análisis escalonado de escrutinios de la Corte Suprema de Estados Unidos; por ejemplo, la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, en la cual se analizaron disposiciones de la Ley Nacional de Ejecución de Penas;[132] el Amparo Directo en Revisión 5267/2014, en el cual se analizó la agravante con respecto del homicidio de una mujer contenida en el Código Penal del Estado de Chihuahua;[133] el Amparo en Revisión 1002/2018, en el cual se estudió las distinciones realizadas por la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas para efectos de que los hijos de militares pudieran acceder a pensiones por supervivencia;[134] y el Amparo en Revisión 152/2013, en el cual se estudió la norma del Código Civil del Estado de Oaxaca que impedía el acceso al matrimonio a parejas del mismo sexo.[135]

A continuación, se discuten con mayor detalle, comenzando por los estudios que implicaron un escrutinio estricto. Después, se retoma el escrutinio ordinario. No obstante, a diferencia de los precedentes de la sección anterior, en estos casos se puede apreciar una variación mínima en la forma en la que se presenta la metodología seleccionada, por lo que sería

[132] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017
[133] SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016.
[134] SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019.
[135] SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014.

redundante hacerlo para todos los casos. En su lugar, se tratará de complementar con las precisiones que ha hecho la Corte en los otros casos y mediante el estudio de la aplicación de esta metodología.

La Acción de Inconstitucionalidad 61/2016 llevó a la Corte a estudiar distintas disposiciones de la Ley Nacional de Ejecución de Penas que fueron consideradas discriminatorias por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En ésta, el Tribunal Pleno planteó el estudio de las disposiciones utilizando como metodología el análisis escalonado de escrutinios. Por un lado, la Corte explicó que el escrutinio ordinario consistía "en establecer la legitimidad del fin, debiendo ser la medida, además, adecuada para alcanzar el fin buscado";[136] por otro lado, consideró que en los casos en los que una distinción utilizara una "categoría sospechosa" se debía emplear el escrutinio estricto. El primer paso de éste es examinar si la distinción cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.[137] La Corte ahondó y dijo que la medida debe perseguir la satisfacción o protección de un mandato de rango constitucional;[138] más adelante, señaló que el segundo paso del test implica revisar si la distinción está vinculada de forma estrecha o, en otras palabras, totalmente encaminada a la consecución de la finalidad constitucionalmente imperiosa.[139] Finalmente, la Corte señaló que el último paso del test implica analizar si la distinción legislativa es la menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa.[140]

En relación con la primera grada, la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016[141] y el amparo en revisión 152/2013[142] citan el Amparo Directo en Revisión 988/2004, al explicar qué es una finalidad constitucionalmente imperiosa. Se debe recordar que éste es uno de los primeros casos

[136] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, pág. 26.
[137] AI 61/2016, pág. 28.
[138] Ibidem
[139] Ibidem
[140] Ibidem
[141] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, pág. 28.
[142] SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, pág. 56.

que mezcla el uso de escrutinios con el test de proporcionalidad, por lo que es interesante que se haya retomado su concepción de los niveles de escrutinio sin el uso de la grada de proporcionalidad en sentido estricto. Una consecuencia más es que los casos mencionados retoman la idea de que una finalidad imperiosa es sinónimo de una finalidad importante.[143] Lo anterior es relevante si se recuerda que un fin constitucionalmente importante es el requisito examinado en los escrutinios intermedios de otros tribunales.[144] Esto podría generar problemas si la Corte adopta de forma explícita un escrutinio intermedio.

Al realizar el análisis de esta grada, la Corte ha entendido como finalidades imperiosas: la tutela del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia[145] y la protección de la organización y el desarrollo de la familia.[146] Un punto interesante puede apreciarse en la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, al estudiar el artículo 137, párrafo segundo, de la Ley Nacional de Ejecución de Penas, que permite al Estado cobrar a las personas en libertad condicional con recursos los costos de los dispositivos de rastreo y monitoreo. Lo anterior es una distinción por condición económica, por lo que se propuso un escrutinio estricto. En este caso, el proyecto original proponía la invalidez de la disposición al considerar que la medida no contaba con una finalidad constitucionalmente imperiosa, ya que el que los particulares tuvieran que contribuir al rediseño del sistema penitenciario por medio de estas aportaciones no tenía asidero constitucional.[147] La propuesta no alcanzó la votación calificada para declarar la invalidez, pero puede servir de ejemplo para mostrar fines que podrían no cumplir con la primera grada del escrutinio estricto.

Otro punto interesante en esta etapa del estudio ocurrió en la resolución del Amparo en Revisión 1002/2018. En este caso, la Segunda Sala de la

---

[143] SCJN, Amparo Directo en Revisión 988/2004, resuelto en sesión de 2 de septiembre de 2004, pág. 23.
[144] Chemerinsky, E., *Constitutional Law... op. cit.,* pp. 790-791.
[145] SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, párr. 40.
[146] SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, párr. 159.
[147] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, pág 34.

Corte concluyó que la finalidad de la medida era proporcionar prestaciones de seguridad social a los miembros de las fuerzas armadas y sus familias con criterios de igualdad entre hombres y mujeres.[148] No obstante, durante el estudio, la Segunda Sala señaló algunos objetivos que consideraba subyacían a esta finalidad como legitimar formas de dependencia económica que el Estado considera deseables[149] y la sostenibilidad del sistema de seguridad social.[150] Como se verá más adelante, la identificación de distintos fines subyacentes a la finalidad imperiosa que detectó la Corte puede hacer más complejo el estudio subsecuente del resto de las gradas del escrutinio estricto.

Al analizar la segunda grada en el Amparo Directo en Revisión 5267/2014, la Corte invalidó la norma que regulaba la agravante de homicidio cuando la víctima es mujer. La Corte consideró que la norma, por su redacción, no estaba directamente encaminada a cumplir con el fin que perseguía (el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia). Lo anterior en razón de que la medida era claramente sobreinclusiva al sancionar todo homicidio cuya víctima fuera mujer con el agravante que pretendía sancionar la violencia feminicida.[151] Así, la Primera Sala evidenció que la norma carecía de elementos que permitieran evidenciar que el homicidio fue cometido en razón de género.[152] En el caso del Amparo Revisión 152/2013, la Corte consideró que la definición de matrimonio contemplada en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca tampoco estaba directamente encaminada a proteger la organización y desarrollo de la familia como realidad social, ya que ésta vinculaba las preferencias sexuales de quienes pretendían acceder a esta figura, con la finalidad de procrear.[153]

---

[148] SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019, párr. 55.
[149] AR 1002/2018, p. 56.
[150] AR 1002/2018, p. 56.
[151] SCJN, Amparo Directo en Revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016, párr. 54.
[152] Para evidenciar con mayor claridad esto, la sentencia recurre al amparo directo en revisión 652/2015, en la que el tipo penal de feminicidio que analizó la Corte sí contaba con los elementos (p. 29).
[153] SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014, págs. 59-60.

Finalmente, en el Amparo Revisión 1002/2018 es destacable que la Corte sólo analiza "la adecuación" de la medida estudiada pese a haber identificado una finalidad constitucionalmente imperiosa;[154] adicionalmente, vale la pena notar que la Corte analiza cómo las medidas permiten evitar que personas mayores de edad con posibilidad de tener una vida económicamente productiva permanezcan fuera de la fuerza laboral y cómo propicia que las mujeres se incorporen a la fuerza de trabajo, ya que usualmente son relegadas a labores de cuidado.[155] Como se puede apreciar, la adecuación de la medida depende enteramente de los fines que, de acuerdo con la Corte, subyacen a la finalidad imperiosa que identificó y dejan de lado el estudio de si la medida está directamente encaminada a "dar seguridad social a los militares y sus familias". Lo anterior evidencia las complejidades que derivan de no precisar de forma adecuada la finalidad que persigue la medida impugnada, ya que la Corte toma razones detrás de distintos fines para justificar el cumplimiento de la segunda grada.

En la grada de necesidad, el Amparo en Revisión 1002/2018 precisó que ésta implica la revisión de "otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas afectan con menor intensidad el derecho fundamental afectado".[156]

Finalmente, la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016 presenta un ejemplo del uso del escrutinio ordinario. En el caso, se estudió el artículo 139 de la Ley Nacional de Ejecución de Penas que impedía que las personas en libertad condicional con un trabajo remunerado solicitaran la reducción de obligaciones en régimen de supervisión.[157] La Corte encontró que la norma pretendía incentivar la reinserción social, lo cual era una medida constitucionalmente válida.[158] No obstante, consideró que la medida no era adecuada para cumplir dicho fin, ya que exigía que los sentenciados

[154] SCJN, Amparo en Revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019, párr.41.
[155] AR 1002/2018, párr. 57.
[156] AR 1002/2018, párr. 30.
[157] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017, pág. 35.
[158] AI 61/2016, pág. 37.

se dedicaran exclusivamente a labores sociales, lo cual excluía a quienes necesitaban un trabajo remunerado para subsistir de modo digno.

Sería difícil estar en desacuerdo con el razonamiento de la Corte sobre los beneficios de extender la posibilidad a todas las personas en libertad condicional de reducir sus obligaciones mediante el trabajo social. No obstante, podría argumentarse que la medida, como estaba redactada, permitía la consecución del fin perseguido en algún grado y, en consecuencia, aprobaría el escrutinio ordinario. Esto permite evidenciar la razón por la cual en Estados Unidos se ha hablado de la existencia de un *rational basis review with a bite*. En efecto, hay casos en los que una corte puede aplicar con mayor rigor las gradas del escrutinio ordinario y, por lo tanto, generar, *de facto,* un nivel de escrutinio distinto al que pretenden aplicar.

En esta serie de casos se puede apreciar una comprensión más uniforme de el uso de los niveles de escrutinio. Pese a lo anterior, también se pueden apreciar algunas controversias en la aplicación de las distintas gradas. Asimismo, destaca la posibilidad de que un mismo escrutinio pueda aplicarse con mayor o menor grado de exigencia y genere un nivel de escrutinio distinto al que se aplica.

El uso de escrutinios en la SCJN			
Asunto	**Medida analizada**	**Pasos del test**	**Resultado**
AI 61/2016	Ley Nacional de Ejecución de Penas.	**Escrutinio estricto** • Finalidad constitucionalmente imperiosa. • Revisar si la medida está estrechamente vinculada a la consecución de la finalidad imperiosa. • Revisar si la medida es la menos restrictiva posible para conseguir la finalidad imperiosa.	Validez de algunas medidas e invalidez de otras.
ADR 5267/2014	Agravante del Código Penal del Estado de Chihuahua para homicidios de mujeres.		Invalidez de la agravante al no estar estrechamente encaminada a cumplir con el que perseguía (el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia).

AR 1002/2018	Acceso a pensiones por supervivencia previsto en la Ley de ISSFAM.	**Escrutinio ordinario** • Legitimidad del fin • Revisar idoneidad o adecuación de la medida con el fin perseguido.	Se reconoció la validez de la medida.
AR 152/2013	Prohibición contenida en el Código Civil del Estado de Oaxaca para matrimonio igualitario.		Se invalidó la prohibición al considerar que derivaba de una definición de matrimonio que no se encaminaba a proteger la organización de la familia como realidad social.

IV. Casos que utilizan metodologías mixtas

En el último grupo de casos que se analizarán en esta sección se verá cómo la Corte ha mezclado distintos elementos del test de proporcionalidad con los niveles de escrutinio. Estos casos no reflejan una misma metodología creada por la SCJN de modo intencional, como el juicio integrado de igualdad de la Corte Constitucional de Colombia, sino distintas concepciones de una misma metodología. Los casos son el Amparo en Revisión 619/2017[159] y el Amparo Directo en Revisión 83/2015.[160]

En el Amparo Directo en Revisión 83/2015 se impugnó la constitucionalidad del artículo 45 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, al considerar que hacía una distinción injustificada entre funcionarios federales y funcionarios de Ciudad de México en los plazos para interponer una demanda de nulidad.[161] En el caso no se aplicó

[159] SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión 29 de noviembre de 2017.
[160] SCJN, Amparo Directo en Revisión 83/2015, resuelto en sesión de 6 de abril de 2016.
[161] "**Artículo 45.** En todas las cuestiones relativas al procedimiento no previstas en esta Ley, así como en la apreciación de las pruebas, se observarán las disposiciones del Código Federal de

una metodología como tal, dado que la Primera Sala estimó que no existía un trato normativo distinto, sin embargo, antes de resolver hizo una exposición extensa de la forma en la que se debería aplicar el test de igualdad.

La Corte utilizó elementos del test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio para definir la metodología que utilizaría en el caso. Así, la Primera Sala reiteró que el escrutinio ordinario es procedente en casos en los que la distinción no descansa en los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional.[162] En esos casos, el test de proporcionalidad se realizará mediante el análisis de la legitimidad de la medida, su instrumentalidad y su proporcionalidad, sin que se exija al legislador que se realice por los "mejores medios imaginables".[163]

Además, la Corte señaló que se debe aplicar el escrutinio estricto en casos en los que se utilicen los criterios prohibidos antes mencionados o en los que impliquen una afectación central a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados internacionales.[164] Al aplicarlo, el juez constitucional debe realizar un test de proporcionalidad en el que estudie legitimidad, idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la medida.[165] La sentencia también advierte que

> Con independencia del grado de escrutinio que sea aplicable, el estudio sobre la proporcionalidad de la medida exige un análisis adicional para detectar si el acto o la norma estudiada es adecuada, en el sentido de que no tenga defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación. Esta etapa del escrutinio se ha llamado recientemente principio de razonabilidad, conforme al

Procedimientos Penales. Asimismo, se atenderán, en lo conducente, las del Código Penal". Véase amparo directo en revisión 83/2015, p. 14.

[162] ADR 83/2015, pág. 20-21.

[163] ADR 83/2015, pág. 21.

[164] ADR 83/2015, pág. 21.

[165] ADR 83/2015, pág. 21.

> cual se exige una relación lógica y proporcional entre los fines y los medios de una medida, por la cual pueda otorgársele legitimidad.[166]

Como se mencionó, la Corte no aplicó la metodología descrita anteriormente, al considerar que la norma analizada no realizaba ningún trato diferenciado y que el plazo impugnado, por sí solo, no afectaba el contenido de un derecho fundamental.[167] No obstante, la sola concepción de que así es cómo la Corte debe aplicar el análisis de igualdad de una norma hace que valga la pena retomar el asunto.

En primer lugar, se puede apreciar que el escrutinio ordinario retoma las gradas de legitimidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto del test de proporcionalidad. Para justificar lo anterior, la Corte retoma los criterios derivados del Amparo en Revisión 7/2009 y hace alusión a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos.[168] Así, cuando la SCJN señala que el escrutinio ordinario no implica el análisis del uso de los mejores medios imaginables se refiere a la grada de idoneidad. Pese a que lo anterior no se desprende de forma clara de la sentencia, es posible inferirlo, dado que así se sostuvo en el Amparo en Revisión 7/2009.[169] En éste, se advirtió que la grada de proporcionalidad también implica el análisis del sacrificio innecesario de otros bienes y derechos.[170] Lo anterior podría entenderse como si incorporara el análisis de la grada de necesidad al de proporcionalidad en sentido, sin embargo, esta grada se pregunta por medidas igualmente idóneas para cumplir el fin perseguido y que sean menos restrictivas. Por lo anterior, no es claro que ambas sentencias se refieran a ello. En ese sentido, la grada de necesidad quedaría excluida del análisis.

---

[166] ADR 83/2015, pág. 21.
[167] ADR 83/2015, pág. 26.
[168] ADR 83/2015, nota al pie 47.
[169] Véase tesis aislada P. VIII/2011, de rubro IGUALDAD. EN SU ESCRUTINIO ORDINARIO, EL LEGISLADOR NO TIENE LA OBLIGACIÓN DE USAR LOS MEJORES MEDIOS IMAGINABLES.
[170] Véase tesis aislada P. VIII/2011.

Segundo, de acuerdo con el Amparo Directo en Revisión 83/2015, el escrutinio estricto implica la aplicación del test de proporcionalidad en su totalidad: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Destaca que en este nivel de escrutinio la Corte alude de forma explícita a la grada de necesidad, lo que podría sugerir que no es parte del escrutinio ordinario. Asimismo, destaca que la sentencia habla de la "estricta proporcionalidad de la medida", lo cual sugiere una modulación en la exigencia de la Corte para cumplir con esa grada.

Pese a lo anterior, la sentencia no explicita si el resto de las gradas sufren alguna modulación derivada del escrutinio estricto. Esto es aún más llamativo si se tiene en cuenta que la sentencia cita la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos como fundamento del escrutinio estricto, incluso explica los requisitos que ha establecido *(compelling interest, narrowly tailored, least restrictive means)*.[171] Al mismo tiempo, para sumar a la explicación, la SCJNcita la tesis de jurisprudencia IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, que deriva del amparo directo en revisión 988/2004, mencionado en las secciones anteriores.[172] Si se revisa la tesis, se puede ver que no

[171] Véase la nota al pie 41 de la sentencia.

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

corresponde con lo que tradicionalmente se asocia con el escrutinio estricto. Pese a que la Corte introdujo los niveles de escrutinio en este caso, en la tesis que derivó del asunto sólo se hace una alusión a la existencia de un escrutinio estricto, pero no se reiteran las consideraciones de la sentencia sobre cómo aplicarlo. En suma, la Corte fundamenta un escrutinio estricto en dos fuentes que reflejan criterios distintos.

Un último punto que vale la pena abordar es la precisión que hace la sentencia sobre el principio de razonabilidad. La Corte advierte que se debe hacer un análisis adicional, con independencia del nivel de escrutinio, en el que se estudie la norma "en el sentido de que no tenga defectos de sobre inclusión o de infra inclusión, de los que derive una vulneración del principio de igualdad y no discriminación".[173] Este análisis coincide con la grada de idoneidad, como se vio en otros casos. Por lo anterior, es confuso que la Corte hable de este análisis como algo independiente y adicional al test de proporcionalidad.

El segundo ejemplo es el Amparo en Revisión 619/2017. En este caso se controvirtió la constitucionalidad de los criterios de ingreso al servicio de reproducción asistida del hospital 20 de noviembre por ser discriminatorios. Los criterios eran: *i)* edad límite de los pacientes (35 en el caso de la mujer y 55, del hombre); *ii)* que sean parejas constituidas legalmente; *iii)* que los pacientes no tengan ningún o un hijo; *iv)* que las parejas no tengan anomalías genéticas heredables a sus hijos y *v)* que los pacientes que presenten alguna enfermedad concomitante se realicen

---

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 con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, *porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.*" (Énfasis añadido).

[173] ADR 83/2015, pág. 21.

una consulta preconcepcional para evaluar el riesgo potencial del embarazo.[174]

Al abordar la metodología que utilizaría para evaluar los distintos agravios, la Corte reiteró el uso de los niveles de escrutinio y señaló que el ordinario implica: *1)* analizar si la restricción es constitucionalmente admisible; *2)* determinar si la medida es necesaria para asegurar la obtención del fin perseguido, y *3)* analizar si la medida es proporcional, es decir, si hay una correspondencia entre la importancia del fin perseguido y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos o intereses constitucionales.[175] Además, el escrutinio estricto implica: *1)* verificar si la medida cumple con una finalidad imperiosa, es decir, si persigue un objetivo constitucionalmente importante; *2)* si la medida está estrechamente vinculada a la consecución del fin perseguido, esto significa que ésta debe estar totalmente encaminada a cumplir con aquel, y *3)* si la distinción legislativa es la medida menos restrictiva posible para conseguir el fin perseguido.[176]

Como se puede apreciar, la sentencia también incorpora la grada de proporcionalidad en sentido estricto al escrutinio ordinario. Asimismo, la sentencia señala que la medida debe ser "necesaria" para alcanzar su fin, lo cual puede ser confuso al incorporar la terminología de la tercera grada (que no está presente en la formulación del escrutinio ordinario) al estudio que se realiza en la segunda grada de la adecuación de los medios utilizados para cumplir el fin perseguido. En contraste, el escrutinio estricto es muy similar al visto en otros asuntos.

En la aplicación de lo anterior se pueden notar algunos puntos que vale la pena mencionar. Al analizar el requisito de límite de edad con un escrutinio estricto, la Corte replica el problema analizado en la grada de fina-

[174] SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión 29 de noviembre de 2017. párr. 193.
[175] AR 619/2017, pág. 57.
[176] AR 619/2017, pág. 57.

lidad del Amparo en Revisión 1002/2018. La Corte primero identificando como finalidades detrás del requisito de edad elevar el éxito de los procesos de reproducción asistida y, en consecuencia, evitar afectaciones graves a la salud física o psíquica tanto de la mujer como de la posible descendencia;[177] Posteriormente, advierte que la finalidad de este requisito es la protección del derecho a la salud y, en consecuencia, ésta es una finalidad "legítima y, por ende, constitucionalmente ordenada".[178] No obstante, al momento de analizar la segunda grada del test, la sentencia concluye que la medida no está directamente encaminada a cumplir con el fin de tutelar el derecho a la salud, dado que éste engloba la salud reproductiva que se está negando a algunos a través del requisito.[179]

En abstracto, el pronunciamiento de la sentencia no es problemático. No obstante, surge la pregunta sobre los fines que identificó la Corte previo a hablar del derecho a la salud. La Corte no se pregunta explícitamente si el requisito de edad impuesto por los criterios del hospital se encamina totalmente a cumplir con los fines de elevar la probabilidad de éxito de los procesos de reproducción asistida o de prevenir daños a la mujer y la posible descendencia. Después, la Corte argumenta que la edad es uno de varios factores que juegan en esta determinación, por lo cual es fundamental realizar estudios previos a las pacientes.[180] En ese sentido, la Corte parece argumentar en dos niveles distintos el incumplimiento de la segunda grada del test, la falta de tutela del derecho a la salud y la ineficacia de utilizar la edad como indicador del éxito del proceso y de riesgos para las pacientes. Esto deriva de la identificación de diversos fines en la primera grada. No obstante, al concluir el estudio, la sentencia reitera que la razón por la que se invalida ese requisito es porque no está totalmente encaminado a tutelar el derecho a la salud, que incluye los servicios de reproducción asistida. Así, lo problemático es que la

[177] SCJN, Amparo en Revisión 619/2017, resuelto en sesión 29 de noviembre de 2017. párr. 211.
[178] AR 619/2017, párrs. 215-216.
[179] AR 619/2017, párrs. 221.
[180] AR 619/2017, párr. 224-225.

Corte parece entender estas series de argumentos como un solo análisis del mismo fin. Finalmente, los argumentos relacionados con la importancia de realizar estudios previos a las pacientes parecen encaminarse a sugerir que hay una medida menos restrictiva, propio del análisis de la tercera grada del test.

El análisis del tercer criterio del programa de reproducción asistida permite entender la concepción del escrutinio ordinario en la sentencia. El requisito analizado señalaba que el servicio de reproducción asistida debía brindarse a parejas que no tuvieran hijos o que sólo tuvieran uno. Al no estar involucrada una de las categorías señaladas en el artículo 1o. constitucional, la Corte aplicó el escrutinio ordinario. Así, la Corte advirtió que la finalidad detrás del requisito era el desarrollo de la familia, pues permitía ofrecer la posibilidad de fundar una familia y ejercer el derecho a la salud reproductiva a quienes no lo habían podido hacer o sólo lo habían logrado en una ocasión.[181]

De igual forma, el requisito cumple con la segunda grada del test debido a que es instrumentalmente adecuado para cumplir con el fin antes señalado. Esto, en la medida en la que, señala la sentencia, ese "requisito tiene como finalidad que aquellos pacientes que no hayan tenido hijos o que solamente hayan tenido uno, puedan tener acceso a las técnicas de reproducción asistida y así poder ejercer su derecho a fundar una familia, así como los derechos a la salud reproductiva y a la autonomía reproductiva".[182]

Finalmente, la medida es proporcional dado que no se genera un daño desproporcional o innecesario a las personas con más de dos hijos, pues éstas ya ejercieron sus derechos reproductivos en dos ocasiones o más.[183]

[181] AR 619/2017, párr. 259.
[182] AR 619/2017, párr. 260.
[183] AR 619/2017, párr. 263.

En ese sentido, la medida es la menos restrictiva, de acuerdo con la sentencia.[184]

Un primer punto que se puede destacar es que la sentencia reitera la justificación de la primera grada para tener por cumplida la segunda. En efecto, el análisis de idoneidad del requisito debería encaminarse a juzgar en qué medida la exclusión de personas con más de dos hijos permitía cumplir con el fin de permitir que quienes no tuvieran hijos o sólo tuvieran uno ejercieran este derecho. El resultado sería el mismo, probablemente. No obstante, no deja de ser una observación importante que la Corte no realizó *per se* el análisis que estableció al inicio del estudio de fondo de la sentencia.

Otro punto relevante es el análisis de proporcionalidad realizado. La Corte se centra en que uno de los grupos involucrados ya ejerció en dos ocasiones sus derechos reproductivos. No obstante, esto no habla, al menos de modo explícito, de la existencia de un balance entre la importancia del fin y los efectos perjudiciales en otros derechos e intereses. Nuevamente, el resultado quizá sería el mismo. Sin embargo, la forma en la que la Corte plantea la solución hace parecer que está desconectada del análisis del escrutinio ordinario que realiza. Esto ya que no se aborda la importancia del fin que persigue la medida, concentrándose sólo en la poca afectación que resentirían otros. Adicionalmente, hay que recordar que es usual en este análisis preguntar por un balance derivado del grado de incidencia en otros derechos en oposición, al grado de satisfacción del fin que persigue la medida. Es difícil equiparar la importancia de un fin al grado de satisfacción de ésta.

Finalmente, la sentencia hace alusión a que esta medida es la menos restrictiva. Lo anterior representa la incorporación del análisis de la grada de necesidad al de proporcionalidad en sentido estricto. Así, pese a que la sentencia no lo explicita, el escrutinio ordinario es la aplicación del

[184] Ibidem.

test de proporcionalidad, mientras que el escrutinio estricto retira la grada de proporcionalidad en sentido estricto y modula las gradas de legitimidad e idoneidad de la medida, y conserva el mismo nivel de exigencia para la grada de necesidad.

Metodologías mixtas			
Asunto	**Medida analizada**	**Pasos del test**	**Resultado**
AR 619/2017	Criterios de ingreso al servicio de reproducción asistida del Hospital "20 de noviembre".	**Escrutinio estricto** • Verificar si la medida tiene una finalidad constitucionalmente imperiosa. • Verificar si la medida está estrechamente vinculada a la consecución del fin perseguido. • Verificar si la distinción es la menos restrictiva para conseguir el fin perseguido. **Escrutinio ordinario** • Analizar si la restricción es constitucionalmente admisible. • Determinar si la medida es necesaria para asegurar la obtención del fin perseguido. • Analizar si la medida es proporcional, es decir, que exista correspondencia entre la importancia del fin perseguido y los efectos perjudiciales que tiene en otros derechos.	Se invalidan algunos de los criterios y otros no.

ADR 83/2015	Distinción en plazos para interponer demandas de nulidad entre funcionarios federales y locales.	**Escrutinio estricto** • Legitimidad • Idoneidad • Necesidad • Estricta proporcionalidad de la medida **Escrutinio ordinario** • Legitimidad de la medida • Instrumentalidad • Proporcionalidad • No se exigen al legislador los "mejores medios imaginables". *Añade estudio de "razonabilidad" independientemente del escrutinio.	No se encontró un trato normativo distinto.

V. Conclusiones generales del apartado

El análisis realizado a lo largo de este trabajo no está encaminado a mostrar de forma exhaustiva la prevalencia de una u otra metodología o que debe aplicarse alguna en específico. Esta revisión de algunos casos busca evidenciar diversos puntos. Primero, cuando la Corte habla del test de igualdad, del juicio de igualdad o del test de proporcionalidad (en casos de discriminación), no es evidente a qué se refiere, ya que no ha tenido una postura consistente de lo que implica esta metodología. Más bien, se está ante la existencia de una serie de metodologías distintas que han sido englobadas con el mismo nombre. El ejemplo paradigmático de lo anterior es la existencia de distintas metodologías que incorporan elementos del test de proporcionalidad y los niveles de escrutinio.

La razón más probable de lo anterior, de acuerdo con el razonamiento de Richard Fallon en su análisis del escrutinio estricto en la Corte Suprema

de Estados Unidos,[185] es que las múltiples metodologías se deben a las distintas concepciones que tienen los ministros de la SCJN del test de igualdad. No obstante, a diferencia del ejemplo de la Corte Suprema de Estados Unidos, podría argumentarse que, en nuestro caso, estas concepciones están aún más fragmentadas, dado que es posible apreciar el uso de distintas metodologías en una misma ponencia. Esto indica que hay concepciones distintas entre los secretarios de estudio y cuenta que se llegan a plasmar en las sentencias. Así, es difícil saber qué metodología se utilizará en cada caso o si se utilizará alguna.

En efecto, a lo anterior se debe agregar que existen pronunciamientos de la Corte sobre el uso de estas metodologías que generan incertidumbre acerca de los casos en los que se deben utilizar. En específico, la Segunda Sala ha generado jurisprudencia alrededor de la idea de que el juez, según sea su opinión, puede decidir qué herramienta utilizar para resolver cada caso. Esto es aplicable tanto al test de proporcionalidad como a los niveles de escrutinio o a otras figuras como la interpretación conforme.[186]

---

[185] Fallon, R. *op. cit.,* p. 1315.

[186] Véase la jurisprudencia TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL. Para verificar si algún derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte se ha transgredido, el juzgador puede emplear diversos métodos o herramientas argumentativas que lo ayuden a constatar si existe o no la violación alegada, y está facultado para decidir cuál es, en su opinión, el más adecuado para resolver el asunto sometido a su conocimiento a partir de la valoración de los siguientes factores, entre otros: *a)* el derecho o principio constitucional que se alegue violado; *b)* si la norma de que se trata constituye una limitación gradual en el ejercicio del derecho o si es una verdadera restricción o impedimento en su disfrute; *c)* el tipo de intereses que se encuentran en juego; *d)* la intensidad de la violación alegada, y e) la naturaleza jurídica y regulatoria de la norma jurídica impugnada. Entre los métodos más comunes para solucionar esas problemáticas se encuentra el test de proporcionalidad que, junto con la interpretación conforme, el escrutinio judicial y otros métodos interpretativos, constituyen herramientas igualmente útiles para dirimir la violación a derechos. En este sentido, esos métodos no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso, si ha existido o no la violación alegada. Sobre esas bases, los jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano.

Los métodos podrán "no ser un derecho fundamental", pero parte de lo que subyace a su uso es la idea de que todos los involucrados en un juicio sepan con base en qué criterio se va a tomar la decisión. Por lo anterior, tampoco es conveniente dejar totalmente a discreción del juez la decisión sobre si usar o no determinado método.

Se podría argumentar que basta ver cuál de las metodologías es jurisprudencia y cuál no. Sin embargo, ésta es una respuesta insuficiente a una pregunta equivocada. No basta con preguntar por el valor normativo de una u otra metodología, porque incluso si hubiera una jurisprudencia por parte del Pleno sobre alguna de éstas, la realidad es que se resuelven asuntos con distintas metodologías. En la práctica existe una concepción fragmentada y arraigada acerca de qué metodología es aplicable a los casos de discriminación y cómo se aplica. Así, la existencia de alguna tesis de jurisprudencia del tema en nada abonaría a la resolución

Un segundo punto que se deriva de este estudio es que incluso en los casos que utilizan una misma metodología es posible encontrar divergencias en la aplicación de los distintos pasos que las componen. En otras palabras, algunos de los casos analizados muestran diferencias en lo que significa cada grada de la metodología que aplican. Por ejemplo, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto de la primera serie de casos presentados.

Un tercer punto es que los casos que sólo retoman la experiencia de Estados Unidos son consistentes en reconocer un escrutinio ordinario y uno estricto. No obstante, las diferencias en la aplicación de éstos podrían sugerir la existencia de un escrutinio ordinario "reforzado", como evidenció la Acción de Inconstitucionalidad 61/2016. En este mismo sentido, la Corte ha resuelto asuntos como la Acción de Inconstitucionalidad 22/2016,[187] en la cual analizó la eliminación de la dispensa judicial para

[187] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, resuelta en sesión de 26 de marzo de 2019.

que menores de edad pudieran contraer matrimonio, contenida en el artículo 145 del Código Civil del Estado de Aguascalientes.[188]

Este caso involucraba una distinción con base en la edad, por lo que acarrearía el uso de un escrutinio estricto. No obstante, al analizar la regularidad de la norma la Corte señaló que bastaba responder dos preguntas: "¿La medida adoptada por el legislador cumple con una finalidad constitucional, convencional o de importancia para el Estado?" y, en caso de contar con ésta, "¿la reforma legislativa está vinculada con la finalidad que se persigue?".[189] Lo anterior evidencia que la Corte aplicó un test de razonabilidad a la norma sin abordar de modo frontal la razón para no usar el escrutinio estricto. A lo anterior subyace, probablemente, que el escrutinio estricto "es estricto en teoría, pero fatal en los hechos".[190] Así, este asunto podría mostrar el incipiente desarrollo de un test intermedio o al menos la noción en la Corte sobre la necesidad de contar con una válvula de escape para casos en los que no sería oportuno aplicar el escrutinio estricto por la lógica que subyace a la norma y las pocas probabilidades de que lo acrediten. A su vez, el caso sirve de ejemplo para evidenciar los problemas en torno al uso de la edad como "categoría sospechosa".

Finalmente, algo que no sugiere este texto es que esté mal utilizar las metodologías. Se podría cuestionar la utilidad de usarlas ante la variedad de problemas identificados en la práctica. No obstante, es necesario dejar claro que el uso de las metodologías es, a mi parecer, un gran avance por parte de la Suprema Corte de Justicia. El uso de éstas permite transparentar el razonamiento de la Corte y estructurar los argumentos que apoyan sus decisiones. El hecho de que se haga un análisis crítico de la práctica hasta el momento debe servir como una forma de identificar los

---

[188] "**Artículo 145.-** La edad mínima para contraer matrimonio será de 18 años". La porción eliminada añadía: "El Juez, puede conceder dispensa de edad por causas graves y justificadas, pero nunca se podrá dispensar a menores de catorce años."

[189] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, resuelta en sesión de 26 de marzo de 2019, pág 110.

[190] Supra nota 55.

problemas que tiene y corregirlos, más que como una propuesta de abandonar lo construido.

Tras lo anterior, resta examinar la práctica de la Corte al resolver casos de discriminación indirecta y acciones afirmativas. Como se verá, el volumen de estos casos es mucho menor y no existe una mezcla tan importante de metodologías de otros tribunales. Por esto, no se hará un estudio de derecho comparado. Primero me referiré a la discriminación indirecta y después a las acciones afirmativas.

VI. Discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta nace en *Griggs v. Duke Power Company*.[191] En éste, la Corte Suprema de Estados Unidos analizó el requisito que imponía una empresa de acreditar un examen de coeficiente intelectual o contar con un determinado grado de escolaridad para ser contratado o transferido a uno de sus departamentos con mejores sueldos, y concluyó que afectaba desproporcionadamente a la comunidad afroamericana.[192] La noción de discriminación indirecta plasmada en el caso emigró después a Reino Unido,[193] a partir de entonces, el concepto ha llegado a otros Estados, entre ellos, México. En esencia, la discriminación indirecta analiza el proceso mediante el cual una norma o práctica en apariencia neutral afecta de forma desproporcionada a un grupo protegido frente a otro y no aprueba un análisis de la justificación entre medios y fines perseguidos.[194]

Como se verá, la Suprema Corte lo ha entendido de forma similar. Entre los casos relevantes sobre discriminación indirecta en México están: 1) el Amparo en Revisión 1464/2013;[195] 2) el Amparo Directo 19/2004;[196]

[191] Khaitan, Tarunabh, "Indirect Discrimination", en Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018, p. 31.
[192] Ibidem
[193] Ibidem
[194] Ibidem
[195] SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013.
[196] SCJN, Amparo Directo 19/2004, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014.

3) la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014;[197] el 4) Amparo Directo en Revisión 1340/2015;[198] y 5) el Amparo Directo 9/2018.[199] A continuación, se desarrollarán estos asuntos brevemente.

El Amparo Directo en Revisión 1464/2013 es quizá uno de los primeros casos en los que se abordó un asunto desde la perspectiva de la discriminación indirecta. En éste, la Primera Sala analizó los argumentos de una mujer condenada por delitos contra la salud en su modalidad de posesión de psicotrópicos con fines de venta, quien alegó que no se le debía otorgar la misma pena que a su pareja, con quien había sido detenida, puesto que ella estaba en una condición de vulnerabilidad. La Primera Sala de la Corte reconoció la existencia de actos discriminatorios indirectos que podrían ocurrir cuando "la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello".[200] Pese a esto, la SCJN consideró que no había un acto de discriminación indirecta, en la medida en la que no existía evidencia de una relación de subordinación entre la mujer y su pareja para la comisión del delito ni de una situación de discriminación estructural.[201]

En el Amparo Directo 19/2014, la Primera Sala analizó una norma de la Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal que establecía un plazo para la duración de la obligación alimentaria distinto al del matrimonio y concubinato.[202] En este caso, la Corte determinó que la norma discriminaba tanto directa como indirectamente. Al hablar de la discri-

[197] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015.
[198] SCJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, resuelto en sesión de 7 de octubre de 2015.
[199] SCJN, Amparo Directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018.
[200] SCJN, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013, párr. 82.
[201] ADR 1464/2013, párr. 90 en adelante.
[202] El artículo 21 la ley establecía que la obligación de dar alimentos en caso de que fueran necesarios duraría como máximo la mitad del tiempo que duró la sociedad de convivencia, mientras que las disposiciones que regulan el matrimonio y el concubinato establecían como plazo el mismo tiempo que duró la relación.

minación indirecta, sostuvo que sus elementos son *1)* una norma, práctica o criterio aparentemente neutral, *2)* que afecta desproporcionadamente negativa a un grupo social y *3)* en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga.[203] Para justificar este trato, un demandado tendría que probar que la norma tiene una justificación objetiva y que persigue un fin necesario.[204]

La Corte consideró que la discriminación indirecta en este caso se sustentaba en que, de acuerdo con datos estadísticos, un número preponderante de sociedades de convivencia estaba compuesta por parejas del mismo sexo. Asimismo, originalmente, la sociedad de convivencia era la única figura a la que podían acceder las parejas del mismo sexo.[205] En relación con la justificación, la Corte se limitó a decir que las autoridades no habían mostrado que había factores objetivos que sustentaban el trato.[206]

Por su parte, en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, la Corte analizó la validez del impedimento para adoptar que establecía la Ley de Sociedades en Convivencia del Estado de Campeche a las parejas constituidas bajo esta figura. De forma similar al asunto anterior, la Corte encontró que existía discriminación directa por estado civil y discriminación indirecta por orientación sexual. Sobre esta última, la Corte reiteró que ocurre cuando una norma o práctica aparentemente neutra tiene como resultado un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica, sin que exista para esto una justificación objetiva y razonable.[207] Al aplicarlo al caso, la Corte advirtió la necesidad de hacer un análisis contextual de la norma, ya que esta era la única figura a la que podían acudir las parejas del mismo sexo en Campeche, por lo que se podía apreciar el impacto desproporcionado.[208]

---

[203] SCJN, Amparo Directo 19/2004, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014, párr. 94.
[204] AD 19/2004, párr. 101.
[205] SCJN, Amparo Directo 19/2004, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014, párr. 100.
[206] AD 19/2004, párr. 100.
[207] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015, párr. 72.
[208] AI 8/2014, párr. 86-91.

De igual forma, al preguntarse por su justificación, concluyó que la norma no aprobaba un escrutinio estricto al carecer de un "fin constitucionalmente válido".[209]

En el Amparo Directo en Revisión 1340/2015, la Primera Sala analizó el artículo 476 ter del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, mismo que limitaba la procedencia de la pensión alimenticia a casos en los que el acreedor se encontrara incapacitado para subsistir o careciera de bienes.[210] La Corte retomó las consideraciones del Amparo Directo 19/2014 sobre los elementos de la discriminación indirecta y la forma de desvirtuarla.[211] Al aplicarlo, confirmó que el artículo causaba un impacto desproporcionado en las mujeres, ya que no contemplaba la posibilidad de acceder a una pensión alimenticia por la situación de desventaja económica que deriva de encargarse de las labores del hogar.[212] La Corte utilizó datos estadísticos para probar que las mujeres son quienes se dedican a las labores del hogar, principalmente.[213] No obstante, no emprendió un análisis de la posible justificación de la norma, sólo hizo alusión a que el pronunciamiento del tribunal colegiado de conocimiento en el sentido de que la norma era "neutra" era insuficiente.[214]

El último caso es quizá el más importante. En el Amparo Directo 9/2018, la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, que servía de fundamento para excluir a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social.[215] En este caso, la Segunda Sala de la Corte entendió la discriminación indirecta ocurre

---

[209] La sentencia alude al fin constitucionalmente válido al hablar del escrutinio estricto y no a una finalidad constitucionalmente imperiosa. AI 8/2014, párrs. 94-95

[210] "**Artículo 476 Ter.** En los casos de divorcio, el Juez podrá decretar el pago de alimentos a favor del cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. Esta obligación cesará cuando el acreedor incapacitado […]".

[211] SCJN, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, resuelto en sesión de 7 de octubre de 2015, pág. 41 nota 31.

[212] ADR 1340/2015, págs 42-43.

[213] ADR 1340/2015, págs 42-43.

[214] ADR 1340/2015, págs 44-45.

[215] SCJN, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018, pág. 11.

cuando leyes, políticas o prácticas públicas o privadas neutras en apariencia perjudican de manera desproporcionada a un determinado grupo o clase de personas.[216] Al aplicarlo, la Corte utilizó datos estadísticos para determinar que el grupo de trabajadoras domésticas está compuesto principalmente por mujeres, por lo que la exclusión repercutía desproporcionadamente en ellas.[217] Posteriormente, analizó la justificación de la medida bajo un escrutinio estricto y concluyó que ésta no superaba un "escrutinio constitucional, respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad."[218] Específicamente, la Corte advirtió que la medida no tenía una justificación constitucional, es decir, no cumplía con la primera grada de la metodología anterior.[219]

De los casos anteriores es posible hacer algunas observaciones. Primero, los pronunciamientos sobre qué constituye discriminación indirecta son relativamente similares, aunque no particularmente elaborados. En todos está presente la noción de una práctica, norma o política aparentemente neutral que tiene un impacto desproporcionado sobre un grupo determinado. No obstante, algunos de los casos agregan características que vale la pena notar. Por ejemplo, la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 señala que efecto desproporcionado debe recaer sobre un grupo que enfrenta una desventaja histórica, aspecto que no es señalado en los demás casos, aunque todos involucran grupos vulnerables, como las mujeres o las personas homosexuales. Esta aclaración de la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 es congruente con la forma en la que se ha entendido la discriminación indirecta en derecho comparado.[220]

Segundo, hay un consenso importante en torno a la necesidad de probar empíricamente el efecto desproporcionado en el grupo, para lo cual es muy importante el uso de estadísticas. Así, las estadísticas sobre el por-

[216] AD 9/2018, pág. 33.
[217] AD 9/2018, pág. 34.
[218] AD 9/2018, pág. 35.
[219] AD 9/2018, pág. 35.
[220] Khaitan, T., *op. cit.,* p. 31.

centaje de trabajadoras domésticas que son mujeres, el número de sociedades de convivencia compuestas por parejas del mismo sexo o el número de mujeres que realizan doble jornada fueron fundamentales para encontrar un efecto desproporcionado derivado de las normas impugnadas en los casos estudiados. En ese mismo sentido, la Corte también ha hablado de la necesidad de hacer un análisis contextual de las normas que se impugnan por ser actos de discriminación indirecta. Por ejemplo, el hecho de que no haya obviado los obstáculos legales que enfrentaban las parejas del mismo sexo para unirse o que sólo la sociedad de convivencia impedía la adopción muestra el énfasis que se pone en contrastar la apariencia de neutralidad de la norma con los efectos que tiene en la realidad.

Tercero, el punto con mayor falta de consenso radica en la forma en la que se puede desvirtuar el caso o, en otras palabras, cómo justificar la distinción. Así, en el Amparo en Revisión 1464/2013 se menciona sólo que se debe probar una justificación objetiva. Por su parte, el Amparo Directo 19/2014 y el Amparo Directo en Revisión 1340/2015 exigen una justificación objetiva y la persecución de un fin necesario. A su vez, la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 menciona que las distinciones deben tener una justificación objetiva y razonable. Finalmente, el Amparo Directo 9/2018 exige que la distinción acredite las gradas de finalidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. A lo anterior hay que añadir que algunos casos como la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 y el propio Amparo Directo 9/2018 utilizan los niveles de escrutinio al evaluar la justificación de las distinciones impugnadas.

Como se puede apreciar, la justificación del trato discriminatorio es la cuestión con menos consenso en este tipo de casos. Esto puede derivarse de la propia falta de consenso que existe alrededor del test de igualdad o, en otras palabras, de la metodología apropiada para adjudicar casos de discriminación. Muchos de los aspectos que mencionan estos casos son elementos de las metodologías que se utilizan en casos de discriminación directa, evaluados en la sección anterior. De tal forma, es natural que los problemas que existen en los casos de discriminación directa se

manifiesten en los de discriminación indirecta si se trasladan las metodologías de adjudicación de los primeros a los segundos sin abordar los problemas mencionados en la sección anterior.

Cabe señalar que en otros tribunales la justificación se realiza de forma distinta. Por ejemplo, en *Griggs*, la Corte Suprema de Estados Unidos se preguntó si la práctica de exigir los exámenes impugnados estaba respaldada por una *business necessity,* y concluyó que había trabajadores contratados antes de la adopción del requisito impugnado que se desempeñaban de forma satisfactoria, por lo que éste no estaba justificado.[221] Lo anterior es consistente con la noción de un análisis de medios y fines, como se mencionó al inicio de esta sección.

VII. Acciones afirmativas

La última serie de casos que analizaré son aquellos en los que están involucradas acciones afirmativas. Una acción afirmativa es una política impulsada por el Estado que tiene como objeto revertir situaciones de segregación, subordinación o exclusión que enfrentan algunos grupos en relación con ciertas actividades.[222] Roberto Saba señala que es necesario cumplir con tres condiciones para justificar una acción afirmativa: *1)* que se acepte la existencia de un grupo como entidad individualizable; *2)* que existan y sean identificables cierto ámbitos relevantes para el desarrollo autónomo o ejercicio de los derechos de los miembros del grupo, y *3)* que el grupo mencionado haya sido excluido de dichos ámbitos por un tiempo considerable, de modo que su situación de sometimiento se perpetúe o cristalice.[223]

La Corte ha tenido oportunidad de desarrollar su concepción de las acciones afirmativas en algunos asuntos; entre estos, analizaré a continuación:

[221] US Court, *Griggs v. Duke Power Company* 401 US 424 (1971).
[222] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, México, Siglo XXI, 2016, pp. 132-133.
[223] Ibidem

1) la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010;[224] 2) el Amparo Directo en Revisión 466/2011;[225] 3) el Amparo en Revisión 203/2016;[226] y 4) el Amparo en Revisión 405/2019.[227] A continuación, se hará un breve estudio de estos casos.

Al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 acerca de las reformas que permitieron el matrimonio igualitario en Ciudad de México, la Corte señaló de modo tangencial que una acción afirmativa implica la implementación temporal de medidas especiales para eliminar la discriminación histórica en situaciones concretas hacia un grupo en situación vulnerable.[228] Además, señaló que, en dichos casos, se debía determinar la constitucionalidad de la medida mediante un análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de ésta.[229]

En el Amparo Directo 466/2011, el Pleno de la Corte analizó la constitucionalidad del plazo especial previsto en el artículo 217 de la Ley de Amparo abrogada, para la promoción del juicio amparo en materia agraria. En este asunto, la Corte retomó la concepción de acción afirmativa que estableció en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010.[230] En relación con la forma en la que se debe juzgar la constitucionalidad de una acción afirmativa, señaló que se debía verificar si ésta perseguía una finalidad constitucionalmente válida y si era adecuada para conseguir el fin identificado y la proporcionalidad de la medida.[231] La Corte fue enfática en que el análisis debía hacerse sin rigorismos, otorgando un gran margen de acción al legislador.[232]

---

[224] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de 16 de agosto de 2010.
[225] SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015.
[226] SCJN, Amparo en Revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2016.
[227] SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019.
[228] SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de 16 de agosto de 2010, párr. 223.
[229] AI 2/2010, párr. 223.
[230] SCJN, Amparo Directo en Revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015, págs. 72-73.
[231] ADR 466/2011, págs. 99-101.
[232] ADR 466/2011, pág. 72.

Por su parte, la Segunda Sala de la Corte pudo pronunciarse al resolver el Amparo en Revisión 203/2016. En el caso, analizó el mandato contendido en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de crear acciones afirmativas en favor de niñas y adolescentes. La Segunda Sala entendió las acciones afirmativas como medidas temporales que pretenden eliminar la discriminación histórica que sufren ciertos grupos.[233] Estas medidas serán constitucionales siempre que sean razonables y proporcionales.[234] Al aplicarlo al caso concreto, la Corte advirtió que no había como tal una acción afirmativa en la ley, sino un mandato de crearlas, por lo que bastaba con analizar la razonabilidad.[235]

Finalmente, en el Amparo en Revisión 405/2019, la Corte determinó que la media que disminuía los requisitos para que las mujeres accedieran a la pensión jubilatoria no era una acción afirmativa. El caso es relevante porque la Segunda Sala distinguió las acciones afirmativas de otro tipo de medidas que tienden a ampliar el reconocimiento de un derecho o a disminuir los requisitos para acceder al mismo.[236] Así, las acciones afirmativas constituyen medidas de carácter temporal destinadas a acelerar la participación de un grupo social desfavorecido, en condiciones de igualdad.[237] Por el contrario, las medidas de compensación constituyen acciones que parten del reconocimiento de la desigualdad que enfrentan ciertos grupos y tienden a disminuir el impacto negativo que las condiciones de desigualdad podrían tener en el ejercicio de un derecho.[238] Pese a lo anterior, la Segunda Sala optó por aplicar un test de razonabilidad para evaluar la distinción impugnada, tomó en cuenta que la intención de la norma era proteger o beneficiar a un grupo vulnerable.[239]

Como se puede apreciar, la muestra de casos entiende de forma similar el concepto de acción afirmativa. En todos es posible ver los elementos

[233] SCJN, Amparo en Revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2016, pág. 26.
[234] AR 203/2016, pág. 26.
[235] AR 203/2016, pág. 26.
[236] SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019, párr 66.
[237] AR 405/2019, pág. 69.
[238] AR 405/2019, pág. 72.
[239] AR 405/2019, pág. 82.

básicos de una medida temporal enfocada a subsanar la discriminación histórica o estructural que enfrenta un grupo vulnerable. El elemento temporal cobra relevancia dado que existen otras medidas, como las de compensación que identificó el Amparo en Revisión 405/2019.

Asimismo, hay una noción consistente en la Corte de que las acciones afirmativas no deben recibir el mismo trato que una medida que distingue con base en alguno de los criterios señalados en el artículo 1o. constitucional. Todos los casos estudiados hacen hincapié en la necesidad de reducir el escrutinio con el que se analizan este tipo de medidas.[240] Lo anterior, ya que éstas no pasarían un escrutinio estricto, al estar enfocadas directamente en dar un trato diferenciado a un grupo en particular. Incidentalmente, debe notarse que la forma de adjudicación que la Corte propone para acciones afirmativas sólo es posible si se ha adoptado el análisis escalonado de escrutinios. El consenso formado alrededor de su uso en estos casos sólo enfatiza el fenómeno estudiado en el apartado anterior y llama la atención a aquellos casos en los que no se han reconocido los escrutinios.

También se puede apreciar, aunque en menor medida, el uso de múltiples test o metodologías. El hecho de que se dé en menor medida se debe, principalmente, a la falta de casos sobre acciones afirmativas y a que, en los estudiados, la Corte no siempre ha llegado como tal al análisis de la

[240] Incluso, en los primeros casos que se incorporaron las metodologías, en materia fiscal, la Corte ya apuntaba esta distinción. Sirva de ejemplo la jurisprudencia de la Novena Época IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUZGADOR CONSTITUCIONAL DEBE ANALIZAR EL RESPETO A DICHA GARANTÍA CON MAYOR INTENSIDAD: "Estas prohibiciones de discriminación tienen como fin, y generalmente como medio, la paridad en el trato a los individuos cuya nota distintiva sea alguno de tales criterios, los que, por tanto, sólo en forma excepcional pueden utilizarse como elementos de diferenciación jurídica de trato, a menos que ésta constituya una acción afirmativa tendente a compensar la situación desventajosa en la que históricamente se han encontrado ciertos grupos. *Por tanto, tratándose de normas diferenciadoras que incidan en el goce de garantías individuales, así como en el caso de aquellas que descansen en alguno de los criterios enumerados en el tercer párrafo del indicado artículo 1o. y que no constituyan acciones afirmativas,* se impone la necesidad de usar, en el juicio de legitimidad constitucional, un canon mucho más estricto que implique rigor respecto a las exigencias materiales de la proporcionalidad, dado que en tales casos la propia Constitución impone una regla de tratamiento igual, que sólo admite excepciones cuando se busque satisfacer una finalidad constitucionalmente imperativa y exige medios estrechamente ajustados a esa finalidad" (Énfasis añadido).

medida. Tanto la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 como el Amparo en Revisión 203/2016 ejemplifican lo anterior. Ambos hablan de analizar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida sin hacer una mayor explicación de qué significa esto. Como se vio, en ocasiones la Corte incluye otras gradas o anális dentro de estos requisitos. Por lo anterior, es difícil juzgar el nivel de disparidad en el uso de metodologías que hacen estos casos. Con todo, se pueden hacer algunas observaciones. Por ejemplo, el Amparo en Revisión 203/2016, al hablar de razonabilidad, se concentra en la validez del fin y deja de lado la adecuación de la medida para cumplir con éste.

Por su parte, en el Amparo en Revisión 405/2019[241] la Corte tuvo un entendimiento de "razonabilidad" muy particular. La Corte concluyó que la distinción entre hombres y mujeres para efectos de obtener una pensión jubilatoria era razonable dado que el legislador contaba con libertad configurativa y estaba vinculado por el principio de igualdad, entendido como igualdad sustantiva.[242] Este análisis destaca dado que la sentencia parece identificar un fin válido en la igualdad sustantiva (pese a que lo frasea de forma atípica), pero no se pregunta si la medida es adecuada para cumplir con el fin. Así, aunque la Corte señala que la medida pretende remediar el impacto que la desigualdad social y discriminación social que tienen el monto de las pensiones de las mujeres, no emprende un análisis que muestre algún grado de consecución de ese fin por parte de la distinción realizada. Lo anterior es desafortunado, porque no permite ver el grado de adecuación entre medios y fines que la Corte consideró suficiente para validar la distinción, más que por la duda de que la medida se encamine a cumplir con su fin.

[241] La Corte concluyó que la medida analizada no era una acción afirmativa, sin embargo, que la distinción entre ésta y las medidas de compensación no es relevante para efectos de este estudio, pues ambas constituyen tratos diferenciados a grupos vulnerables que reciben un escrutinio menos exigente en virtud de que es deseable conseguir el objetivo que persiguen estas medidas.

[242] SCJN, Amparo en Revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019, párr.119. La alusión a la igualdad sustantiva se hizo para incorporar argumentos relacionados con la obligación del legislador de tomar medidas que disminuyan los requisitos para que las mujeres pueden ejercer sus derechos, partiendo de la situación de desigualdad que enfrentan la práctica.

Un último punto que llama la atención de todos estos casos es el uso de la grada de proporcionalidad. Esto es un elemento que tribunales como el de Colombia incorporan hasta el escrutinio estricto en el juicio integrado de igualdad y que las concepciones mexicanas que se basan exclusivamente en Estados Unidos no retoman en el escrutinio ordinario. No obstante, es algo que se puede apreciar en el grado de análisis más deferente de las sentencias que retoman tanto el test de proporcionalidad como los niveles de escrutinio. Esto genera la duda sobre si, en estos casos, la Corte aplica su grado de análisis más deferente (como sugerirían el grupo de casos que mezcla elementos de ambas tradiciones) o si añade la grada de proporcionalidad en sentido estricto para no reducir tanto el nivel de exigencia con el que analiza la medida (como podría inferirse al ver los otros casos, cuyo escrutinio ordinario es menos exigente que el de los casos de acciones afirmativas). Dada la falta de consenso en los elementos que incorpora cada escrutinio, es difícil hacer una determinación.

VIII. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hice un análisis de la forma en la que la Suprema Corte resuelve casos de discriminación. En específico, analicé las metodologías de adjudicación o test que usa la Corte cuando debe resolver casos de discriminación directa, indirecta y acciones afirmativas. Primero, hice un breve recuento de la experiencia comparada que ha influido en la forma que resuelven los tribunales mexicanos, mencioné el test de proporcionalidad, los niveles de escrutinio y la mezcla que hacen de éstos la Corte Interamericana y la Corte Constitucional de Colombia. Después, un análisis de casos para mostrar la práctica de la SCJN.

Este estudio identificó una falta de consenso importante en relación con lo que implica el test de igualdad. La Corte ha entendido la metodología que utiliza para resolver casos de discriminación directa de tres grandes formas. Primero, existen caso en los que ha aplicado el test de proporcionalidad sin hacer alusión a la existencia de niveles de escrutinio. Segundo, otra serie de casos utiliza los niveles de escrutinio, como los tribunales

en Estados Unidos, sin recurrir a la grada de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, un tercer grupo de casos mezcla elementos de los dos anteriores, principalmente, el uso de escrutinios y la grada de proporcionalidad en sentido estricto.

La falta de consenso que se ha generado sobre la metodología con la cual se debe abordar un caso de discriminación directa ha repercutido en los de discriminación indirecta y acciones afirmativas. La Corte acude al test de igualdad para evaluar la justificación de las medidas aparentemente neutras con efectos desproporcionados sobre ciertos grupos y de las medidas encaminadas a subsanar la discriminación histórica que sufren grupos vulnerables. Así, aunque hay una concepción más o menos clara, pero poco elaborada, sobre qué es la discriminación indirecta o qué es una acción afirmativa, hay poco consenso sobre la forma en la que la Corte evalúa la justificación y, en consecuencia, la validez de este tipo de distinciones.

Pese a lo anterior, un aspecto positivo es que la jurisprudencia de la Corte en discriminación indirecta y acciones afirmativas aún no es tan grande como la de discriminación directa. En ese sentido, este fenómeno no ha adquirido la misma dimensión que tiene en el primer grupo de casos. Así, la Corte se encuentra a tiempo de consensuar una metodología para casos de discriminación indirecta y acciones afirmativas sin tener que enfrentarse a una jurisprudencia tan ramificada y compleja como es la de discriminación directa.

Adicionalmente, los distintos casos analizados no sólo muestran falta de claridad en los componentes de la metodología o test de igualdad que usa la Corte. Se pueden apreciar también divergencias en la aplicación de las distintas manifestaciones o vertientes del test de igualdad. Así, los requisitos de cada grada del test han variado en su aplicación, pese a que la Corte suele utilizar terminología muy similar. En otras palabras, pese a que puede llamarle a una grada de su metodología de la misma forma, al aplicarla puede variar su significado.

Pese a que el uso de metodologías de adjudicación acarrea distintos problemas en su aplicación, no debe asumirse que es mejor no usarlas. El uso de estas metodologías tiende a transparentar las razones detrás de una resolución. En la medida en la que la Corte sea cada vez más consistente y clara en torno a cuándo y cómo se usa el test de igualdad, sus fallos se harán más predecibles. Esto, a su vez, incrementa la seguridad jurídica de las partes en un juicio y les permite anticipar una estrategia legal. Un primer paso para lograrlo implica que la discusión y definición de las metodologías se convierta en una parte toral de la discusión de los asuntos que decide la Corte.

Bibliografía

Barak, Aharon, *Constitutional Rights and their Limitations*, CUP, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana", en Juan Vega Gomez y Edgar Corzo Sosa, *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, 2007.

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law: Principles and Policies*, Wolters Kluwer, 2015.

Chemerinsky, Erwin, "The Rational Basis Test is Constitutional (and Desirable)", *Geo JL & Pub Po'y,* vol. 14, núm. 401, 2016.

Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, "American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins", *I-CON.,* vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 263-286.

Conesa, Luisa, "La tropicalización del principio de proporcionalidad: la experiencia de Colombia y México en el ámbito de la igualdad", *UNED Revista de Derecho Político*, núm. 77, 2010, pp. 351-377.

DULITZKY, Ariel E., "El principio de igualdad y no discriminación: claroscuros en la jurisprudencia interamericana", *Anuario Interamericano de Derechos Humanos,* núm. 15, 2007.

FALLON, Richard H Jr, "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA Law Review*, núm. 54, p. 1267, 2007.

GUNTHER, Gerald, "The Supreme Court, 1971 Term-foreword: In Search of Evolving Doctrine On a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", *Harvard Law Rev*iew, núm. 1, vol. 8 1972, pp. 86.

JACKSON, Vicki C., "Constitutional Law in an Age of Proportionality", *Yale Law Journal*, núm. 124, pp. 3094-3196.

KHAITAN, Tarunabh, "Indirect Discrimination", *en* Kasper Lippert-Rasmussen, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, Routledge, 2018.

KLATT, Mathias y MEISTER, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Londres, Oxford University Press, 2012.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, México, Siglo XXI, 2016.

SIEGEL, Stephen A., "The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny", *American Journal of Legal History,* vol. 48, núm. 4, 2006, pp. 355.

SOLANKE, Iyiola, *Discrimination as Stigma: A Theory of Anti-discrimination Law*, Oxford, Portland, Oregón, Hart Publishing, 2017.

STONE Sweet, Alec y MATHEWS, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, 2008, p. 72.

Stone Sweet, Alec y Mathews, Jud, "All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing", *Emory Law Journal,* vol. 60, núm. 4, 2011, pp. 797-875.

Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*, México, UNAM, 2016.

White, G. Edward, "Historicizing Judicial Scrutiny", *South Carolina Review*, núm. 57, 2005.

Jurisprudencia

Acción de inconstitucionalidad 61/2016, resuelta en sesión de 4 de abril de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo 19/2004, resuelto en sesión de 3 de septiembre de 2014. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo 9/2018, resuelto en sesión de 5 de diciembre de 2018. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 988/2004, resuelto en sesión de 2 de septiembre de 2004. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 466/2011, resuelto en sesión de 23 de febrero de 2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 1464/2013, resuelto en sesión de 13 de noviembre de 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 5267/2014, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 83/2015, resuelto en sesión de 6 de abril de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 1340/2015, resuelto en sesión de 7 de octubre de 2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo directo en revisión 4865/2018, resuelto en sesión de 30 de octubre de 2019. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 307/2007, resuelto en sesión de 24 de septiembre de 2007. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 152/2013, resuelto en sesión de 23 de abril de 2014. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 652/2015, resuelto en sesión de 11 de noviembre de 2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 203/2016, resuelto en sesión de 9 de noviembre de 2016. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 619/2017, resuelto en sesión 29 de noviembre de 2017. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 1002/2018, resuelto en sesión de 21 de agosto de 2019. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo en revisión 405/2019, resuelto en sesión de 23 de octubre de 2019. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de 16 de agosto de 2010. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Acción de inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de 11 de agosto de 2015. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Acción de inconstitucionalidad 22/2016, resuelta en sesión de 26 de marzo de 2019. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Contradicción de tesis 293/2011.

Corte Constitucional de Colombia, C-63-18.

Corte Constitucional de Colombia, C 673-01.

Corte Constitucional de Colombia, T-360/02.

Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados

de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Tesis aislada P. VIII/2011, Igualdad. En su escrutinio ordinario, el legislador no tiene la obligación de usar los mejores medios imaginables.

Tesis de jurisprudencia P./J. 41/97, Equidad tributaria. Sus elementos.

SCOTUS, United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152 n.4, 1938.

SCOTUS, Casey v. Planned Parenthood, 505 U.S. 833, 1992.

SCOTUS, United States v. Virginia 518 U.S. 515, 533, 1995.

CAPÍTULO 5
La prueba de la discriminación

Ana María Ibarra Olguín*

* Doctora por la Universidad de Virginia, Estados Unidos.

Sumario: I. Nota introductoria; II. ¿Qué es discriminar?; III. La discriminación como un hecho jurídico institucional; IV. Manifestaciones de la distinción: discriminación directa o indirecta; V. Esquemas argumentativos para probar la discriminación; VI. Primer momento: formulación de un caso *prima facie en* discriminación directa; VII. Segundo momento: refutación o bloqueo de un caso *prima facie* de discriminación directa; VIII. Formulación de un caso *prima facie* en discriminación indirecta; IX. Tercer momento: bloqueo o refutación del caso *prima facie* de discriminación indirecta; X. A modo de conclusión; XI. Bibliografía.

I. Nota introductoria

La prohibición de la discriminación se funda en la irrazonabilidad de las distinciones, ¿qué justifica un trato diferenciado? Esta pregunta demanda respuestas tanto normativas como empíricas. En este artículo se sostendrá que, en la prueba de la discriminación, los sistemas jurídicos utilizan diversos mecanismos probatorios para alcanzar un objetivo moral: el acercarse a una igualdad real o en los hechos.

A partir del estudio de los casos paradigmáticos de las jurisdicciones que tienen una doctrina abundante en el tema, como son las cortes supremas de Estados Unidos, Canadá y Reino Unido y los tribunales internacionales de la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se propondrá una definición de la discriminación, y se indagará qué tipo de hecho es. También se expondrán los esquemas argumentativos para probar tanto la discriminación directa e indirecta, las maniobras argumentativas con las que cuentan las partes y el tipo de evidencia que se admite en estos tribunales. A lo largo de estos esquemas

se apuntarán las instituciones probatorias que operan en los casos de discriminación, donde las reglas de presunción tienen un rol fundamental. Finalmente, se señalarán algunos problemas epistémicos que plantea la prueba de la discriminación.

II. ¿Qué es discriminar?

Existe un amplio e inacabado debate acerca del concepto de discriminación.[1] Incluso, varios académicos argumentan que la doctrina del derecho a la igualdad es un verdadero caos y que es imposible llegar a un entendimiento común. "Esta área del derecho no constituye más que un conjunto desordenado de reglas, estándares, juicios e intuiciones, y algo más, que directamente apelan a principios generales".[2]

Además, su conceptualización variará si la describimos desde un punto de vista moral o legal. Los filósofos del derecho discuten, por ejemplo, qué valor subyace a la discriminación, si es la igualdad, la dignidad o la libertad la justificación a la prohibición de la discriminación.[3] Ya en el capítulo de Diana González, incluido en este libro, se hacen algunos comentarios sobre esta aproximación. Desde otro enfoque se estudia qué debe entenderse por discriminación en el derecho, estableciendo razones para fundar una teoría de la discriminación, coherente y completa para la mayoría de los sistemas jurídicos.[4]

En este escrito intentaré dar una definición desde el derecho positivo; es decir, a partir de cómo la prohibición de la discriminación está prescrita

---

[1] Véase Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Oxford University Press, 2014.

[2] Rutherglen, George, "Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?", en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Oxford University Press, 2014, p. 137.

[3] De acuerdo con Deborah Hellman, la idea liberal de la igualdad implica que todas las personas merecen igual consideración y respeto porque cada una posee la misma característica o características moralmente relevantes. Para Hellman es mejor usar la frase de Ronald Dworkin, "*equal concern and respect*". Véase Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *op. cit.*, p. 51.

[4] Esto es lo que Tarunabh Khaitan defiende en su libro, *a Theory of Discrimination Law*. Él establece una teoría para la discriminación desde el ámbito del derecho. Véase Khaitan, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law,* Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015.

en los tratados internacionales y constituciones de aquellos países que tienen una doctrina, aunque no estable, sí consolidada en el tema. Desistiré, sin embargo, en proponer o suscribir alguna teoría que pretenda definir qué debería entender por discriminación.

En ese plano descriptivo, en la mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos existe una prohibición de hacer distinciones basadas en una lista de categorías protegidas. Por ejemplo, la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe cualquier distinción injustificada, basada en ciertas categorías, en el ejercicio de derechos y libertades establecidas en la propia Convención. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Capítulo Africano de los Derechos de las personas replican prácticamente la misma prohibición.[5]

Las constituciones o textos fundamentales de los países con una doctrina establecida en el tema refieren los términos de "igual protección de la ley",[6] "igual beneficio de la ley sin discriminación"[7] o la "prohibición de un trato menos favorable".[8] Dada la vaguedad de estas cláusulas, las leyes o los precedentes judiciales de estas jurisdicciones han ido detallando qué significa la igualdad protegida por sus constituciones, para finalmente indicar la prohibición de distinciones "injustificadas" basadas en determinadas categorías.[9] Esto quiere decir que no toda distinción basada

[5] Los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han establecido las siguientes fórmulas jurídicas. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíbe toda distinción injustificada en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en el Convenio por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, patrimonio, nacimiento u otra condición. En el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se prohíbe toda distinción injustificada en el goce de los derechos y libertades establecidos en la Convención por motivos de sexo, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El artículo 2 de la Carta africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe toda distinción injustificada en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en la Carta por motivos de raza, grupo étnico, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

[6] Véase la decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

[7] Véase el artículo 15 de la Carta de los Derechos y Libertades de Canadá, Parte 1 de la Ley Constitucional de 1982, que es el Anexo B de la Ley de Canadá, 1982, c11 (Reino Unido).

[8] Véase U.K., Ley de Igualdad, 2010, c. 15.

[9] Como veremos en el último apartado, los principales estatutos de estos países establecen la prohibición de la discriminación. En este sentido, la Ley de Derechos Civiles, Títulos I a VII,

en categorías protegidas es discriminatoria, sino sólo aquélla que está injustificada. La posibilidad de admitir distinciones bajo razones de peso fue admitida a través de las decisiones de las cortes desde muy temprano, por ejemplo, en el caso *Griggs v Duke Power Co*, la Suprema Corte de Estados Unidos introdujo la justificación de *business necessity*.[10]

Así, desde un punto de vista descriptivo, y haciendo una generalización, la cláusula de discriminación **prohíbe cualquier distinción injustificada en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes, basada en una categoría protegida.**

No abundaré aquí sobre qué y cuáles son las categorías especialmente protegidas. Basta señalar para los propósitos de este artículo que las convenciones de derechos humanos y las constituciones expresan una lista de características normalmente asociadas con patrones históricos de abusos o desventajas. Comúnmente estas categorías son raza, sexo, color de piel, religión, origen étnico, nacionalidad, entre otras.[11] Se discute también si estas categorías son fijas o si pueden ampliarse conforme las necesidades sociales.[12]

No obstante, esta definición de discriminación mantiene un problema conceptual. Esta prohibición es a la vez vaga y ambigua. La dificultad

---

promulgada por Estados Unidos, utiliza la frase prohibición de la discriminación en lugar de la frase protección igualitaria. Otras leyes, como la Ley de Derecho al Voto y la Ley de Vivienda Equitativa, también prohíben o impiden la discriminación. La Carta de Derechos y Libertades de Canadá y la Ley de Derechos Humanos de Canadá hablan de la igualdad de protección sin discriminación. Por último, la Ley de Igualdad del Reino Unido prohíbe la discriminación directa e indirecta. Esta ley también aclara que la discriminación se produce cuando una persona trata a otra menos favorablemente de lo que trataría a otros porque tiene una característica protegida.
Todas estas cartas y estatutos de derechos humanos prohíben la discriminación pero, a diferencia de las convenciones internacionales, estos estatutos no prohíben literalmente las distinciones injustificadas que abren la posibilidad de que una distinción basada en un motivo protegido pueda considerarse razonable. Ha sido a través de la jurisprudencia que los tribunales de estos países han admitido defensas para demostrar que ese trato o impacto diferente está justificado. Véase, por ejemplo, el caso *Griggs c. Duke Power Co*, en el que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos admitió la posibilidad de justificar una práctica discriminatoria por motivos de necesidad comercial.

[10] U.S. Supreme Court, *Griggs et Al. v. Duke Power Co.* 401 U.S. 424, 1971.

[11] Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (2 ed.), Oxford, New York, Oxford University Press, 2011, p. 2.

[12] *Ibid*, pp. 38-108.

más abordada en la literatura sobre la discriminación consiste en determinar cuándo una distinción es razonable, en otros términos, cuándo puede admitirse. Para esto, los tribunales han desarrollado el famoso test de igualdad, exigiendo que se desahoguen determinados pasos que básicamente aluden a la idea de idoneidad y necesidad de la distinción. Otros tribunales agregan además la exigencia de que la distinción sea proporcional. A su vez, estos elementos se estudian por los tribunales con diferente rigor dependiendo de si las distinciones están basadas en categorías sospechosas. Volveremos a esta discusión más adelante.

El segundo problema —aunque analíticamente debiera ser el primero—, radica en establecer cuándo hay una distinción. Esto es, dónde y cómo puede advertirse esta diferencia de trato, ¿en la práctica o en la norma?, o también ¿puede encontrarse en los resultados que genera una norma o práctica aparentemente neutral? Esta discusión versa sobre la posibilidad de admitir la discriminación indirecta o discriminación en los resultados, y también, como veremos más tarde, implica importantes complejidades probatorias.

Así, tenemos una cláusula que prohíbe la discriminación que parece clara, pero que desagregando sus elementos ofrece todavía amplias dudas sobre su definición y, en consecuencia, sobre los elementos pertinentes para probarla. Tenemos entonces que:

Una norma, práctica o criterio (NPC) es discriminatorio, si y sólo si establece una distinción en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes, que está basado en una categoría protegida y es, además, injustificado.

La distinción puede apreciarse en la norma, práctica o criterio, o bien manifestarse en los resultados. A su vez, la categoría protegida está indicada en un texto legal, constituciones o precedentes judiciales. La determinación de la razonabilidad de la distinción dependerá del desahogo de un test que demanda diferentes requisitos, dependiendo de la práctica de los tribunales.

III. La discriminación como un hecho jurídico institucional

Ahora bien, a partir de la definición antes dada, ¿cómo probar cada uno de los elementos que la componen? Antes de poder entrar en esa discusión, sobre cómo mostrar qué elementos empíricos intervienen en el derecho contra la discriminación y sobre cómo probar que hay una distinción y que esta es irrazonable es necesario, sin embargo, clarificar si la discriminación es un hecho, y si lo es, qué tipo de hecho es.

Existe una gran discusión en la literatura sobre la taxonomía de los hechos que son relevantes para el derecho.[13] Dentro de esa compleja clasificación, sólo me referiré a aquellos hechos relevantes para probar el fenómeno de discriminación: los hechos brutos, los hechos institucionales y los hechos jurídico-institucionales.[14] Valga decir que en el derecho se emplea en término "hecho" como sinónimo de "evento". [15]

Con eso en mente, me referiré a los hechos brutos y a los institucionales. Los hechos brutos son aquellos eventos que no han sido incorporados o analizados desde algún estándar o institución.[16] En cambio, los hechos

---

[13] En cuanto a la clasificación de los hechos véase, González Lagier, Daniel, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción,* Fontamara, 2013 y Faigman, David, *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional facts,* Nueva York, Oxford University Press, 2008.

[14] En su libro, *The Construction of Reality*, John Searle expone una taxonomía jerárquica de hechos brutos a hechos institucionales. En un primer nivel, distinguió entre hechos físicos brutos no mentales y hechos mentales. En un segundo nivel, dentro de la clase mental, entre hechos intencionales y no intencionales. En un tercer nivel, dentro de los hechos intencionales, entre los hechos intencionales singulares y los hechos intencionales colectivos o "hechos sociales". En un cuarto nivel, dentro de los hechos intencionales individuales y colectivos, distingue entre formas de intencionalidad que asignan una función y que crean hechos funcionales. En un quinto nivel, dentro de la clase de hechos funcionales, entre los hechos funcionales no generativos y los hechos funcionales agentivos. En un sexto nivel, dentro de la categoría de funciones agentivas, entre tales hechos realizados únicamente en virtud de características casuales y otras características brutas de los fenómenos y las funciones realizadas únicamente por medio de la aceptación colectiva. Este reconocimiento crea un estatuto-función idéntico a la clase de hechos institucionales. Véase Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995, pp. 123-124.

[15] Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 19.

[16] *Ibid*, p. 27.

institucionales existen gracias a la creación de instituciones humanas.[17] Por ejemplo, el hecho de que la distancia de la Tierra al Sol está a 147 millones de kilómetros en los primeros meses del año, existe independientemente de cualquier institución humana. Sin embargo, otros hechos dependen precisamente de la creación de instituciones humanas, como el dinero, la democracia y también la discriminación.

A juicio de John Searle, quien ha explicado ampliamente esta clasificación, las instituciones son reglas que asignan un estatus o función a ciertos hechos. Así, "*X* cuenta como *Y*" o "*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*". "por ejemplo, la moneda emitida por el banco de *Engraving and Printing* (*X*) cuenta como moneda (*Y*) en Estados Unidos (*C*). La locución "cuenta como" marca la asignación de un estatus o función determinada por una intención colectiva". Por intención colectiva, Searle se refiere a la continua aceptación o reconocimiento de la validez de dicha función. Cuando ese acuerdo se convierte en una política general, la fórmula antes indicada adquiere un estatus normativo. Se convierte en una norma constitutiva.[18]

Estas reglas sociales en el campo del derecho son reglas jurídico-constitutivas. Esto quiere decir que ciertos hechos existen en virtud de reglas legales. [19] Por ejemplo, "Juan mata a Pedro por un disparo" es un hecho bruto si no es llevado ante las autoridades judiciales. Si el caso es llevado a juicio, la muerte de Pedro y el disparo de Juan serán hechos brutos cuya veracidad y estatus jurídico serán determinados con base en la institución jurídica del homicidio. Así, el hecho "homicidio" sólo ocurre si se establece la veracidad de ciertos hechos y si lo es de acuerdo con cierta norma jurídica.

---

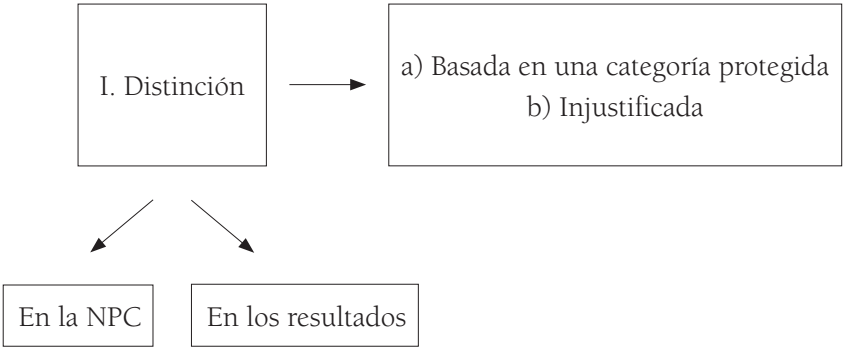
[17] Searle, J. R., *op. cit.,* pp. 123-124.

[18] *Ibid*, p. 39. Una nota importante es que esas normas deben ser aceptadas. Esta imposición colectiva de la función, en la que la función sólo puede realizarse en virtud de un acuerdo o aceptación colectiva, es un elemento crucial en la creación de hechos institucionales. El reconocimiento social de esa función de estatus.

[19] González Lagier, D., *op. cit.,* p. 45.

De la misma manera, para probar la discriminación, es necesario verificar ciertos elementos de acuerdo con una norma jurídica, aquella que establece la prohibición de distinciones injustificadas basadas en categorías protegidas. Así, un hecho será discriminatorio y sancionado por el derecho si se verifican los elementos que componen dicha fórmula.

En otros términos, ciertos hechos empíricos son evaluados bajo la fórmula prohibitiva de una distinción basada en categorías protegidas que no se encuentra justificada. Así, para probar la existencia del hecho discriminación, es esencial determinar: *1*) si hay una distinción en el acceso o ejercicio de derechos o bienes jurídicamente relevantes; y 2) si esa distinción está basada en una categoría protegida y se encuentra justificada. Como se explicó, la distinción se puede advertir directamente en la norma o práctica enjuiciada, o bien, indirectamente en los efectos que genera esa norma o práctica.



En los siguientes apartados me referiré a la caracterización de la discriminación directa bis a bis la indirecta y a la forma de probar estas manifestaciones de la discriminación de acuerdo a la práctica de los tribunales; explicaré también las maniobras argumentativas con que cuentan los demandados para controvertir estas cuestiones y, finalmente, aludiré a algunos problemas probatorios implicados en los juicios de discriminación.

IV. Manifestaciones de la distinción: discriminación directa o indirecta

En definitiva, existen muchas formas de discriminación, como la discriminación estadística (que parece ser la otra cara de la discriminación indirecta)[20] o la discriminación positiva (que parece ser el remedio anticipado a la discriminación indirecta).[21] Me referiré sólo a las distinciones que se presentan en las normas, prácticas o criterios, y en los resultados.

Como he mencionado, la discriminación directa establece una distinción expresa en la propia práctica o norma, negando ciertos derechos o bienes a determinados grupos especialmente protegidos.[22] Formas típicas de estas diferenciaciones las encontramos en las distinciones expresas y en las exclusiones tácitas, donde al establecerse un derecho a un grupo se le niega o excluye de ese derecho a otro grupo. Por ejemplo, en la normas: *1)* "los hombres se jubilan por edad a los 65 años y las mujeres a los 60 años", y 2) "las mujeres que se hayan dedicado al hogar durante el matrimonio tienen derecho a recibir alimentos de sus excónyuges", se afecta (1) a los hombres, quienes deben laborar cinco años más que las mujeres, y se excluye (2) a los hombres que se han dedicado al hogar, de la opción de recibir alimentos. En estos ejemplos las distinciones son evidentes. Es también claro que las distinciones están basadas en categorías protegidas porque se excluye o afecta a un grupo de personas y no a otro; por ejemplo, se les niega un derecho o beneficio a los hombres en contraposición al grupo de las mujeres.[23] Por tanto, el juicio de discrimi-

---

[20] Schauer, Frederick, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination,* London, Routledge, 2018, pp. 42-54.

[21] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2018, p. 27.

[22] Kitching, Kevin, *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners,* London, Interights, 2011, p. 63.

[23] En la literatura se discute ampliamente si un grupo no desaventajado, como los hombres, puede constituir una categoría protegida. Ver a Khaitan, Tarunabh*, op. cit.*, p. 31. Sin embargo, se señala que en tanto género es la categoría protegida, las distinciones que afectan a los hombres deben estar proscritas. Al mismo tiempo se indica que estas distinciones terminan afectando al grupo de mujeres, por ejemplo, asumiendo que son éstas quienes deben dedicarse al hogar, destinándolas a este rol.

nación radica en determinar si dichas afectaciones se encuentran justificadas.

A su vez, la forma de reparar este tipo de discriminación es haciendo extensivo el derecho al grupo no incluido por la norma,[24] por ejemplo: suponiendo que la norma (1) se encontrara injustificada, recorriendo la edad de jubilación de los hombres a los 60 años, e (2) incorporando a los hombres al beneficio negado a través de una interpretación que no distinguiera entre hombres y mujeres, leyendo la norma de la siguiente manera: *el cónyuge que se haya dedicado al hogar durante el matrimonio tiene derecho a recibir alimentos de su excónyuge.*

En la discriminación indirecta en cambio, la distinción basada en una categoría protegida es más difícil de advertir. Ello, porque las normas o prácticas están expuestas en términos neutrales, como podemos observar en los siguientes ejemplos: (1) las personas que trabajen medio tiempo no tienen derecho a pensión por jubilación, o (2) para ascender a coronel en el cuerpo de bomberos debe superarse un examen aeróbico. Estas normas no excluyen de manera expresa a algún grupo especialmente protegido y, sin embargo, puede mostrarse que, en la práctica o en los hechos, sí afectan a una categoría de personas.

En el caso *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz,* se encontró que son las mujeres quienes tomaban trabajos de media jornada para tener tiempo para cuidar a sus hijos. Así que al final, eran las mujeres quienes, en una gran proporción en relación con los hombres, no podían acceder a la pensión por jubilación.[25] De la misma manera, en el caso conocido como *Firefighters* case, la Corte Suprema de Canadá encontró que el test

[24] Gónzalez Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. Aunque la SCJN ha señalado que en casos de discriminación no debe admitirse la interpretación conforme.
[25] CJEU, Sentencia del 13 mayo de 1986, Caso 170/84, punto 31.

aeróbico impedía a las mujeres ascender al puesto de capitán dentro del cuerpo de bomberos.[26]

Entonces, la exclusión de los derechos o bienes que distribuye la norma, práctica o criterio a determinado grupo sólo se puede observar en los resultados o en los efectos que genera. Así, la discriminación indirecta ocurre cuando una NPC es aparentemente neutral, pero impacta desproporcional e injustificadamente a ciertos grupos.[27]

Las discriminaciones directa e indirecta demandan diferentes maneras de entender y aplicar la fórmula que prohíbe la discriminación. En la discriminación directa el trato diferenciado es percibido en la práctica o regla que está bajo escrutinio. La discriminación indirecta, en cambio, requiere de la evaluación de los resultados o consecuencias desproporcionados que genera. Por tanto, la discriminación indirecta exige dos momentos de evaluación. En primer término, es necesario determinar si (i) la norma o práctica genera un impacto desproporcionado y, en segundo lugar (ii), si ese impacto es injustificado. Mientras que en la discriminación directa la distinción es evidente en el momento (i) y lo que se discute con mayor profundidad es (ii) si esta está justificada.

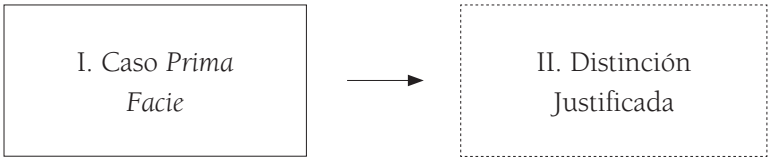
No podemos dejar de lado que la discriminación indirecta plantea otras importantes complejidades como: cuándo puede considerarse que un resultado es desproporcionado; si es necesario que exista la intención del demandado de afectar al grupo protegido; a quién debe afectarse, al grupo protegido o de forma específica al individuo que demanda; de qué forma se repara este tipo de discriminación y, finalmente, a qué tipo de igualdad aspira este tipo de discriminación. Algunas de estas problemáticas se abordaron en el texto de Pilar Betrián incluido en esta obra.[28]

---

[26] Canada, Supreme Court, British Columbia *(Public Service Employee Relations Commission) vs. British Columbia Government Service Employee's Union*, 1999, 3 SCR 3.
[27] Kitching, K., *op. cit.,* p. 70.
[28] Véase Collins, Hugh y Khaitan, Tarunabh, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", en *Foundations of Indirect Discrimination Law,* Oxford, Hart Publishing, 2018.

V. Esquemas argumentativos para probar la discriminación

Ahora bien, la prueba de la discriminación tanto directa como indirecta[29] —esto es, determinar si existe una distinción injustificada basada en una categoría protegida— ocurre en dos momentos: en el primero, el demandado establece un caso *prima facie* o una presunción de discriminación; en el segundo, el demandante tiene la oportunidad de bloquear la presunción de discriminación o bien, de refutar tal presunción probando que la distinción basada en una categoría protegida se encuentra justificada.



En el ámbito del derecho no resulta claro qué constituye un caso *prima facie*. No obstante, la teoría de la prueba refiere a un caso que anticipa una conclusión, al menos, a primera vista. Desde luego, esta asunción anticipada no implica el tener por probada la pretensión al final del juicio, sino meramente que se presenta determinada evidencia que, por alguna razón, moral o legal, hace pensar que es plausible que hayan ocurrido los hechos alegados por el demandante. ¿Cuáles son los componentes de un caso *prima facie*? Esta es una pregunta clave en el derecho contra la discriminación, y las respuestas son diversas dependiendo de si se trata de un caso de discriminación directa o indirecta.

VI. Primer momento: formulación de un caso *prima facie* en discriminación directa

En la discriminación directa un caso *prima facie* demanda establecer si la NPC establece una distinción y si ésta se encuentra basada en una categoría protegida. Esta maniobra argumentativa es relativamente sencilla,

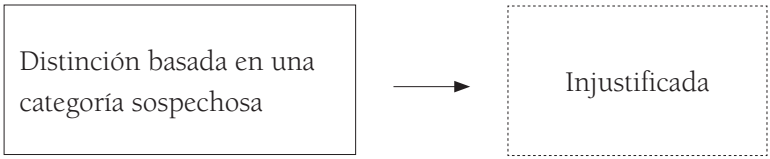
[29] Aquí se está usando el término 'probar' como 'lograr', 'persuadir al juez del caso', y no como sinónimo de 'presentar evidencia'. Véase Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 15.

pues, como se explicó, las distinciones en este tipo de discriminación son expresas al desplazar a un grupo protegido de los beneficios o derechos indicados por la propia norma o práctica. En ese sentido, en la discriminación directa basta con identificar a la norma, práctica o criterio que afecta a un grupo protegido.

Hace tiempo, la literatura y tribunales discutían, si para mostrar que la distinción estaba basada en una categoría protegida, era necesario probar la intención del agente discriminador, es decir, mostrar que se desplazó a dicho grupo "*because of*" o "debido a" la animadversión del demandante. Últimamente, los tribunales han señalado que la intención es una característica contingente, que puede estar o no presente, en los casos de discriminación, pero que, en todo caso, no es necesario acreditarla.[30] En Estados Unidos, se ha entendido que en los casos de discriminación constitucional directa el elemento de intención debe estar presente, pero este se encuentra implícito en la propia distinción.[31]

Así, cuando las distinciones están basadas en categorías sospechosas se genera un caso *prima facie* de discriminación y se invierte la carga de la prueba al demandado, porque se "sospecha" que ese trato diferenciado es discriminatorio, y es el demandado quien debe mostrar que la distinción se encuentra justificada. En ese sentido, se presume que, en principio, esas distinciones son discriminatorias. Tal presunción, sin embargo, puede ser refutada por el demandado, si este demuestra que hay razones de peso para realizar tal distinción.

Esquema del caso *prima facie* de discriminación directa



[30] U.K., Supreme Court, Lord Bridge of Harwich, James v. Eastleigh Council, 753.
[31] Voto disidente del Juez Alito, al que se unen el Presidente del Tribunal Supremo, el Juez Scalia y el Juez Thomas. En el caso *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project,* Inc, 135 S, 576 US, 2015.

Las categorías especialmente protegidas o criterios que generan estas presunciones varían dependiendo de cada jurisdicción. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha admitido que las categorías de raza y género activan la presunción de discriminación y, en consecuencia, es el ente discriminador quien debe justificar el uso de dichos criterios en sus distinciones. No obstante, ambas clasificaciones invierten la carga de la prueba al demandante, estas presunciones se superan con diferentes estándares. Tratándose de distinciones basadas en raza, la Corte Suprema de Estados Unidos ha exigido un escrutinio estricto, por lo que la carga de justificación debe fundarse en razones imperiosas, mientras que, en los casos de distinciones basadas en género se exige un escrutinio intermedio, pudiendo justificarse estas diferenciaciones con razones importantes, pero no imperiosas.[32]

En México, de acuerdo a la jurisprudencia del máximo tribunal, todas las categorías contenidas en el artículo 1o. de la Constitución General se entienden como categorías especialmente protegidas, y todas las distinciones basadas en ellas activan la presunción de discriminación. Además, tales presunciones sólo pueden refutarse bajo un escrutinio estricto.[33]

---

[32] En casos de distinciones legales por motivos raciales, la Corte Suprema de Estados Unidos ha sentado una línea doctrinal consistente, determinando que estas, al entenderse dentro de las categorías sospechosas, merecen un escrutinio más cuidadoso para reconocerse legítimas. Es decir, mediante la acreditación de intereses estatales convincentes (*compelling state interest*). Por ejemplo, véase U.S. Supreme Court, *Korematsu v. United States*, 323, 1944; Bolling v. Sharpe, 347, 1954; *McLaughlin v. Florida*, 379, 1964; *Palmore v. Sidoti*, 466, 1984. Por otra parte, respecto de las distinciones basadas en el género, la Corte ha incorporado un escrutinio más débil o intermedio a partir del cual se debe acreditar un objetivo gubernamental importante (*important governmental objective*). Esto se debe a que, a consideración de la Corte, tales grupos constituyen categorías cuasi-sospechosas. Véase U.S. Supreme Court, *Craig v. Boren*, 429, 1976; Lee, Jack Tsen-Ta, "Equal Protection and Sexual Orientation", en *Singapore Law Review*, vol. 16, 1995, p. 246; Sapag, Mariano A., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado" en *Díkaion*, núm. 17, diciembre 2008, p. 168.

[33] IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). 169877. Tesis: 1a./J. 37/2008. Primera Sala. Novena ÉPOCA. *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXVII, abril de 2008, p. 175; IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO. 010315. Tesis: 1a./J. 66/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 23, octubre

Esto quiere decir que tanto una distinción basada en género como aquellas basadas en la edad o la condición social generan un caso *prima facie* de discriminación, que sólo puede superarse con un análisis muy riguroso de constitucionalidad. Más adelante me referiré a la forma de superar o refutar estas presunciones.

Recapitulando, en la discriminación directa las distinciones son evidentes o palpables y no es necesario que se prueben. Sin embargo, estas distinciones se desdoblan en requerimientos diversos dependiendo del nivel de escrutinio que exijan los tribunales para justificarlas. El uso de categorías sospechosas genera un caso *prima facie* de discriminación, invirtiendo la carga de la prueba de la justificación de la distinción al demandado. Si no se trata de categorías sospechosas, es el demandante quien debe probar que la distinción no se encuentra justificada.

En la discriminación indirecta en cambio, todos los impactos desproporcionados basados en las categorías protegidas, sean sospechosas o no, generan un caso *prima facie* de discriminación. Es decir, se asume que la norma, práctica o criterio es discriminatorio, a menos que el demandado pruebe lo contrario. No obstante, como veremos más adelante, la formulación de un caso *prima facie* de discriminación indirecta, demanda una maniobra argumentativa más compleja que los casos de discriminación directa.

VII. Segundo momento: refutación o bloqueo de un caso prima facie de discriminación directa

Una vez establecido un caso *prima facie* de discriminación directa, el demandado puede realizar dos estrategias de defensa. En primer lugar, puede bloquear la presunción de discriminación y, en segundo lugar, puede refutar tal presunción, mostrando que la distinción se encuentra justificada.[34]

---

de 2015, p. 1462; CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO. 2012589. Tesis: P./J. 10/2016 (10a.), Pleno. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, p. 8.

[34] Algunos autores identifican dos estrategias para derrotar una presunción legal: *1)* La estrategia de bloqueo, que consiste en desactivar los elementos que dan lugar a un caso prima facie; y *2)* La estrategia

La maniobra de bloqueo de presunciones consiste en probar que no existe uno de los elementos necesarios para la formulación del caso *prima facie*. En el caso de discriminación directa ello podría mostrarse al precisar que no existe la distinción, que no se está negando el acceso a un derecho o bien jurídicamente relevante, o bien que la distinción no está basada en una categoría especialmente protegida. En ese sentido, la disputa versa sobre cada uno de los aspectos presentados por el demandante, mismos que pueden ser refutados por la contraparte.

Así, por ejemplo, en el reciente caso de las trabajadoras del hogar, resuelto por la Suprema Corte de México, podría sostenerse que no es un caso de discriminación porque a todos los trabajadores —independientemente de si son hombres o mujeres— se les niega el derecho al acceso de régimen social obligatorio. En ese sentido, al menos podría discutirse si la distinción está realmente basada en una categoría sospechosa, como es el género, o si más bien la distinción se establece entre una categoría no protegida, por ejemplo, "los trabajadores".

El refutar la presunción de discriminación, o el justificar la distinción aparentemente discriminatoria, es el aspecto más abordado por los tribunales a partir de la aplicación del denominado, test de igualdad. En la práctica norteamericana que es la doctrina más difundida para el análisis de la discriminación, el test se descarga en los siguientes pasos: se determina si la distinción persigue un fin constitucionalmente válido, si está conectada racionalmente con el fin que pretende, y si no existe otra alternativa menos lesiva. Si se trata de una categoría sospechosa, el nivel de escrutinio es más severo o estricto, por lo que, además se exige que el fin sea constitucionalmente imperioso, que la distinción esté estrechamente conectada con la finalidad y que sea la única alternativa posible para alcanzar dicha posibilidad.[35]

---

de destrucción, que consiste en probar que la presunción es errónea. Véase Aguiló Regla, Josep, "Nota sobre Presunciones de Daniel Mendonca" en *Doxa,* vol. 22, 1998, pp. 649-660 y Mendonca, Daniel, "Presunciones" en *Doxa*, vol. 1, núm. 21, 1998, pp. 96-98.

[35] La Corte Suprema ha reconocido gradualmente que ciertas formas de clasificación, las cuales están vinculadas a pautas de abuso y a la denegación de la igualdad de ciudadanía en la sociedad

Es importante señalar que muchos tribunales —como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte de Justicia de la Unión Europea y, en ocasiones, la Suprema Corte mexicana— agregan una cuarta grada de análisis, en la que se debe analizar si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado. El artículo de Ricardo Latapie, incluido en esta obra, explica las diferencias entre las dos tradiciones, y la práctica que ha asumido la Corte mexicana al realizar el análisis de justificación de las distinciones expresas.

VIII. Formulación de un caso *prima facie* en discriminación indirecta

Cuando hablamos de discriminación indirecta, por lo general las cortes establecen un caso *prima facie* de discriminación indirecta cuando el demandante muestra: *1)* la existencia de una norma, práctica o criterio (NPC); 2) el impacto desproporcionado en el grupo protegido al que el demando pertenece; y 3) que dicho impacto está de alguna manera conectado o correlacionado con la NPC.[36] Una vez que son presentados estos

estadounidense, deben tratarse como formas "sospechosas" de diferenciación, lo que abre el camino a un intenso escrutinio judicial del uso de esas formas de clasificación que va mucho más allá de los límites del examen de racionalidad. Human Rights Review, UCL, 88. En México en cambio, se ha sostenido que todas las distinciones basadas en las categorías referidas en el artículo 1o. constitucional activan un escrutinio estricto de igualdad.

[36] En Estados Unidos véase U.S. Supreme Court, *Griggs et Al. v. Duke Power Co., cit.*; Washington, Mayor of Washington, D.C., *Et Al., v. Davis Et Al*. 426 U.S. 229, 1976; *Ricci v DeStefano 129 S.Ct*. 2658, 2009; y Texas Department of Housing and Community Affairs v Inclusive Communities Project, Inc, *cit*. De Canadá Ont. Human Rights Comm. V. Simpsons-Sears, 1985; y British Columbia (*Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employee's Union*, *cit*. De Reino Unido, U.K., *Supreme Court, James v. Eastleigh Council*, 753; y *Essop v. Home Office* (UK Border Agency), 27 (appeal taken from EWCA Civ), 2017; De la Corte de Justicia de la Unión Europea, Case C-109/88 Danfoss [1989] ECR I-3199; Judgment of 12 February 1974 (Case 152-73, point 11); *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Judgment of 13 May 1986 (Case 170/84, point 31)*; Regina v. Secretary of State for Employment,* ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez, Judgment of 9 February 1999, (Case C-167/97, points 51, 57, 62, 65 and 77). Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nachova and others v. Bulgaria y D.H. and others v the Czech Republic*, IV Eur. Ct. H.R., §188, 2007.

elementos, el tribunal debe decidir si se acredita un caso *prima facie* de discriminación.

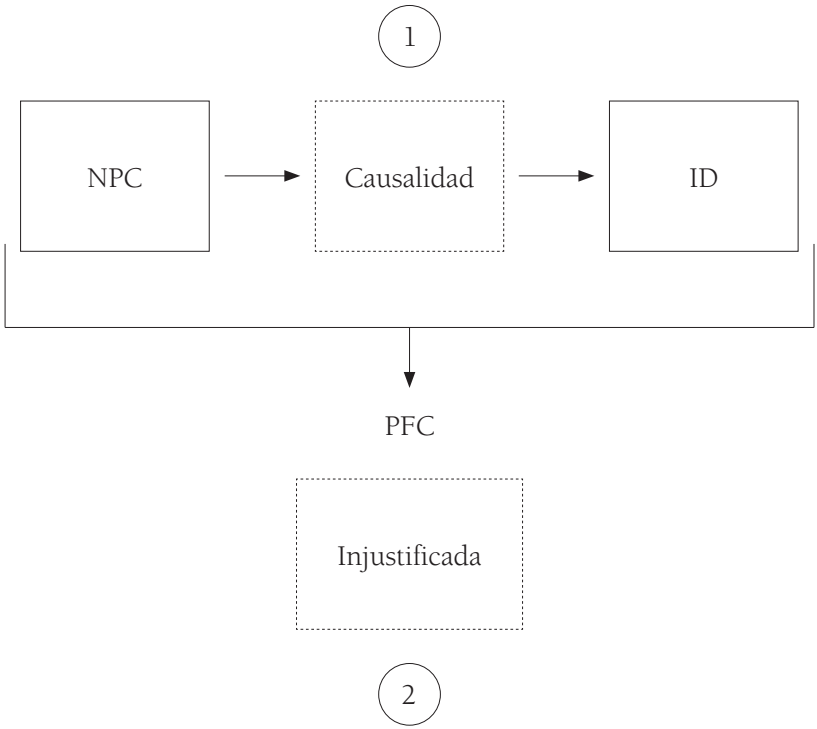
En esa generalidad, la Corte Suprema de Estados Unidos es la excepción, ya que para establecer un caso *prima facie* de discriminación indirecta se utilizan diferentes esquemas argumentativos dependiendo de si se trata de discriminación constitucional o discriminación legal. En la discriminación constitucional es necesario mostrar tanto el impacto desproporcionado como la intención del agente discriminador.[37] En la discriminación legal, la Corte resolvió recientemente que el demandado no necesita probar la intención del agente discriminador, sin embargo, debe mostrar la relación de causalidad entre la práctica, criterio o norma y el impacto desproporcionado. Además, es el demandante quien debe mostrar que existía una alternativa menos lesiva que pudo elegirse por el demandado.[38]

En contraste, en los casos más recientes de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte de Justicia de la Unión Europea y las cortes supremas del Reino Unido y Canadá, coinciden en que el demandante sólo necesita establecer la existencia de una norma, criterio o práctica y el impacto desproporcionado entre los miembros de un grupo protegido y otros grupos, para establecer un caso *prima facie* de discriminación.[39] Así, en estas cortes no es necesario mostrar la relación de causa efecto entre la norma y el resultado, sino que basta con señalar una posible relación.

La siguiente figura presenta el esquema argumentativo de un caso *prima facie* de discriminación indirecta, donde la existencia de una norma, práctica o criterio (NPC) y el impacto desproporcionado (ID) activa dos presunciones consecutivas: (1) que la NPC "causó" el ID y (2) que tal efecto está injustificado y es, por lo tanto, discriminatorio.

---

[37] La Corte Suprema de Estados Unidos declaró que la ley de discriminación indirecta no es aplicable en los casos constitucionales, véase *Washington v. Davis*, *cit*.
[38] U.S. Supreme Court, *Texas Dept. of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project*, *cit*.
[39] En Canadá, véase *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, *cit*. Para el Reino Unido, véase *Essop v. Home Office* (UK Border Agency), *cit*; también, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. and Others v. the Czech Republic*, *cit.*



Ahora bien, la existencia de la norma, práctica o criterio no requiere de una maniobra probatoria compleja. Normalmente se impugnan normas que se encuentran en diferentes textos legales, criterios que se establecen en exámenes, convocatorias o prácticas de particulares. La mayor dificultad se encuentra en mostrarle a las cortes la existencia del impacto diferenciado. En ese sentido, se vuelven relevantes las preguntas ¿qué desproporción se tiene que mostrar?, ¿cómo elegir los grupos a comparar?, ¿cómo establecer el tamaño, así como el periodo de las muestras para establecer la desproporción?

En la resolución de estas preguntas, la evidencia estadística juega un rol central. Esto no quiere decir que la discriminación indirecta no pueda ser probada sin este tipo de evidencia, pero tendría que tratarse de desproporciones obvias o groseras. Por ejemplo, tanto en los casos de los bomberos en Canadá como en el caso de las pensiones en el Reino Unido, casi ninguna mujer tenía los requisitos exigidos por los criterios, en ese

sentido, era clara la desproporción entre los grupos de hombres y mujeres. Sin embargo, en el caso de *DH and Others v. Chez Republic*, se corrieron complicadas pruebas estadísticas para mostrar que, a partir de la aplicación de un test, los niños gitanos eran remitidos a las escuelas de educación especial en una mayor proporción —casi tres veces más— en relación con los niños no gitanos.

La importancia de este tipo de evidencia fue advertida en las Directivas contra la Discriminación de la Unión Europea;[40] sin embargo, también se ha enfatizado en las distintas jurisdicciones de la Unión Europea que no es la única manera de establecer un caso *prima facie* de discriminación indirecta.[41] En el mismo sentido, la Corte Suprema del Reino Unido ha señalado que es un lugar común que el impacto desproporcionado sea establecido con evidencia estadística.[42] Así también, la CEDH determinó que cuando se trata de medir el impacto de una práctica o criterio en un grupo o en un individuo, las estadísticas juegan un rol fundamental, y constituyen la evidencia necesaria que un demandante debe producir para un caso *prima facie* de discriminación.[43]

---

[40] El Consejo promulgó la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, con el objetivo de uniformar las prácticas de los Estados miembros en materia de discriminación sexual. La Directiva estableció que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutra, genera una desventaja para una elevada proporción de los miembros de un sexo; a menos que sea: 1) necesaria, 2) apropiada y 3) pueda justificarse por factores objetivos, no relacionados con el sexo. Además, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 4 de la mencionada Directiva del Consejo, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que cuando una persona se sienta perjudicada por la falta de aplicación del principio de igualdad de trato, pueda acudir a los tribunales u otra autoridad competente, alegando discriminación directa o indirecta. En estos casos, el demandado deberá demostrar que no se ha violado el principio de igualdad de trato.
Más tarde, la aplicabilidad de la discriminación indirecta basada en el sexo se amplió a la raza. En la Directiva 2000/43/CE del Consejo, se define la discriminación indirecta como la que se produce cuando una persona de origen racial o étnico se encuentra en desventaja respecto de otras personas, debido a una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutra. Esto, a menos que esté objetivamente justificado por un fin legítimo, dicho fin también debe ser apropiado y necesario. En el mismo sentido, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe todo tipo de discriminación directa o indirecta por motivos de raza, origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

[41] Kitching, Kevin, *op. cit.,* p. 37.

[42] U.K. *Supreme Court, Essop v. Home Office* (UK Border Agency), *cit*.

[43] ECHR, D.H. and Others v. the Czech Republic, *cit*.

Sin embargo, aun haciendo uso de la estadística, los tribunales no han sido claros sobre cómo identificar a los grupos que se van a comparar. Es decir, sobre cómo determinar entre qué grupos se debe reflejar la desproporción, por ejemplo, en el grupo de *todas* las mujeres o sólo en el grupo de las mujeres embarazadas.[44] Tampoco existe gran desarrollo sobre el tamaño de las muestras, ni claridad sobre si el periodo de los datos que se recaban determina que existe o no una desproporción.

Además, no es pacífico en qué rango hay un impacto desproporcionado, si cuando la diferencia es "estadísticamente significativa" o "estadísticamente alta", o si basta con que esta desproporción sea "considerable". Los tribunales se refieren a todos estos criterios sin elaborar más sobre los mismos.[45]

Finalmente, parece ser uniforme entre los diferentes tribunales la idea de que el demandante es quien tiene la carga de la prueba de mostrar el impacto desproporcionado. Sin embargo, es muy frecuente que diferentes organizaciones no gubernamentales acrediten este elemento a través de sus *amicus curiae*. Esto puede justificarse debido a que las pruebas estadísticas normalmente son muy costosas y complejas y los demandantes no tienen recursos para presentar este tipo de información. En ese sentido, podrían adoptarse reglas que permitieran a los jueces acceder a esta evidencia *motu proprio*.

Ahora bien, el que el demandante haya tenido éxito en mostrar los dos elementos de un caso *prima facie* de discriminación indirecta: la norma, práctica y criterio, y el impacto desproporcionado, no quiere decir que haya probado que esa NPC causó dicho impacto. Las estadísticas muestran únicamente la correlación entre esos dos elementos. Es decir, que están de alguna manera conectados. En efecto, la evidencia estadística de este tipo está diseñada para mostrar las correlaciones entre diferentes

[44] Fredman, Sandra, *op. cit.*, pp. 2 y 109.
[45] Entre otros, ECHR, *D.H. and Others v. the Czech Republic*, *cit.*

variables, pero "una correlación no muestra causalidad."[46] En ese sentido, se presume la *causalidad,* entendida como que la NPC generó el ID.

La Corte Suprema del Reino Unido abordó en *Essop* los problemas epistémicos entre la conexión de la norma, práctica o criterio y el impacto desproporcionado. En ese caso se demandaba que los criterios para ascender a miembros de una oficina de gobierno habían generado un efecto negativo y desproporcionado en el grupo de personas no-blancas y de edad avanzada, sin embargo, nadie sabía por qué se había generado ese efecto. La Corte Suprema clarificó que en la discriminación indirecta no debe exigirse al demandante la razón o razones sobre el porqué determinada NPC pone en desventaja a un grupo en comparación con otros.[47] Basta con que se establezca una relación entre las normas, prácticas o criterios y el impacto desproporcionado. En ese sentido, lo que muestran las pruebas estadísticas son correlaciones. Nuevamente, "una correlación no es lo mismo que causalidad".[48]

Aquí, es necesario hacer un breve comentario sobre la diferencia entre causalidad y correlación. Explicando esta distinción en términos llanos, lo que nos gustaría saber en los casos de discriminación indirecta es que fue precisamente esa NPC y no otra cosa, la que causó ese efecto adverso y desproporcionado en el grupo especialmente protegido. Sin embargo, el límite de las pruebas estadísticas es que, a pesar de que nos muestren resultados estadísticamente significativos, sólo nos indican que dos eventos están fuertemente asociados, pero no necesariamente que uno fue causa del otro.[49] Aun con esta significancia, el resultado puede deberse a una causa más remota o a varias causas operando juntas.[50]

---

[46] U.K. Supreme Court, *Essop v. Home Office (UK Border Agency)*, *cit*.
[47] U.K. *Supreme Court, Essop v. Home Office* (UK Border Agency), *cit*.
[48] *Idem*.
[49] Scheines, Richard, "Causation, Statistics and the Law" en *Journal of Law and Policy,* vol. 16, 2008, pp. 101 y 104.
[50] Un método estadístico para ajustar los factores de confusión es la regresión múltiple que calcula la correlación entre un supuesto ajuste de causa y efecto adecuando cualquier número de "co-variables" (factores de confusión medidos). Sin embargo, una vez más, "el ajuste de los factores de confusión

Entonces, ¿por qué y de qué manera, estas prácticas se convierten en filtros discriminatorios que excluyen a determinados grupos? En algunos casos, estas normas o prácticas establecen un requisito frente al que de manera evidente el grupo especialmente protegido se encuentra en desventaja. Por ejemplo, un test aeróbico para acceder al puesto de capitán de bomberos impone correr a determinada velocidad, impacta desproporcionalmente a las mujeres porque es un hecho natural que las mujeres corren menos rápido que los hombres.[51] De igual manera, las normas que establecen la necesidad de trabajar tiempo completo para acceder a la pensión por jubilación, afectan a las mujeres porque muchas de ellas eligen trabajar tiempo parcial para cuidar a sus hijos.[52] Sin embargo, en muchos otros casos, la causa del resultado desproporcionado es mucho más difícil de advertir. Puede ser que la desventaja sea consecuencia de varias razones operando juntas; barreras ocultas que no son fáciles de discernir. Estos complejos factores pueden relacionarse con la llamada discriminación estructural.[53] "Estos factores de desventaja suelen ser múltiples, difusos y afectan todo lo que hacemos, pero en formas muy sutiles […] Es una combinación de estos factores escurridizos, lo que muchas veces genera impactos adversos a los grupos protegidos."[54]

Así, al menos en los tribunales señalados, no es necesario discernir cuál de las posibles causas generó ese resultado desproporcionado, basta con que el demandante relacione de algún modo la norma, practica o criterio impugnado con ese efecto para generar un caso *prima facie* de discriminación. El demandado puede, en un segundo momento, refutar las presunciones de causalidad y de irrazonabilidad de las NPC.

---

es crucial, pero a menos que estemos seguros de que hemos medido y ajustado todos los factores de confusión, no podemos todavía llegar al Santo Grial de la ciencia causal". *Ibid*, pp. 101 y 127.

[51] Canadá, Supreme Court, *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, cit*.

[52] ECJ, Case C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, *op. cit*., punto 31.

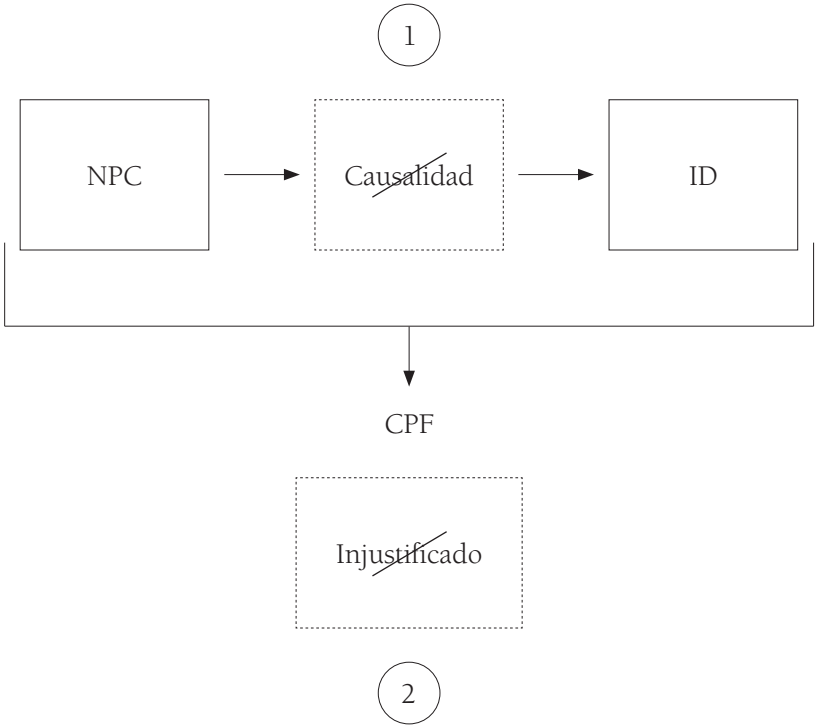
[53] Collins, *Hugh y Khaitan, Tarunabh*, *op. cit*., p. 205.

[54] *Idem*.

IX. Tercer momento: bloqueo o refutación del caso prima facie de discriminación indirecta

Aunque existen diferencias entre tribunales respecto a las defensas que pueden presentar los demandados, en general, aceptan que estos puedan defenderse de los casos presentados en su contra.[55] En ese sentido, al igual que en la discriminación directa, el demando puede desactivar o bloquear las presunciones establecidas por los casos *prima facie* de discriminación indirecta o bien, refutar la presunción más amplia, de discriminación.

En el siguiente esquema argumentativo de la discriminación indirecta estas maniobras de bloqueo o refutación están representadas con las líneas diagonales, indicando las dos presunciones que operan en estos casos: *i)* la presunción de causalidad y *ii)* la presunción de injustificación.



[55] *Ibid*, p. 23.

Para bloquear la primera de las presunciones, el demandado puede atacar la credibilidad de cada uno de los elementos necesarios para configurar el caso *prima facie* de discriminación indirecta o bien, refutar la presunción de causalidad. Así, puede mostrar que no hay un impacto desproporcionado entre los miembros de los grupos especialmente protegidos, señalando, por ejemplo, que las estadísticas utilizadas para probar dicha desproporción son incorrectas o no representan correctamente la realidad. Aquí, las discusiones sobre la pertinencia y fiabilidad de la evidencia estadística se vuelven relevantes. En cambio, para refutar esta primera presunción el demandado tiene que mostrar que no existe la relación de causalidad asumida, probando, por ejemplo, que fue otra causa la que generó dicho resultado dispar.

Si el demando no puede desactivar la primera de las presunciones, todavía puede probar que el impacto diferenciado se encuentra justificado. Para ello, el demandado tiene a su cargo la prueba de la razonabilidad de sus prácticas. En ese sentido, desde *Griggs,* la Corte Suprema de Estados Unidos admitió que el demandado puede mostrar que la práctica impugnada está relacionada o es necesaria para el correcto ejercicio de su negocio.[56] Así, en los casos de discriminación en el ámbito laboral, se fueron admitiendo defensas relacionadas con la "necesidad de los negocios".[57] En casos posteriores se estableció que los demandados debían probar que las distinciones perseguían un objetivo legítimo y necesario.[58]

En Europa, las directivas contra la discriminación indirecta no establecen líneas específicas de defensa;[59] sin embargo, en los casos resueltos a lo largo de la Unión Europea se observa la necesidad de que los casos *prima facie* se superen mostrando que las distinciones persiguen un objetivo

[56] U.S. *Supreme Court, Griggs. v. Duke Power* Co., *cit*.
[57] *Idem*.
[58] U.S. *Supreme Court, Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project*, *cit.*
[59] European Comission, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level,* Bruselas, EC, 2014, p. 76.

legítimo, son necesarias para alcanzar dicho propósito y, además son proporcionales. [60]

Como se observa, la forma de probar la razonabilidad del impacto desproporcionado tiende a ser la misma que la empleada para superar la presunción de discriminación directa. Sin embargo, queda por discutir si resulta justificado emplear también el escrutinio estricto en los casos de discriminación indirecta, ello, porque puede resultar muy oneroso para el demandado que dos presunciones consecutivas —de causalidad y de irrazonabilidad— jueguen en su contra. De aplicarse el escrutinio estricto en discriminación indirecta, el demandante únicamente tendría que mostrar la existencia de una NPC y el impacto desproporcionado, para que el demandado tuviera que refutar bajo razones muy poderosas, la presunción de discriminación.

No obstante lo anterior, parece que los tribunales admiten la posibilidad de aplicar un escrutinio estricto a la justificación de las prácticas que generan un impacto desproporcionado, en los casos de categorías sospechosas. In *DH and Others*, la Corte Europea de Derechos Humanos reiteró que las diferencias de trato basadas en raza, color, u origen étnico ameritan la aplicación de un escrutinio estricto.[61]

X. A modo de conclusión

A lo largo de los esquemas para probar la discriminación aparecen recurrentemente tres instituciones: la evidencia estadística, la inversión de la carga de la prueba y las presunciones. En este apartado estableceré algunas conclusiones sobre estas y otras instituciones probatorias.

---

[60] ECHR, *Nachova and others v. Bulgaria; D.H. and others v. the Czech Republic y Essop v. Home Office* (UK Border Agency), *cit*.
Canada, Supreme Court, British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, *cit*.
[61] ECHR, D.*H. and others v. the Czech Republic*, *cit*.

Decimos que una cuestión fue probada cuando se extraen con éxito algunas inferencias concernientes a su ocurrencia a partir de la evidencia disponible.[62] Así, para probar la discriminación debe mostrarse que han ocurrido los elementos empíricos que componen este hecho jurídico institucional, como se indicó: 1) que hay una distinción y 2) que ésta es injustificada.

Es necesario precisar que en el ámbito judicial es prácticamente imposible establecer la veracidad absoluta de los hechos. Basta mostrar cierto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos. Este grado de certeza es conocido como estándar de prueba. Típicamente se hace referencia a tres tipos de estándar: preponderancia de la evidencia, claro y convincente, y más allá de toda duda razonable.[63]

La jurisprudencia internacional de derechos humanos "ha evadido siempre establecer una regla rígida sobre el nivel probatorio necesario para soportar un juicio" y los estándares de prueba no han recibido mucha atención en los tribunales internacionales.[64] Como sea, en general, parece exigirse un estándar de prueba de preponderancia de la evidencia, y en algunos precedentes se requirió el estándar de claro y convincente.[65]

El grado de convicción requerido para tener a la discriminación por probada, se obtiene a partir de mostrar la veracidad de las proposiciones fácticas de componen la cláusula contra la discriminación. Los datos cognitivos,[66] conocidos en el ámbito judicial como evidencia, permitirán

---

[62] Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William, *Analysis of Evidence,* Cambridge University Press, 2005, p. 35.

[63] Pardo, Michael S., "Estándar de prueba y teoría de la prueba", en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica,* Madrid; Barcelona; Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

[64] Foster, Caroline, *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality,* Nueva York, Cambridge University Press, 2011, pp. 223-224. Descripción sobre los estándares en la Corte IDH, véase Paul, Álvaro, "In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights" en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, 2012.

[65] Foster, Caroline, *op. cit.,* pp. 223-224. Para descripción sobre los estándares en la Corte IDH, véase Paul, Álvaro, *op. cit.*

[66] Taruffo, M., *op. cit.*, p. 34.

probar cada una de esas premisas. En los casos de derechos humanos se admite toda clase de evidenciacomo testimonios —reportes de expertos, *amici curiae*, entre muchas otras fuentes—.[67]

Como se señaló, la evidencia estadística juega un rol central sobre todo en la prueba de la discriminación indirecta.[68] Este tipo de evidencia plantea relevantes problemas epistémicos.[69] Una objeción común es que las estadísticas no pueden ofrecer un apoyo probatorio válido a un enunciado sobre un hecho específico, puesto que sólo pueden determinar la frecuencia relativa de clases de sucesos.[70] También, se planteó la problemática de que este tipo de información es sólo indicativa de la relaciones que pueden existir entre dos tipos de eventos: *a)* la norma, práctica o criterio impugnado; y *b)* el resultado desproporcionado, pero que no puede afirmarse a partir de ella, la causalidad entre ambos eventos. Así, pueden existir al mismo tiempo, explicaciones causales alternativas, indirectas o remotas del resultado desproporcionado.

Finalmente, es de resaltar que el derecho contra la discriminación está regido por presunciones que afectan de forma fundamental las típicas cargas de la prueba. En efecto, por regla general en el derecho, quien afirma tiene que probar su dicho. En los casos de discriminación en cambio, el demandante únicamente tiene que presentar un caso *prima facie*, mostrando que existe una distinción basada en una categoría protegida, para que se invierta la carga de la prueba de razonabilidad de la distinción al demandado. En la discriminación indirecta, además, opera la presunción de causalidad para establecer el caso *prima facie* de discriminación.

---

[67] Foster, C., *op. cit.,* p. 12.
[68] Belton, Robert, "Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice", en *Vanderbilt Law Review,* vol. 34, 1981, pp. 1205-1287.
[69] Huq, Aziz Z, "Judging Discriminatory Intent", en *Cornell Law Review*, vol. 103, 2018, pp. 48-49.
[70] Sobre esta discusión véase Laycock, Douglas, "Statistical Proof and Theories of Discrimination" en *Law and Contemporary Problems,* vol. 49, núm. 4, 1986; Schauer, Frederick F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes,* Cambridge, Massachisetts, London, England, Harvard University Press, 2003 y Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba,* Madrid, Marcial Pons, 2007; Taruffo, Michele, *op. cit.,* p. 101.

¿Qué son estas reglas de presunción y qué justifica su uso? Edna Ulmman-Margilit señala que una presunción es "tomar algo por cierto".[71] Esto es, a partir de ciertos hechos conocidos (*P*) asumir la existencia de ciertos hechos desconocidos (*Q*). Así, cuando la prueba de un caso está regida por una presunción, basta probar *P* para mostrar *Q*.[72] En discriminación, basta establecer el caso *prima facie*, para asumir que la norma, práctica o criterio es discriminatoria.

En la literatura se aducen razones epistémicas, prácticas y morales que justifican el uso de las presunciones.[73] El primer tipo de razones las podemos entender en términos de probabilidad, pues si determinado hecho ha ocurrido con mayor frecuencia a lo largo de la historia o, en la mayoría de los casos, es válido presumir que el caso particular también es del tipo general. En esta situación se utiliza a la presunción como una inferencia basada en máximas de la experiencia. Una razón práctica, en cambio, es aquella que considera la eficiencia del proceso, por lo que se toman en cuenta las dificultades materiales probatorias. Una consideración moral, por otro lado, tiene que ver con los valores que el sistema jurídico quiere promover o alcanzar; esto es, que en el sistema jurídico de que se trate se resuelva qué error es socialmente más costoso: un falso positivo o un falso negativo. Así por ejemplo, en el derecho penal se prefiere apoyar la pretensión de la parte acusada, a través de la presunción de inocencia.

En los casos de discriminación están presentes los tres tipos de justificaciones. Sin embargo, en mi opinión, es una razón moral, la de reprochar distinciones basadas en categorías protegidas, la que está detrás del uso de estas presunciones. Por un lado, puede decirse que si un grupo especialmente protegido sufre un trato diferenciado este es injustificado, pues es probable que dicho trato sea parte de un patrón histórico de

[71] Ullmann-Margalit, Edna, "On presumption", en *The Journal of Philosophy,* vol. 80, núm. 3, 1983, p. 145.
[72] *Ibid*, p. 147.
[73] Belton, Robert, *op. cit.*, pp. 1205-1287 y 1222.

abuso. También, puede señalarse que es muy difícil exigirle al demandante que proporcione la prueba de la irrazonabilidad de la distinción, pues no cuenta con la evidencia necesaria para mostrarla o bien, se trata de un hecho negativo, por lo que es preferible invertir la carga de la prueba al demandado. Estas justificaciones, epistémicas y prácticas, son insuficientes, pues los propósitos que buscan pueden alcanzarse con instituciones probatorias distintas a las reglas de presunción.

La discriminación histórica que ha enfrentado cierto grupo, en realidad lo que proporciona es un indicio o una inferencia de la existencia de un patrón, pero por sí misma es insuficiente para asumir que todo trato diferenciado es injustificado. La justificación de la presunción de irrazonabilidad entonces no es epistémica, o al menos, no únicamente epistémica. De igual manera, la mejor posición en la que se encuentra el demandado para presentar evidencia no justifica el invertirle la carga de la persuasión. Otras instituciones, como la carga dinámica de la prueba, o la posibilidad del juez de actuar oficiosamente y de allegarse de mayores elementos probatorios, podrían sustituir las reglas de presunción que operan en los casos de discriminación. Entonces, la justificación de estas reglas no radica exclusivamente en facilitar el acceso a la evidencia.

Detrás de las presunciones que rigen el derecho contra la discriminación está un objetivo normativo: erradicar las prácticas o normas que establecen distinciones expresas o implícitas. Tal vez, de fondo, los sistemas jurídicos que utilizan estas presunciones encuentran moralmente reprochable mantener diferencias entre grupos, y prefieren asumir que son estas distinciones son irrazonables. Quizá —aunque esta conclusión necesita mayor exploración— existe un compromiso con una igualdad sustantiva que se preocupa con una igualdad real de oportunidades. Esta justificación normativa toca lo que Ullman considera ser el fundamento del concepto de una presunción: una regla de decisión tomada por valores morales o sociales.[74] Me parece que, de fondo, estas razones son las que justifican el uso de presunciones en los casos de discriminación.

[74] Ullmann-Margalit, Edna, *Normal rationality: decisions and social order,* Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 35.

Con todo, las instituciones probatorias sobre carga de la prueba, presunciones, y estándar de prueba, no parecen ser reglas estables en varios de los sistemas jurídicos estudiados. Los casos paradigmáticos dan cuenta del estado más reciente en que se encuentran estas instituciones. Son necesarios más casos que sigan las mismas reglas para que podamos hablar de una doctrina consolidada en el tema. En mi opinión, sin embargo, sí es posible mostrar una tendencia en la prueba de la discriminación, donde las presunciones van tomando un rol fundamental y, como señalaba, en su justificación moral y en la adherencia de estos sistemas a una concepción de igualdad sustantiva. Ojalá sigamos en esa línea.

Bibliografía

Aguiló Regla, Josep, "Nota sobre Presunciones de Daniel Mendonca" en *Doxa,* vol. 22, 1998, pp. 649-660.

Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William, *Analysis of Evidence,* Cambridge University Press, 2005.

Belton, Robert, "Burdens of Pleading and Proof in Discrimination Cases: Toward a Theory of Procedural Justice", en *Vanderbilt Law Review,* vol. 34, 1981, pp. 1205-1287.

Collins, Hugh y Khaitan, Tarunabh, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", en *Foundations of Indirect Discrimination Law,* Oxford, Hart Publishing, 2018.

European Comission, *Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level,* Bruselas, EC, 2014.

Faigman, David, *Constitutional Fictions: A Unified Theory of Constitutional facts,* Nueva York, Oxford University Press, 2008.

Ferrer Beltrán, Jordi, *La valoración racional de la prueba,* Madrid, Marcial Pons, 2007.

FOSTER, Caroline, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals: Expert Evidence, Burden of Proof and Finality,* Nueva York, Cambridge University Press, 2011.

FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law,* (2 ed.), Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

GÓNZALEZ Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GONZÁLEZ Lagier, Daniel, *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción,* Fontamara, 2013.

HELLMAN, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Oxford University Press, 2014.

HUQ, Aziz Z, "Judging Discriminatory Intent", en *Cornell Law Review*, vol. 103, 2018, pp. 48-49.

KHAITAN, Tarunabh, *A Theory of Discrimination Law,* Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2015.

KITCHING, Kevin, *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners,* London, Interights, 2011.

LAYCOCK, Douglas, "Statistical Proof and Theories of Discrimination" en *Law and Contemporary Problems,* vol. 49, núm. 4, 1986.

LEE, Jack Tsen-Ta, "Equal Protection and Sexual Orientation", en *Singapore Law Review*, vol. 16, 1995.

MENDONCA, Daniel, "Presunciones" en *Doxa*, vol. 1, núm. 21, 1998, pp. 96-98.

PARDO, Michael S., "Estándar de prueba y teoría de la prueba", en Vázquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica,* Madrid; Barcelona; Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

PAUL, Álvaro, "In Search of the Standards of Proof Applied by the Inter-American Court of Human Rights" en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 55, 2012.

RUTHERGLEN, George, "Concrete or Abstract Conceptions of Discrimination?", en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law,* Oxford University Press, 2014, pp. 137.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2018.

SAPAG, Mariano A., "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado" en *Díkaion*, núm. 17, diciembre 2008, pp. 168.

SCHAUER, Frederick F., *Profiles, Probabilities and Stereotypes,* Cambridge, Massachisetts, London, England, Harvard University Press, 2003.

SCHAUER, Frederick, *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination,* London, Routledge, 2018.

SCHEINES, Richard, "Causation, Statistics and the Law" en *Journal of Law and Policy,* vol. 16, 2008, pp. 101.

SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, Free Press, 1995.

TARUFFO, Michele, *La prueba*, Madrid; Barcelona; Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.

ULLMANN-Margalit, Edna, "On presumption", en *The Journal of Philosophy,* vol. 80, núm. 3, 1983.

CAPÍTULO 6
La reparación de la discriminación normativa como reto constitucional complejo

Markus González Beilfuss*

* Profesor titular de Derecho Constitucional por la Universidad de Barcelona, España.

Sumario: I. Introducción; II. La reparación de la discriminación normativa como problema constitucional; III. El modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa; IV. El modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa; V. Conclusiones y retos; VI. Bibliografía.

I. Introducción

La igualdad jurídica ha planteado desde siempre numerosos y complejos retos dogmáticos: ¿qué debe entenderse por igualdad?; ¿cuál es su fundamento y posición en el ordenamiento jurídico?; ¿cuál es su naturaleza y estructura?; ¿existe alguna diferencia entre el principio general de igualdad y las prohibiciones de discriminación? Estos y otros muchos interrogantes han ocupado a muchos juristas desde que la igualdad logró incorporarse a las declaraciones de derechos y las constituciones pretendidamente normativas. Y como se pone de relieve en esta obra colectiva, las respuestas a todos estos interrogantes ya antiguos todavía no son ni pacíficas ni, sobre todo, sencillas. La igualdad jurídica sigue planteando retos complejos, en muchos casos de naturaleza constitucional, que también van evolucionando a medida que lo hacen los textos constitucionales que la proclaman.

Los desafíos de la igualdad jurídica no se limitan, sin embargo, a sus problemas tradicionales. La "igualdad en acción", esto es, los procesos

judiciales que combaten pretendidas vulneraciones de la igualdad jurídica pone al descubierto constantemente otros problemas estructurales que no siempre han parecido evidentes. Uno de ellos es el que se abordará en estas páginas: ¿cómo y quién debe reparar la discriminación normativa detectada por los máximos órganos de justicia que controlan las normas de carácter general? Normalmente, las discusiones jurídicas e incluso las opiniones de los magistrados discrepantes de las sentencias que detectan una discriminación normativa se centran en si se ha producido una vulneración del principio de igualdad o no. Pero en muchas ocasiones, el debate no debería acabarse ahí, sino que debería emerger otra pregunta: ¿quién y cómo debe restablecer la igualdad normativa vulnerada?

Antes de intentar arrojar luz sobre esta pregunta, resulta preciso realizar una serie de consideraciones preliminares que ayudarán a comprender qué se pretende abordar y qué queda fuera de mi análisis, así como cuál es el contexto institucional y procesal en el que surge el problema de la reparación de la discriminación normativa.

La primera cuestión que debe destacarse es que cuanto sigue se limita a la reparación de la discriminación normativa y no de otro tipo de discriminaciones. Como es sabido, la igualdad jurídica tiene muchas vertientes y no tiene el mismo contenido normativo cuando afecta a la aplicación administrativa o judicial de las normas que cuando afecta a la creación de estas. En el primer caso, la vinculación al precedente suele ser la clave y la diferencia principal entre los diversos sistemas judiciales, mientras que en el segundo, el debate suele trasladarse a la justificación del trato normativo diferente. En cualquier caso, no nos referiremos aquí a la igualdad en la aplicación en la ley, sino a la igualdad en el contenido de ésta. No sólo porque su contenido normativo es distinto, sino sobre todo porque el problema de la reparación de la discriminación también es completamente diferente en ambos casos: en el primer supuesto se trata de dilucidar cómo se restablece la igualdad a una persona a la que se le ha aplicado una norma de manera discriminatoria, mientras que en el segundo

de lo que se trata es de decidir cómo y quién restablece la igualdad normativa, es decir, la igualdad en la ley.[1]

La segunda consideración preliminar que debe hacerse es que la perspectiva de mi análisis es eminentemente dogmática. No pretendo, en efecto, analizar el problema de la reparación de la discriminación normativa en un país y en un contexto jurídico concretos, sino abordarlo en términos generales y teóricos. Aunque el origen de las consideraciones que siguen se encuentra en un ya lejano trabajo relativo a España y al sistema europeo de control de constitucionalidad,[2] lo que siguen son unas disquisiciones generales sobre los problemas que se plantean en todos los países que cuentan con un órgano judicial que tiene la potestad y competencia de pronunciarse con carácter vinculante sobre el contenido discriminatorio de normas de alcance general. No se trata, pues, de analizar el problema de la reparación de la discriminación normativa en un país concreto, sino de abordarlo desde una perspectiva más general. No pretendo, pues, analizar en caso de México ni la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre esta cuestión, ni tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español o de otros países europeo como Austria o Alemania, en los que el problema de la reparación de la discriminación normativa se ha planteado de forma clara. Parafraseando el título de esta obra colectiva sobre la igualdad, lo que se busca en las siguientes páginas es aportar una pieza concreta y no siempre suficientemente conocida —la reparación de la discriminación normativa— que

[1] A lo largo de este trabajo se utiliza el concepto de ley en sentido formal, es decir, como producto normativo elaborado por el Parlamento, y no como sinónimo de cualquier disposición normativa con carácter general. Como se verá, la reparación de la igualdad plantea por lo general un problema de legitimidad institucional claro que es más importante cuando está en juego la libertad de configuración del legislador democrático. Por ello, aunque la necesidad de reparar la discriminación normativa también se plantea cuando la discriminación tiene su origen en otras disposiciones con carácter general, las reflexiones que siguen parten de la base que la discriminación normativa tiene su origen en disposiciones elaboradas por el legislador.

[2] Concretamente, en mi monografía *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, que recoge mi tesis doctoral sobre este tema defendida en el año 2000 en la Universidad de Barcelona y que mereció el Premio Francisco Tomás y Valiente, otorgado por el Tribunal Constitucional español y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en su edición de 1999.

contribuya a armar un aparato dogmático adecuado para enfrentarse a los múltiples retos que plantea el principio de igualdad.

Lo anterior no impedirá, sin embargo, que se haga referencia a algunas sentencias concretas de determinados países y, en especial, del Tribunal Constitucional español con un propósito meramente ilustrativo. Sin desconocer ni la importancia de las normas procesales que se aplican en cada país, ni las diferencias que existen en el reconocimiento constitucional de la igualdad jurídica en cada país,[3] las referencias a la jurisprudencia española sólo pretenden poner de relieve algunos de los problemas que puede plantear la reparación de la discriminación normativa. En ningún caso se trata de acudir al Derecho comparado para ofrecer soluciones concretas a un problema que es general, pero que se plantea en contextos procesales distintos. En todo caso, el hecho de que tanto la Suprema Corte mexicana como el Tribunal Constitucional español tengan competencias para pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas generales y que ambos órganos puedan pronunciar declaraciones de invalidez sobre dichas normas que responden, desde un punto de vista teórico, al modelo del legislador negativo kelseniano,[4] abre las puertas a este enfoque comparado.[5]

Hechas estas consideraciones preliminares, procede abordar el problema de la reparación de la discriminación normativa. Para ello se empezará ilustrándolo a través de algunos ejemplos reales de la jurisprudencia constitucional española para, a continuación, demostrar su carácter estructural y, finalmente, exponer los modelos para abordarlo desde una perspectiva constitucionalmente adecuada.

---

[3] En el caso español, por ejemplo, la Constitución y la doctrina constitucionalista diferencian claramente el principio general de igualdad de las discriminaciones específicas de discriminación, a pesar de que ambas dimensiones de la igualdad están reconocidas en el art. 14 del texto constitucional.

[4] En relación con el mismo y sus problemas funcionales respecto al legislador, véase Aja, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.

[5] En el caso español, las sentencias estimatorias de control de constitucionalidad deben declarar, tal y como dispone el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos inconstitucionales, mientras que en el caso mexicano las declaraciones son de invalidez.

II. La reparación de la discriminación normativa como problema constitucional

Identificar una vulneración de la igualdad en la ley, es decir, de la igualdad normativa y repararla no son acciones idénticas o que acontecen de manera simultánea. En comparación con lo que ocurre con la vulneración de otros derechos constitucionales, en los que determinar que una norma los ha vulnerado y expulsarla del ordenamiento jurídico implica un inmediato restablecimiento de la supremacía constitucional, en el caso de la igualdad, las cosas son diferentes. Veamos algunos ejemplos.

Imaginemos una regulación de las pensiones de viudedad en la que los requisitos para ser beneficiario de estas no son iguales para los viudos y para las viudas. Semejante diferencia de trato podría justificarse desde la existencia de una situación de desigualdad de origen que se trataría de compensar mediante un trato más beneficioso para las viudas. Pero dicha justificación también podría considerarse irrazonable e insuficiente, sobre todo teniendo en cuenta que estamos ante un trato desigual basado en un criterio como el sexo, que está expresamente prohibido por la mayor parte de constituciones y constituye lo que la doctrina de inspiración estadounidense califica como categoría sospechosa. En todo caso y dejando de lado este problema, si se considera que el trato desigual es efectivamente discriminatorio, ¿cómo se restablece la igualdad normativa?: ¿extendiendo el régimen más favorable a todas las personas viudas?; ¿generalizando el régimen más gravoso?; ¿creando uno nuevo? El Tribunal Constitucional español, en una famosa y ya lejana sentencia de 1983 (la 103/1983, de 22 de noviembre), anuló el requisito adicional que se exigía a los viudos (ser dependiente de sus mujeres fallecidas) y generalizó de este modo el régimen más favorable previsto en ese momento para las viudas. Desde un punto de vista procesal, actuó en estricto cumplimiento de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que en su art. 39.1 establece que toda norma inconstitucional será declarada nula y, por lo tanto, expulsada de forma inmediata del ordenamiento jurídico. Pero es evidente que, aún comportándose formalmente como un legislador negativo, su decisión

tuvo efectos positivos y, concretamente, efectos aditivos. Es más, el Tribunal Constitucional no solo eliminó el requisito adicional que se exigía a los viudos, sino que también declaró inconstitucional la palabra "viuda" para posibilitar con ello que existiese un único régimen jurídico aplicable indistintamente a todas las personas. Diseccionando y manipulando, pues, el precepto impugnado restableció de una determinada manera la igualdad normativa.

Este modo de actuar plantea problemas constitucionales que resultan evidentes al entrar en conflicto con la libertad de configuración del legislador democrático, que es quien debería decidir cómo se restablece la igualdad, habida cuenta que existen múltiples posibilidades para ello. Las implicaciones políticas, sociales y presupuestarias de cada una de estas opciones parecen aconsejar, en efecto, que sea el legislador quien repare la discriminación normativa. A pesar de ello, no son pocas las sentencias del Tribunal Constitucional español que han optado por lo que, como se verá más adelante, es posible calificar como modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa, en el sentido que solo contempla la intervención del Tribunal Constitucional como órganos responsables de identificar y reparar la discriminación normativa.

Pero la jurisprudencia constitucional española también ha puesto de relieve que el modelo teórico del legislador negativo no siempre permite hacer frente a las discriminaciones normativas. Imaginemos un supuesto en que la desigualdad se produce como consecuencia de una omisión o una exclusión tácita de un colectivo de un determinado régimen jurídico. Un buen ejemplo de ello lo ofrece la también lejana Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 222/1992, de 11 de diciembre, que analizó la constitucionalidad de la norma legal que regulaba la subrogación en los contratos de arrendamiento y exigía entre sus requisitos que la persona que se subrogaba fuese cónyuge del titular del contrato que había fallecido. El Tribunal Constitucional tuvo que analizar si la exclusión tácita de las parejas de hecho estables era discriminatoria. Y llegó a la conclusión que sí, puesto que la diferencia de trato no estaba justificada teniendo

en cuenta el bien jurídico que se pretendía proteger a través de la institución de la subrogación arrendaticia. Como en el caso anterior, el Tribunal Constitucional español no dudó en reparar unilateralmente la discriminación detectada. Sin embargo, no lo hizo mediante la declaración de nulidad de ningún precepto o inciso, sino mediante un fallo no previsto en su Ley Orgánica como fue la declaración de inconstitucionalidad (sin nulidad) del precepto impugnado, en la medida en que excluía a las parejas de hecho estables. Sentencias de este tipo también tienen, pues, efectos aditivos, aunque en este caso no se derivan de la expulsión de determinados incisos, sino de la ampliación del régimen jurídico impugnado. De hecho, en los supuestos en que la discriminación tiene su origen en una omisión o en una exclusión tácita la declaración de invalidez del precepto impugnado se muestra totalmente inadecuada, puesto que lo único que puede provoca es la desaparición total de un régimen jurídico que no es en sí mismo inconstitucional, sino que sólo lo es por su carácter discriminatorio.

En otros supuestos, el Tribunal Constitucional español también ha acudido a sentencias interpretativas para restablecer la igualdad normativa. Por lo general, también en casos de discriminaciones por exclusión tácita, el Tribunal Constitucional ha preferido declarar que el precepto impugnado debía interpretarse en un determinado sentido, explicitado en los fundamentos jurídicos y en el propio fallo de la sentencia, que incorpora el colectivo discriminado a la norma impugnada. Un ejemplo de este tipo de sentencias lo constituye la STC 74/1987, de 25 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional señaló la necesidad de interpretar que la norma procesal que daba a los detenidos derecho a ser asistido por un intérprete también incluía a los españoles (y no sólo a los extranjeros) que no comprendieran el castellano. Sentencias interpretativas de este tipo también tienen efectos aditivos y son expresión de un modelo unilateral de la reparación de la discriminación normativa en el que el Tribunal Constitucional se considera competente no sólo de detectar la discriminación normativa, sino de repararla incluso al margen de las previsiones sobre el contenido de sus sentencias.

Las insuficiencias procesales de los fallos de nulidad o invalidez para hacer frente a las discriminaciones normativas resultan, pues, evidentes en muchos casos y, sobre todo, en los supuestos de exclusiones tácitas. Pero al margen de este problema procesal, lo verdaderamente relevante es que la reparación de la discriminación normativa constituye un problema constitucional en la medida en que no deriva automáticamente de la detección de la discriminación, sino que requiere de una acción normativa que restablezca la igualdad vulnerada. Lo importante no es solo cómo se repara la discriminación, sino sobre todo quién debe hacerlo.

La causa de este problema no es procesal o institucional, sino teórico-normativa. En efecto, la igualdad jurídica tiene una estructura normativa peculiar que explica cuanto se ha visto hasta ahora. Se trata de una norma principial,[6] que tiene naturaleza relacional en el sentido que obliga a comparar dos supuestos de hecho o dos regímenes jurídicos en el caso de la igualdad normativa. Un régimen jurídico no es en sí mismo contrario al principio de igualdad, sino que requiere ser comparado con otro equivalente para poder ser contrastado desde la perspectiva de la igualdad. Al igual que Robinson Crusoe no podía ser discriminado en su isla desierta, un régimen jurídico no es en sí mismo discriminatorio. De hecho, la discriminación no se deriva de una única norma, sino que requiere de una relación internormativa para poder ser afirmada. Como se verá más adelante, esto puede tener excepciones en algunos casos en los que no sólo está presente el principio general de igualdad, sino también otros preceptos constitucionales. Pero desde un punto de vista teórico-normativo, la discriminación no puede ser abordada desde la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma pretendidamente causante de la discriminación. Así como una norma vulneradora de los derechos a la libertad personal, de huelga o a la intimidad, ésta puede ser expulsada del ordenamiento jurídico de modo que la inconstitucionalidad es reparada de forma automática. En el caso de la igualdad normativa, la reparación

[6] Cfr., Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994.

de la discriminación requiere la creación de una nueva relación internormativa que suscita importantes problemas institucionales: ¿quién debe de realizar esta labor?; ¿puede el Poder Legislativo ser sustituido por del órgano judicial que controla que las leyes no contradigan la Constitución? La reparación de la discriminación normativa no se limita, pues, a un problema procesal, sino que tiene verdadera naturaleza constitucional.

III. El modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa

Como se ha visto en el apartado anterior, en no pocos casos el Tribunal Constitucional español ha dictado sentencias con efectos aditivos que han reparado la discriminación normativa de una determinada manera. Este también ha sido el criterio de otros tribunales como la Corte Constitucional italiana a través de las llamadas *sentenze additive,*[7] más allá de la concreta regulación de los efectos de sus sentencias y de la tipología de fallo empleado para restablecer la igualdad normativa. La crítica desde un punto de vista funcional a estas sentencias resulta clara y, en no pocos supuestos, ha sido también señalada por algunos magistrados constitucionales discrepantes: este tipo de sentencias invade la libertad de configuración del legislador democrática por cuanto, en general, la igualdad normativa puede restablecerse de múltiples formas dado el carácter relacional del principio de igualdad, debiendo ser el legislador y no el Tribunal Constitucional el que decida por cuál de ellas debe optarse. En el caso de prestaciones públicas o de normas tributarias, en los que son claros los efectos presupuestarios de las diversas maneras de restablecer la igualdad, la crítica a las sentencias con efectos aditivos ha sido especialmente notoria.

Desde un punto de vista dogmático, sin embargo, es posible identificar algunos supuestos en los que el modelo unilateral de reparación de la

[7] Entre otros, véanse, Colapietro, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Constituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990 y Parodi, Gian Paolo, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giapichelli Editore, Milano, 1996.

discriminación normativa es constitucionalmente aceptable. El primero de ellos es el de los casos en que dicha reparación está constitucionalmente predeterminada. Un ejemplo claro en este sentido es el de la ya mencionada STC 74/1987, relativa al derecho a intérprete por parte de los detenidos que no entiendan y hablen el castellano. En efecto, la necesidad de ampliar dicho derecho a los ciudadanos españoles que cumplan este requisito no puede considerarse disponible, sino que viene impuesta por el derecho fundamental a no sufrir indefensión. En el fondo, no estaríamos ante un supuesto de discriminación normativa, sino ante una normativa vulneradora de otro derecho fundamental reconocido por la propia Constitución y que predetermina el modo de repara la inconstitucionalidad.

Una segunda posibilidad de fundamentar el modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa desde el propio texto constitucional a la que debe hacerse referencia es la que se refiere a las prohibiciones específicas de discriminación. Muchas constituciones reconocen de manera expresa cláusulas abiertas que prohíben determinadas discriminaciones históricas especialmente graves, que se desean superar *ex constitutione*. Desde esta perspectiva, los Tribunales Constitucionales no deberían tener problema en expulsar del ordenamiento jurídico normas que constituyen privilegios injustificados o normas protectoras basadas en una concepción incompatible con los valores constitucionales de un colectivo determinado. Un claro ejemplo en este sentido son las normas que prohíben a las mujeres realizar determinados trabajos o que imponen una excedencia laboral o una jubilación anticipada vinculadas al matrimonio o a su apariencia física.[8] Este tipo de normas no serían discriminatorias por excluir a los varones, sino por basarse en una concepción de la mujer

[8] Aunque no siempre en procedimientos de control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional español se ha enfrentado supuestos de este tipo. Así, en la STC 229/1992, de 14 de diciembre, puso fin a la prohibición de trabajar en minas a las mujeres con el argumento que era consecuencia de un prejuicio sobre la menor fortaleza física de la mujer, mientras que en la STC 7/1983, de 14 de febrero, acabó con la norma que imponía la excedencia laboral por razón de matrimonio y en la STC 207/1987, de 22 de diciembre, con un régimen de jubilación anticipada de las azafatas de vuelo basado en su apariencia física.

contraria a los valores constitucionales. De hecho, la expulsión de estas normas del ordenamiento jurídico no tiene unos efectos aditivos directos, sino que sobre todo pone fin a un régimen jurídico privilegiado incompatible con el texto constitucional.

Cabe advertir, sin embargo, que no siempre que se vulnera una prohibición específica de discriminación estamos ante un privilegio injustificado o una norma protectora. Estos dos últimos conceptos no son claros desde un punto de vista dogmático y tampoco resulta pacífico que las prohibiciones de discriminación tengan una estructura distinta de la del principio general de igualdad, que permita vincular el origen de la discriminación a una norma concreta y no a la relación que existe entre los dos regímenes jurídicos comparados. De hecho, en no pocos supuestos vinculados a prohibiciones específicas de discriminación existen múltiples maneras de restablecer la igualdad, sin que ninguna de ellas resulte predeterminada constitucionalmente. Es por ello por lo que desde un punto de vista dogmático no cabe defender el modelo unilateral de reparación de la igualdad normativa en todos los supuestos en los que se ha vulnerado una prohibición específica de discriminación.

Otro segundo gran supuesto en que el modelo unilateral de reparación de la discriminación puede ser dogmáticamente aceptable es el de la predeterminación legal del restablecimiento de la igualdad. En estos casos el modo de reparar la discriminación decidido por el Tribunal Constitucional no viene impuesto por el texto constitucional, sino que vendría a coincidir con la voluntad del legislador democrático. Así por ejemplo, algunas sentencias con efectos aditivos del Tribunal Constitucional español y del alemán[9] reparan la discriminación normativa de la misma manera en que lo ha hecho el legislador durante la pendencia de la sentencia. En otros casos, la reparación unilateral de la discriminación coincide con los criterios empleados por el legislador en ámbitos cercanos o con una tendencia

[9] A modo de ejemplo, véase la Sentencia 3/1993, de 14 de enero, del Tribunal Constitucional español, y la Sentencia 27, 391 del Tribunal Constitucional Federal alemán.

general seguida por el propio Parlamento con anterioridad.[10] Desde un punto de vista dogmático, sin embargo, el argumento de la voluntad subjetiva del legislador no deja de ser ontológicamente discutible, sino también incierto, sobre todo teniendo en cuenta que en la práctica no suele explicitarse para legitimar la reparación unilateral de la discriminación.

Una variante del argumento de la predeterminación legal del restablecimiento de la igualdad normativa es la coincidencia no con la voluntad subjetiva del legislador, sino con la voluntad objetiva de la ley. Aunque las sentencias constitucionales que lo emplean no siempre lo explicitan, este criterio parece ser el empleado cuando los efectos aditivos de las sentencias se vinculan con la *ratio* o la finalidad del régimen jurídico impugnado. Este sería el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional español mencionadas anteriormente en relación con las pensiones de viudedad (STC 103/1083) o con la subrogación arrendaticia (STC 222/1992). En ambos casos, el Tribunal Constitucional no sólo habría detectado la discriminación normativa, sino que la habría reparado teniendo en cuenta la finalidad de la normativa impugnada: la compensación frente al daño, en el caso de las pensiones de viudedad, y la protección de la vida en común, en el caso de la subrogación arrendaticia, no admiten diferencias basadas en el sexo o en el estado civil de las personas, de modo que la ampliación de los colectivos beneficiarios sería coherente con el sistema vigente y, en definitiva, con la voluntad objetiva de la ley. De forma similar, en otros supuestos se podría argumentar que la expulsión de una norma excepcional y la consiguiente ampliación de la norma general también podría ser un efecto aditivo compatible con la voluntad de la ley. Desde un punto de vista dogmático, sin embargo, el argumento de la voluntad objetiva de la ley también resulta problemático. No solo por la dificultad, en algunos casos, de identificar con certeza la *ratio* de la normativa impugnada, sino porque el origen de la discriminación sigue

[10] Véase en este sentido, las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán 38, 187; 88, 87; y 21, 329, en las que se hace referencia explícita a estos argumentos para restablecer la igualdad de una determinada manera.

estando en una relación internormativa que puede repararse de diferentes maneras y no en una pretendida incoherente sistemática que solo se podría reparar de una única forma. Aunque en determinados casos concretos, el modelo unilateral de reparación de la discriminación puede justificarse a través de la figura de la voluntad del legislador (sobre todo si hay certeza que es la actual), desde un punto de vista dogmático resulta más convincente el argumento de la predeterminación constitucional de la reparación de la igualdad, que, como se ha visto, se produce sobre todo cuando también se está vulnerando otro derecho fundamental.

Otros tres argumentos son empleados ocasionalmente para justificar la legitimidad de las sentencias con efectos aditivos: que el legislador siempre puede modificar el régimen jurídico resultante de la sentencia con efectos aditivos, que el Tribunal Constitucional puede corregir los déficits del legislador para reparar la discriminación, o que la sentencia con efectos aditivos tiene escasas repercusiones prácticas. Los tres son argumentos que pueden estar implícitos en algunas decisiones concretas, pero que suscitan problemas dogmáticos que no son menores. En el primer caso, se trata de un argumento que podría servir para justificar cualquier extralimitación funcional de los Tribunales Constitucionales y cualquier invasión de las competencias legislativas del Parlamento; en el segundo caso se pone la venda antes que la herida y se da por supuesto que el legislador no es capaz de reparar la discriminación normativa detectada en tiempo y forma; y en el tercero, se supeditan los problemas funcionales y dogmáticos a unos efectos prácticos de las sentencias que no siempre pueden calcularse con certeza. En todo caso, se trata de argumentos que en algunos asuntos concretos pueden ser tenidos en cuenta para justificar los efectos de algunos pronunciamientos y, por lo tanto, el modelo unilateral de la reparación de la discriminación normativa. Pero ante los problemas dogmáticos que plantea este modelo no es extraño que en países como Alemania, Austria, España e Italia también se haya abierto paso, aunque con ritmos e intensidades diferentes, un modelo alternativo en el que la reparación de la discriminación se contempla como un proceso en el que participan diversas instituciones.

IV. El modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa

Frente al modelo unilateral de reparación de la discriminación normativa, la jurisprudencia constitucional de diversos países europeos ha desarrollado un modelo alternativo, basado sobre todo en la colaboración del Tribunal Constitucional con el legislador democrático. Este modelo alternativo se articula procesalmente a través de sentencias que no se limitan a expulsar normas jurídicas del ordenamiento, sino que pretenden encauzar una colaboración con el legislador para reparar la discriminación normativa. Con independencia de la técnica concreta empleada, lo que da unidad a estas sentencias intermedias[11] es que responden a un mismo esquema o modelo: el Tribunal Constitucional se limita a detectar la discriminación normativa para que sea el legislador quien restablezca la igualdad. Como es natural, este modelo innovador, que supera el tradicional aislamiento del Tribunal Constitucional respecto de las restantes instituciones del Estado, también es útil para evitar otros problemas del modelo tradicional del legislador negativo como las dificultades que en determinados supuestos plantea el vacío normativo provocados por la expulsión de algunas normas del ordenamiento jurídico. Pero este modelo también se ha desarrollado jurisprudencialmente para hacer frente a la reparación de la discriminación normativa.

El origen jurisprudencial de este modelo y de las técnicas que lo articulan comporta, como es lógico, que su grado de implantación y su reconocimiento sea heterogéneo en los diversos países que lo emplean. Así, mientras en el caso de Austria y Alemania el restablecimiento bilateral de la igualdad constituye una práctica plenamente consolidada, en la jurisprudencia constitucional española e italiana los intentos de transitar por este modelo son más recientes y, sobre todo, más escasos e inciertos.

[11] Este concepto fue empleado en el Comunicado Final de la VIIa. Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Lisboa en 1987, para referirse a las sentencias que no confirman o expulsan del ordenamiento los preceptos impugnados, sino que condicionan su validez de diversos modos.

El fundamento dogmático de este modelo es concebir el restablecimiento de la igualdad normativa como un proceso que se dilata en el tiempo y en el que participan diversas instituciones en función de sus competencias. Solo de este modo, en efecto, se consigue reparar la discriminación normativa, respetando la supremacía constitucional contemplada en su totalidad, es decir, no solo el principio de igualdad, sino también la división de poderes que emana del texto constitucional. La idea de proceso contrasta con la inmediatez del modelo unilateral y suscita no pocos problemas, como se verá a continuación, en relación con la situación existente hasta que la igualdad es restablecida efectivamente por el legislador. En todo caso, el fundamento constitucional de este modelo —la supremacía constitucional en sentido amplio— es el que ha permitido su avance, incluso en contextos en que la normativa solo prevé que las sentencias del órgano de control de la constitucionalidad sean de nulidad o invalidez.

Como ya se ha mencionado, el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa se encauza procesalmente a través de fallos que son heterogéneos, pero que se apartan de la expulsión inmediata de la norma institucional del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en el caso austríaco su Tribunal Constitucional acude a una figura prevista desde la creación del propio Tribunal que consiste en diferir hasta un máximo de 18 meses la entrada en vigor de la declaración de inconstitucionalidad, que en ese país tiene desde siempre efectos derogatorios. A través de esta *vacatio*, el Tribunal Constitucional austríaco posibilita que sea el legislador quien restablezca la igualdad normativa de la manera que considera oportuno. Cabe destacar que esta figura se emplea principalmente para evitar vacíos normativos en ámbitos como el tributario, el prestacional o en supuestos que afectaban a la nacionalidad o el apellido familiar. Pero de cualquier modo, en todos estos casos el legislador dispone de un tiempo determinado (que suele ser el máximo de 18 meses que prevé el art. 140.6 de la Constitución austríaca) para decidir de qué modo debe restablecerse la igualdad normativa.

De forma similar, el Tribunal Constitucional Federal alemán también opta frecuentemente por el modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa. Pero lo hace a través de sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad de la norma impugnada. Esta posibilidad, no prevista en la ley reguladora del Tribunal Constitucional alemán hasta el año 1970, ha sido empleada tradicionalmente también para evitar vacíos normativos y, sobre todo, para permitir que sea el legislador democrático el que repare la discriminación.[12] Sin embargo, a diferencia del caso austríaco, los efectos jurídicos de la inconstitucionalidad sin nulidad no están tan claros. Pero también en el caso alemán, el Tribunal Constitucional emplaza al legislador a que actúe en un máximo de tiempo no previsto normativamente como en el caso austríaco.

En el caso del Tribunal Constitucional español, el desarrollo de este modelo es mucho más escaso. De hecho, la jurisprudencia constitucional española ha acudido a él en algunas ocasiones sobre todo para evitar problemas de vacío normativo provocado por sus sentencias teóricamente anulatorias. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional emplazó directamente al legislador para aprobar reformas que evitasen el vacío normativo provocado por sentencias sobre la asistencia letrada de oficio (STC 37/1988, de 3 de marzo) o en la tutela de menores (STC 36/1991, de 14 de febrero). Por su parte, en la famosa STC 45/1989 también emplazó al legislador a actuar, pero sobre todo para decidir cómo debía repararse la desigualdad que se derivaba de un sistema de tributación conjunta de las unidades familiares.

Algunos años después (STC 96/1996, de 30 de mayo) volvió a requerir la actuación del legislador democrático para establecer el régimen disciplinario y de intervención de algunas entidades financieras afectadas por un pronunciamiento del propio Tribunal Constitucional, llegando incluso a reiterar dicho emplazamiento tras constatar la inacción del legislador durante más de tres años (STC 235/1999, de 16 de diciembre).

---

[12] En relación con esta figura, véase, Hein, Peter E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

El argumento del respeto a la libertad de configuración del legislador ha ido ganando terreno en la jurisprudencia constitucional española y ha sido empleado para declarar la inconstitucionalidad (sin nulidad) de la regulación de la reclamación de la filiación extramatrimonial (entre otras, STC 273/2005, de 27 de octubre) o el internamiento no voluntario por motivos psiquiátricos (STC 132/2010, de 2 de diciembre), supuestos todos ellos en que la nulidad no hacía más que empeorar la situación y era técnicamente inadecuada.

En los últimos años, el Tribunal Constitucional español ha dado un paso más y no ha prescindido de la declaración de nulidad, sino que ha diferido su entrada en vigor dando de este modo al legislador tiempo para actuar. Esta técnica, que empezó a utilizarse en el ámbito medioambiental para evitar anular una normativa que era insuficiente, pero que protegía un paraje natural (STC 195/1988, de 1 de octubre), se ha ampliado a otros ámbitos en los que el motivo de la inconstitucionalidad estaba relacionado con la omisión de un informe preceptivo (SSTC 164/2013, de 26 de noviembre; 164/2014, de 7 de octubre y 13/2015, de 5 de diciembre) o con la utilización de un procedimiento legislativo erróneo (STC 152/2014, de 25 de septiembre) o en supuestos en los que se reconoce expresamente la existencia de diversas posibilidades de reparar la inconstitucionalidad detectada (STC 41/2017, de 24 de abril, en relación con la reclamación de la filiación extramatrimonial, o 151/2017, de 21 de diciembre, en relación con la regulación de las mociones de censura a nivel municipal). Pero lo más destacado de estos pronunciamientos más recientes es que el Tribunal Constitucional ha empezado a diferir hasta un año la entrada en vigor de la nulidad, bajo el argumento de que este plazo es suficiente para que el legislador actúe.

El Tribunal Constitucional español todavía no ha llegado a desarrollar un sistema alternativo de la reparación de la discriminación normativa como el austríaco y el alemán. Pero de forma progresiva está reconociendo la necesidad de apartarse del modelo unilateral de reparación de la inconstitucionalidad para permitir que sea el legislador el que decida cómo

restablecer la constitucionalidad. Aunque este modelo alternativo no se está desarrollando principalmente en relación con las discriminaciones normativas, sino en ámbitos en que el vacío normativo empeora la situación desde el punto de vista constitucional o en los que es evidente la existencia de diversas maneras de restablecer la constitucionalidad, es curioso cómo el Tribunal Constitucional español está acercándose al modelo austríaco de diferir la entrada en vigor de las sentencias, de momento un año como regla general.

Al margen de los supuestos concretos en que los diversos Tribunales Constitucionales han acudido —con mayor o menor éxito— al modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa, desde un punto de vista jurídico este modelo plantea dos problemas evidentes que deben ser destacados: por un lado, saber qué ocurre si el legislador no actúa, es decir, no repara la discriminación normativa; y por otro lado, determinar qué ocurre con el régimen jurídico discriminatorio durante el llamado período interino, es decir, el período de tiempo -—que puede ser largo— entre la publicación de la sentencia constitucional y la actuación del legislador.

Empezando por este segundo problema, es evidente que la situación durante el periodo interino depende de la técnica procesal empleada para articular la cooperación con el legislador ordinario. Así, en los casos austríaco y español, el retraso de la entrada en vigor de un fallo estimatorio (que es de derogación en el primer caso y de nulidad en el segundo) supone que durante el periodo interino la discriminación normativa sigue aplicándose. En el caso austríaco esta aplicación es definitiva, en la medida en que en este país la institucionalidad es sancionada con la derogación. Por su parte, en el caso español dicha aplicación puede beneficiarse de los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, si bien el Tribunal español tiene una doctrina consolidada que impide revisar no sólo las sentencias con efecto de cosa juzgada, sino también las aplicaciones consolidadas de las normas posteriormente anuladas.

Por su parte, en el caso alemán, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad ha implicado en la mayoría de supuestos que la norma objeto de control no pueda continuar aplicándose, siendo los tribunales ordinarios los competentes para determinar la norma aplicable. Pero en no pocos casos, el Tribunal Constitucional Federal alemán también ordena en sus sentencias que dicha norma siga aplicándose para evitar una situación de vacío e inseguridad jurídica notables. Sea como fuere en el caso concreto, esta posibilidad suscita no pocos reparos desde el punto de vista de la eficacia del control de constitucionalidad, en el sentido que supone aceptar que se tolera la inconstitucionalidad hasta que el legislador la repare.

Frente al automatismo e inmediatez del modelo unilateral clásico, el modelo bilateral también plantea dudas respecto a la efectiva actuación del legislador ordinario. ¿Cómo asegurar que este actúa?, ¿cómo reaccionar si no lo hace? De nuevo aquí las respuestas a estos interrogantes pueden variar en función de la técnica procesal empleada por cada Tribunal Constitucional. En el caso austríaco, transcurrido el plazo máximo para la entrada en vigor de la sentencia constitucional, la derogación se produce de manera automática, lo cual puede forzar al legislador a actuar para evitar los problemas que causa dicha derogación. Lo mismo ocurre en las recientes sentencias del Tribunal Constitucional español que, como se ha visto, difieren la entrada en vigor de la nulidad a un año. En cambio, en el caso de la inconstitucionalidad sin nulidad declarada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, no existe una sanción automática si el legislador no actúa dentro del plazo establecido por el Tribunal. En la práctica, sin embargo, el Parlamento federal suele actuar —probablemente motivado por un mayor sentido institucional y por la conciencia que la supremacía constitucional en sentido amplio exige su actuación—. En el caso español, en cambio, la ausencia de este sentido institucional ha sido la que, como se ha visto, el Tribunal Constitucional haya pasado de reiterar sus emplazamientos a establecer un plazo de un año para la entrada en vigor de la nulidad. A diferencia de lo que ocurre con el modelo unilateral, el paradigma bilateral de reparación de la igualdad normativa

y, en definitiva, la concepción de que la misma constituye un proceso que requiere la participación de diversas instituciones para reparar la discriminación normativa sin vulnerar la distribución de poderes, no sólo requiere de una regulación procesal adecuada, sino también de una cultura institucional y constitucional que no puede imponerse ni desde la Constitución ni desde las normas jurídicas.

V. Conclusiones y retos

Como se ha visto a lo largo de estas páginas, la reparación de la discriminación normativa plantea dificultades técnicas y funcionales que permiten calificarla como un reto constitucional complejo. La inmediata expulsión de las normas inconstitucionales no permite afrontar las discriminaciones normativas en la medida en que éstas son producto de una relación internormativa y no de una única norma jurídica reconducible a un precepto concreto. Sin embargo, más allá de los problemas técnicos para atajar el motivo de la discriminación a través de la expulsión del precepto impugnado, el verdadero problema que plantea la reparación de la discriminación normativa es de carácter funcional: la igualdad normativa puede restablecerse de diversos modos, siendo el legislador democrático el órgano que debe decidir por cuál de ellos debe optarse.

Los Tribunales Constitucionales de algunos países europeos (sobre todo, de Austria, Alemania y España) han desarrollado un modelo alternativo de reparación de la discriminación normativa basado en la cooperación entre el Tribunal Constitucional y el legislador. Dicho modelo, que parte de que la reparación de la constitucionalidad es un proceso, no sólo se emplea en el ámbito de la igualdad normativa, sino también y de modo creciente en otros supuestos en los que el vacío normativo que provoca la expulsión de la norma inconstitucional genera unos problemas constitucionales notables. Este modelo alternativo se encuentra en diversas fases de desarrollo, pero plantea problemas dogmáticos en relación con la situación existente en el periodo interino, es decir, hasta que el legislador actúe, así como en los casos en que el legislador no interviene. La solu-

ción al primer problema depende sobre todo de los fallos de las sentencias y de la técnica empleada para posibilitar que el legislador actúe, mientras que el segundo problema únicamente puede evitarse desde una cultura constitucional e institucional adecuadas.

El modelo bilateral de reparación de la discriminación normativa no constituye, sin embargo, una alternativa a todos los supuestos en el se detecta una infracción de este tipo. El modelo unilateral, es decir, la reparación de la discriminación por parte del propio Tribunal Constitucional puede defenderse desde un punto de vista dogmático en algunos supuestos: sobre todo cuando el modo de hacerlo está predeterminado constitucionalmente por afectar materialmente en otro derecho fundamental y en los supuestos en que sea coincidente con la voluntad del legislador. Como sea, abordar un problema constitucional complejo como el de la reparación de la discriminación normativa exige tanto contemplar la supremacía constitucional en su totalidad, como contar con una regulación adecuada sobre los efectos de las sentencias constitucionales, un sentido institucional apropiado por parte de las diversas instituciones, así como el desarrollo y explicitación de unos argumentos dogmáticamente adecuados para optar por un modelo u otro. En definitiva, un problema constitucional complejo no puede solucionarse a partir de reglas simples.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1994.

AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ed. Ariel, 1998.

COLAPIETRO, Carlo, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Constituzionale*, Pacini Editore, Pisa, 1990.

GONZÁLEZ Beilfuss, Markus, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

HEIN, Peter E., *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.

PARODI, Gian Paolo, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giapichelli Editore, Milano, 1996.

CAPÍTULO 7

La adjudicación de casos de igualdad y no discriminación por la Corte IDH Avances y retos pendientes

Silvia Serrano Guzmán*

* Profesora Adjunta y Directora Asociada de la Iniciativa del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown.

Sumario: I. Introducción; II. Igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado; 1. Casos de diferencias de trato sin referencia a las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH; 2. Casos de diferencias de trato basadas en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH; 2.1. Casos de diferencias de trato basadas explícitamente en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH; 2.2. Casos de diferencias de trato basadas implícitamente en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH; 2.3 Casos de diferencias de trato basadas en la percepción sobre el vínculo de la persona con la categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH; 2.4. Casos sobre diferencias de trato basadas en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH de manera concurrente con otros criterios; 2.5 Metodología para el análisis de la justificación de la diferencia de trato basada en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH; 2.6. Casos de diferencias de trato basadas en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención de manera encubierta; III. Igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas positivas; 1. Discriminación de hecho o estructural como causa y consecuencia de riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos; 2. Caso de discriminación indirecta por el impacto perjudicial diferenciado de medidas aparentemente neutrales; IV. Conclusión.

I. Introducción

El principio de igualdad y no discriminación está protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, Convención o CADH) mediante diversas disposiciones. En primer lugar, el artículo 24[1] establece un mandato general de igualdad de trato o igualdad ante la ley. En segundo lugar, el artículo 1.1[2] establece la prohibición de discriminación respecto de los derechos protegidos por la Convención sobre la base de un listado no exhaustivo de categorías.[3]

[1] "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

[2] "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

[3] La Corte IDH ha intentado distinguir el ámbito de aplicación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH indicando que si un Estado discrimina respecto de algún derecho protegido por el tratado, la disposición aplicable es el artículo 1.1, mientras que si discrimina respecto de la ley interna, la disposición aplicable es el artículo 24. Esta distinción, sin embargo, ha demostrado no ser la más adecuada.

En adición a estas dos disposiciones, la CADH incluye otros mandatos de igualdad complementarios respecto de determinados derechos, como ocurre con los artículos 17.4, 17.5 o 23.1c.[4]

Además de la Convención Americana, en el Sistema Interamericano se han adoptado otros tratados derechos humanos más específicos que, o bien abordan ciertas violaciones de derechos humanos a las que subyace de manera inherente el principio de igualdad y no discriminación (como la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia); o bien tienen como objeto de regulación los derechos de grupos específicos tradicionalmente sometidos a discriminaicón y las obligaciones de los Estados respecto de los mismos (como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o "Convención de Belém do Pará", la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, o la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores). De este grupo de tratados, sólo la Convención de Belém do Pará[5] y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores,[6] contemplan un sistema de peticiones y casos individuales. Sin embargo, de este grupo de tratados,

---

Por ejemplo, en el caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay,* la Corte IDH aplicó el artículo 1.1 de la CADH porque se trató de una diferencia de trato en la aplicación de las garantías judiciales a un grupo de ahorristas, no obstante, las víctimas no estaban dentro de ninguna de las categorías protegidas por dicha disposición ni expresamente ni por vía jurisprudencial. Aunque esta distinción podría ameritar revisión por parte de la Corte IDH, la misma no incide en las reflexiones planteadas en este capítulo.

[4] Los numerales 4 y 5 del artículo 17 relativo al derecho a la familia, establecen, respectivamente, un mandato de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco del matrimonio y en caso de disolución, así como de igual reconocimiento de derechos de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. El literal c) del inciso 1 del artículo 23, establece el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

[5] Veáse, artículo 12. Cabe mencionar que sólo es posible presentar peticiones individuales por violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

[6] Veáse, artículo 36.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sólo ha adjudicado casos bajo la Convención de Belém do Pará, en adición a la Convención Americana.

Con este panorama normativo general sobre el principio de igualdad y no discriminación, el presente capítulo busca sistematizar la jurisprudencia de la Corte IDH al respecto, con un enfoque que busca describir los tipos de casos conocidos hasta ahora y los modelos de adjudicación de los mismos, evaluando los debates de interpretación, probatorios y metodológicos. Transversalmente, se destacarán aspectos en los cuales se identifican estándares consolidados, al mismo tiempo que se comentarán cuestiones en las cuales el desarrollo aún es muy incipiente o se observan retos derivados de la inconsistencia o la inadecuación de la aproximación. Aunque el capítulo se centra en la jurisprudencia de la Corte IDH, en algunas secciones se hace referencia también a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión), en temas en los cuales se considera que el enfoque de la CIDH puede informar los referidos debates.

Este artículo se divide en dos grandes secciones que responden a las dos concepciones del principio de igualdad y no discriminación que han sido denominadas por la doctrina y la jurisprudencia de múltiples maneras y que para efectos de este capítulo se denominan de la siguiente manera en alusión a las obligaciones que cada una impone: *1*) la igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado; y *2*) la igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas positivas.

Aunque estas dos concepciones ya se encontraban presentes en la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso *Furlan y familiares vs. Argentina,* fueron explícitamente referidas así: "[…] una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear

condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados."[7]

En cada una de las dos grandes secciones de este capítulo se incluye una introducción sobre la naturaleza de las obligaciones en cabeza de los Estados y luego las subdivisiones necesarias atendiendo a los distintos tipos de casos conocidos conocidos hasta el momento bajo cada concepción.

Como último punto introductorio, cabe aclarar que este capítulo asume la igual relevancia y complementariedad de ambas concepciones del principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, en un continente profundamente desigual en la práctica, este capítulo asume la necesidad de que ambas sean entendidas como fuente de obligaciones exigibles a los Estados en el marco de la adjudicación de casos individuales, aunque respecto de la segunda concepción los desarrollos concretos sean aún incipientes.

II. Igualdad y no discriminación como prohibición de trato diferente injustificado

Esta concepción responde al entendimiento más clásico e individual del principio de igualdad y no discriminación: todas las personas son iguales y, por lo tanto, tienen los mismos derechos y obligaciones, y deben ser tratadas de manera igualitaria por la ley en situaciones comparables.

Desde su temprana jurisprudencia, la Corte IDH —replicando cierto lenguaje del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)— se refirió a esta dimensión de la siguiente manera:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad

[7] Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares), Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246, párr. 267.

> esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.
>
> Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose 'en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos' definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'.[8]

Bajo esta dimensión del principio de igualdad y no discriminación, los Estados tienen obligaciones de naturaleza negativa puesto que deben abstenerse de efectuar diferencias de trato en situaciones comparables, salvo que exista justificación objetiva y razonable. En este tipo de casos, el primer paso de análisis consiste en determinar si efectivamente se configuró una diferencia de trato en una situación comparable. Una vez establecido lo anterior, en el sistema interamericano se ha utilizado un juicio de proporcionalidad en forma de juicio de igualdad, para evaluar la convencionalidad de dicha diferencia de trato.[9]

---

[8] Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.* Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 55 y 56. El párr. 56 referencia a Eur. Court H.R., Case "*relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits),* 23 de julio de 1968, pág. 34.

[9] También aplicado en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos como método de adjudicación en casos de restricciones o limitaciones en el ejercicio de los derechos. Un análisis sobre las diferencias entre el uso del juicio de proporcionalidad

Sin perjuicio de algunas valoraciones que se realizan más adelante sobre el análisis más adecuado en casos de discriminación encubierta o indirecta, para los casos más clásicos de igualdad, frente a diferencias de trato aceptadas por los Estados y respecto de las cuales ofrecen una justificación, el juicio de proporcionalidad ha sido una herramienta útil para evaluar dicha justificación con un grado relevante de racionalidad. Esto, tomando en cuenta que las nociones de "objetivo y razonable" revisten significativa vaguedad e indeterminación, lo que hace deseable evitar un margen demasiado amplio de discrecionalidad al momento de resolver casos de esta naturaleza.

Este juicio de proporcionalidad presenta algunas diferencias metodológicas en sus pasos y secuencia de aplicación, por ejemplo, entre la Corte IDH y el TEDH. Aunque no siempre fue el caso, es posible afirmar que, en la actualidad, la Corte IDH ha logrado un nivel importante de consistencia en cuanto a acudir al juicio de proporcionalidad como metodología para la adjudicación de casos. Este juicio de proporcionalidad implica la evaluación escalonada de: *i*) la finalidad invocada por el Estado y su legitimidad; *ii*) la relación de idoneidad o de medio a fin entre la diferencia de trato y dicha finalidad; *iii*) la relación de necesidad o la inexistencia de medios menos lesivos e igualmente idóneos; y *iv*) la relación de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, la ponderación de si el grado de logro de la finalidad legítima se encuentra justificada por el grado de afectación generada por la diferencia de trato.[10]

El juicio de proporcionalidad puede ser aplicado con distintos niveles de intensidad, de manera más o menos estricta, atendiendo a las circunstancias de los casos concretos. Utilizado como juicio de igualdad, la

---

como juicio de igualdad o como juicio de restricciones o limitaciones, excede el objeto del presente capítulo.

[10] Para un estudio doctrinario profundo y detallado sobre el juicio de proporcionalidad, véase Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 3a. ed., 2007. Para un estudio desde una perspectiva más pragmática, Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

intensidad del escrutinio está fundamentalmente vinculada a si la diferencia de trato estuvo relacionada o no con alguna categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención.

Ahora bien, aunque esta sea la metodología formalmente invocada por la Corte IDH en casos que se enmarcan bajo la primera concepción del principio de igualdad y no discriminación, como se verá, la manera en que ha operado en la práctica no ha sido del todo consistente.

1. Casos de diferencias de trato sin referencia a las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

Este primer grupo de casos está conformado por aquellos en los que se alegó una diferencia de trato, pero sin información que indique que dicha diferencia se basó en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. Algunos ejemplos son los casos *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*; *Reverón Trujillo vs. Venezuela; y Jenkins vs. Argentina.*

En el primero, la Corte IDH se pronunció sobre una diferencia de trato en cuanto al derecho a contar con decisiones motivadas, en el marco de un proceso administrativo de determinación de derechos creado en el contexto de la quiebra de un banco. En tal oportunidad, acreditada la diferencia de trato entre personas en situación comparable, la Corte IDH no realizó un juicio de proporcionalidad, debido a que el Estado de Uruguay no aportó una justificación de la diferencia de trato, a fin de que su objetividad y razonabilidad pudiera ser evaluada a la luz de dicho juicio.[11]

En el segundo, la Corte IDH analizó una diferencia de trato entre una jueza provisoria y jueces titulares, en cuanto a la posibilidad de ser rein-

[11] Corte IDH, *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, (Fondo Reparaciones y costas), Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 183.

corporada a su cargo como resultado de un recurso judicial que estableció la arbitrariedad de su destitución. La Corte IDH analizó la explicación ofrecida por el Estado de Venezuela en cuanto a la existencia de un proceso de reestructuración del Poder Judicial que en consideración del Estado justificaba mantener a jueces y juezas en situación de provisionalidad sin garantías de estabilidad lo que, a su vez, les impedía la reincorporación en el cargo en caso de cese arbitrario, incluso declarado judicialmente. Aplicando un juicio de proporcionalidad, la Corte IDH concluyó que la diferencia de trato no estaba justificada, entre otras cuestiones, porque dicho proceso de reestructuración "provoca una afectación muy alta a la independencia judicial".[12]

En el tercero, la Corte IDH analizó la diferencia de trato en la aplicación de una norma interna respecto del límite máximo de la detención preventiva sobre la base del tipo de delito (en ese caso, narcotráfico). Aunque la Corte IDH tomó nota de la finalidad general de la norma, estableció que la violación al derecho a la igualdad ante la ley, en la medida en que se aplicó de manera automática a la víctima "sin que se brindara una explicación sobre la finalidad específica que buscaba la diferencia de trato, su idoneidad, necesidad, proporcionalidad y, además, sin tener en cuenta suscircunstancias personales".[13] En términos de la metodología para la adjudicación del caso, y aunque coincido con el resultado, llama la atención que la Corte IDH pareciera indicar que el problema bajo la CADH fue la falta de motivación en el caso individual de la "finalidad específica" y los demás pasos del juicio de igualdad, cuando en este caso particular la diferencia de trato estaba prevista en la ley y, por lo tanto, el escrutinio de su justificación pudo hacerse sobre la base de la finalidad presentada por el Estado sobre dicha diferenciación legal.

---

[12] Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párrs. 124-128.

[13] Corte IDH, *Caso Jenkins vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párr. 92.

2. Casos de diferencias de trato basadas en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

El segundo grupo de casos es el conformado por aquellos en los que se alegó una diferencia de trato en situaciones comparables y que dicha diferencia estuvo basada en una o varias de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, a saber, "la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Del propio texto del listado que incluye la frase "o cualquier otra condición social", se desprende que *es enunciativo* y no *taxativo*. Así, mediante una interpretación evolutiva y en virtud del principio *pro personae*, la Corte IDH ha indicado que:

> Al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del principio *pro homine*. Del mismo modo, este Tribunal reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Es así como, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.[14]

[14] Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo*

Este entendimiento, que resulta coincidente con el del TEDH en su interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo[15] y el de órganos de tratados del sistema universal,[16] en el ámbito del Sistema Interamericano ha llevado a la CIDH y a la Corte IDH a incluir dentro del catálogo del artículo 1.1 de la Convención Americana varias categorías en adición a las expresamente mencionadas en la disposición: la orientación sexual y la identidad de género (caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile,*[17] *Duque vs. Colombia*[18]*);* estado de salud incluyendo vivir con VIH (casos *JSCH y MGS vs. México,*[19] *González Lluy y otros vs. Ecuador*);[20] personas con estatuto de refugiadas (caso *IV vs. Bolivia*);[21] origen étnico (caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche*);[22] personas adultas mayores (caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile);*[23] personas con discapacidad (caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala),*[24] por citar algunos ejemplos.

---

entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, Serie A No. 24, párr. 70.

[15] TEDH, *Caso Kiyutin vs. Rusia*. Aplicación No, 2700/10, Sentencia de 10 de marzo de 2011, párr. 56.

[16] Véase, por ejemplo, Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales),* 2 de julio de 2009, párr. 15.

[17] CIDH. 12.502. *Caso Karen Atala e hijas vs. Chile*. Demanda ante la Corte IDH. 17 de septiembre de 2010, párr. 95; y Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 83, 84 y 91. Cabe notar que la CIDH en su demanda se refirió únicamente a la orientación sexual, mientras que la Corte IDH en su sentencia incluyó también la identidad de género, lo que fue a su vez reforzado mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

[18] Corte IDH, *Caso Duque vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 105.

[19] CIDH. Informe No. 80/15. Caso 12.689. JSCH y MGS. Fondo (Publicación). México. 28 de octubre de 2015, párrs. 91-101.

[20] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 255.

[21] Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 240.

[22] Corte IDH, Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párrs. 202 y 206.

[23] Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 143.

[24] Corte IDH, Caso *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 119.

La inclusión de categorías que no están expresamente mencionadas en el artículo 1.1 de la Convención no sólo es importante sino fundamental, precisamente atendiendo a la necesidad de una interpretación evolutiva frente a cambios sociales o a la visibilización de realidades que estuvieron históricamente invisibilizadas. Sin embargo, es necesario que la Corte IDH fundamente las razones por las cuales la nueva categoría debe estar protegida por la prohibición de discriminación, tomando en cuenta las racionalidad detrás de estos listados.

Cuando se realiza una incorporación automática de categorías sin una debida fundamentación, se corre el riesgo de ampliar excesivamente el catálogo, al punto de desnaturalizar el sentido mismo de las claúsulas de no discriminación.[25] Así por ejemplo, en su Opinión Consultiva 18, la Corte IDH incorporó sin motivación una serie de categorías como por ejemplo el "patrimonio", la "convicción" y el "estado civil."[26] Afortundamente, en sentencias más recientes la Corte IDH asumió la importancia de esta motivación.[27]

Ahora bien, no existe un criterio único que explique el listado de categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, tanto las textuales como las incluidas por vía jurisprudencial. Algunas de las categorías están más asociadas a aspectos inherentes a la identidad (como la raza, el origen étnico, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el origen nacional); otras se relacionan más con la autonomía (como la opinión política o la religión); y otras invocan situaciones sociales o personales (como la condición de salud o la posición económica). Además, estas

[25] Cabe aclarar que esta posición no significa que se acepten las diferencias de trato con base en criterios no protegidos por el artículo 1.1 de la Convención. Estas diferencias deberán ser analizadas a la luz del estándar de objetividad y razonabilidad ya referido en la sección anterior de este artículo y los Estados siguen obligados a brindar las explicaciones pertinentes para el análisis de proporcionalidad de la diferencia de trato. Sin embargo, no se trataría de categorías respecto de las cuales opere una mayor intensidad en el escrutinio, en los términos en que se abordará más adelante.

[26] Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

[27] *Cfr.,* Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 240.

categorías están casi siempre asociadas a grupos históricamente sometidos y excluidos cuando se entiende la categoría desde el punto de vista asimétrico,[28] así como a grupos habitualmente asociados a estereotipos o prejuicios discriminatorios.[29]

El mandato de trato diferenciado u obligaciones positivas que dicha asimetría impone a los Estados y las implicaciones en las metodologías de análisis de casos sobre diferencias de trato basadas en categorías sospechosas, pero que tienen el propósito de superar situaciones de discriminación estructural y, por lo tanto, tienen un impacto favorable en el grupo históricamente excluido y sometido, será referida en la segunda sección de este capítulo.

Como se indicó antes, la Corte IDH ha asumido, más recientemente, la importancia de motivar la inclusión de nuevas categorías bajo la protección del artículo 1.1 de la Convención. Así, en el caso *I.V vs. Bolivia* y en su Opinión Consultiva 24, la Corte IDH indicó los siguientes parámetros: "i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales."[30]

---

[28] Sobre la cuestión de la simetría/asimetría de las categorías sospechosas véase Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en: Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

[29] En general, la Corte IDH ha definido los estereotipos como preconcepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado. *Cfr.*, Corte IDH, Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile,* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 224. Sobre el estereotipo de género, la Corte IDH ha señalado en varios casos que "se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes". *Cfr.*, Corte IDH, Caso *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 169. Refiriéndose a la orientación sexual, la misma Corte definió al estereotipo como "pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales". *Cfr.*, Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111.

[30] *Cfr.*, Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un*

Otro tema general, relacionado con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, es la noción de *interseccionalidad,* cuando confluyen dos o más categorías en una persona o grupo determinado. En el caso *Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador,* la Corte IDH se refirió a la interseccionalidad así: "la discriminación […] ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socio económico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió."[31]

En la misma sentencia, la Corte IDH realizó una distinción entre las nociones "múltiple" —en el sentido de categorías acumulativas—, e "interseccional" —un sentido más específico y que pareciera más útil para explicar este tipo de situaciones—. En palabras de la Corte IDH: "la discriminación no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente."[32] Sobre la manera en que la intersección de factores tuvo impacto en el caso, la Corte IDH señaló que:

> la *pobreza* impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, *siendo una niña con VIH*, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como *niña* con VIH necesitaba

vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 66. *Cfr.,* Corte IDH, Caso *I.V. Vs. Bolivia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 240.

[31] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 285.

[32] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

> mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como *mujer*, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada.[33] (Énfasis añadido).

Más recientemente, la Corte IDH volvió a referirse a la noción de interseccionaliad en el caso *VRP y VPC vs. Nicaragua*. Específicamente, indicó la necesidad de adoptar un "enfoque interseccional" al momento de pronunciarse por primera vez sobre las obligaciones estatales específicas, en materia de investigación, en casos de violencia sexual contra niñas, tomando en cuenta su *género* y *edad.*[34] *También en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* la Corte IDH se refirió a la interseccionalidad en la discriminación causada por la falta de atención a mujeres embarazadas con VIH.[35]

Con estas consideraciones generales sobre la no taxatividad de las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención y la noción de interseccionalidad cuando están presentes varias de ellas, a continuación se comentan los subtipos de casos que se desprenden de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre diferencias de trato basadas en estas categorías. Una vez referidos estos subtipos de casos, se analizará la manera en la que la Corte IDH ha aplicado el juicio de proporcionalidad como juicio de igualdad en los mismos.

2.1 Casos de diferencias de trato basadas *explícitamente* en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

Este es el grupo conformado por casos en los cuales la diferencia de trato estuvo basada explícitamente en categorías protegidas por la CADH.

---

[33] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 290.

[34] Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 154.

[35] Corte IDH, Caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.

Tres ejemplos de este tipo de casos son *Atala Riffo e hijas vs. Chile, Duque vs. Colombia Riffo e hijas vs. Chile, Duque vs. Colombia* y *Gonzáles Lluy vs. Ecuador.*

El caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile,* la Corte IDH analizó un fallo judicial de la Corte Suprema de Justicia chilena mediante la cual se le retiró a la víctima la custodia de sus hijas biológicas, sobre la base de su orientación sexual. En el caso *Duque vs. Colombia*, la Corte IDH conoció la diferencia de trato generada por el marco normativo interno que excluía de la posibilidad de acceder a la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo. En el caso *Gonzales Lluy vs. Ecuador,* en lo relevante para este capítulo, la Corte IDH analizó la expulsión de una escuela pública a una niña con VIH por considerar que, por esa condición, constituía un riesgo para los demás niños y niñas.

En este tipo de casos, el modelo de adjudicación se enfoca en determinar la existencia de una diferencia de trato y que la misma estuvo basada en alguna de dichas categorías,[36] lo que, por su propia naturaleza, no implica grandes debates probatorios, salvo que se trate de la presencia implícita o encubierta de la categoría, cuestión que será analizada más adelante. En los casos en los que la categoría es explícita, en general los Estados no controvierten la existencia de la diferencia de trato ni la presencia de aquella, sino que buscan demostrar que la diferencia de trato estaba justificada conforme a los parámetros del juicio de proporcionalidad y, por lo tanto, el debate jurídico principal se enfoca en este punto.[37] Este tema que se abordará en detalle más adelante en la sección 1.2.5.

[36] Sobre el análisis de la existencia de la diferencia de trato y la presencia explícita de la categoría en estos tres casos: Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 95-98; Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párr. 101-105; Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 106-126; y Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 245-259.

[37] Sobre el análisis de la justificación de la diferencia de trato: Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs.

2.2 Casos de diferencias de trato basadas *implícitamente* en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

La Corte IDH ha enviado un claro mensaje en su jurisprudencia sobre que el principio de igualdad y no discriminación resulta aplicable no sólo cuando las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH están presentes de manera explícita en una diferencia de trato, sino también cuando dicha presencia es implícita. Aunque no ha tenido la oportunidad de conocer casos específicos sobre presencia implícita de una categoría protegida, en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile,* a pesar de tratarse de una diferencia de trato basada explícitamente en la orientación sexual de la víctima, indicó que "basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta" dicha orientación.[38]

2.3 Casos de diferencias de trato basadas *en la percepción* sobre el vínculo de la persona con la categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH

En este tipo de casos la diferencia de trato se basa en la categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, pero la víctima no tiene relación con dicha categoría en la realidad, sino que se trata de una percepción por parte de quien realiza la diferencia de trato.

El caso en el que la Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de discriminación es *Flor Freire vs. Ecuador*. En este caso, la víctima fue dada de baja de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana, en aplicación del Reglamento de Disciplina Militar que consagraba tal sanción por "actos de homosexualidad". La diferencia de trato radicó, esencialmente, en que los actos sexuales heterosexuales eran sancionados de manera más leve. La Corte IDH consideró que dicha diferencia de trato,

99 y 107-146; y Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador,* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 260-274.

[38] Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 94.

en cuanto a la severidad de la sanción aplicable, no se encontraba justificada y, por lo tanto, la consideró discriminatoria.[39]

El aspecto del caso que es relevante destacar en este punto es que el señor Flor Freire se autoidentifica como heterosexual y negó en todo momento haber incurrido en "actos de homosexualidad". Esto llevó al siguiente razonamiento de la Corte IDH sobre discriminación por percepción:

> La Corte advierte que la discriminación puede tener fundamento en una orientación sexual real o percibida. Este Tribunal ya ha señalado que "[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto- identificación de la víctima". La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Al igual que otras formas de discriminación, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.[40]

La caracterización de ciertos supuestos como "discriminación por percepción" también es pertinente en casos relacionados con la aplicación de perfiles raciales. Así, por ejemplo, en el caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, la Corte IDH analizó una serie de detenciones y expulsiones de personas respecto de quienes la actuación estatal se basó en sus características físicas a partir de las cuales

[39] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador,* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 140.
[40] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 120.

operó una identificación como haitianas o de origen o ascendencia haitiana. La Corte IDH señaló que "es claro que la manera en que se realizó la privación de libertad de las presuntas víctimas por parte de los agentes estatales, indica que fue por perfiles raciales relacionados con su aparente pertenencia al grupo de personas haitianas o dominicanas de origen o ascendencia haitiana."[41] Más adelante en la misma sentencia, la Corte IDH declaró dicha actuación estatal como discriminatoria, tomando en cuenta que existió una presunción de que "por sus características físicas", las personas "debían pertenecer al grupo específico, haitianos o de origen haitiano.[42]

De estos casos se desprende que la Corte IDH tiene la posición consolidada de que, situaciones en las que una persona o grupo son sometidos a una diferencia de trato, basándose en una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, pueden ser consideradas discriminatorias, aun cuando no exista un vínculo real de las víctimas con dicha categoría.

2.4 Casos sobre diferencias de trato basadas en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH *de manera concurrente con otros criterios*

Otro tipo de casos que se desprende de las consideraciones generales de la Corte IDH sobre igualdad y no discriminación (aunque no haya conocido un caso específico al respecto) es el relativo a supuestos en los cuales la diferencia de trato no se basa exclusivamente en la categoría protegida por el actículo 1.1 de la Convención, pero la misma es considerada de manera concurrente con otros elementos objetivos.

Así, en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile* —aunque se trató de una diferencia de trato basada únicamente en la orientación sexual— la Corte

[41] Corte IDH, Caso *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 368.
[42] Corte IDH, Caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana,* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 403.

IDH señaló en sus consideraciones generales que "para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada 'fundamental y únicamente'" en la categoría protegida, sino que basta con constatar que se tuvo en cuenta "hasta cierto grado."[43]

Cabe mencionar que la CIDH efectuó un pronunciamiento sobre este tipo de supuestos, en su informe de fondo del caso posteriormente denominado por la Corte IDH como *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche),* sobre procesos penales por terrorismo contra personas del pueblo indígena Mapuche en Chile. En cuanto al componente de discriminación del caso, en los fallos judiciales de condena se incluyeron motivaciones relacionadas con el origen étnico de las personas procesadas. Tras tomar nota de dichas motivaciones, la CIDH reconoció que en otros extractos de estas decisiones se incluyeron motivaciones más objetivas sobre los elementos del tipo penal.[44] A pesar de ello, la CIDH indicó que:

> no es su labor determinar si en ausencia del elemento de pertenencia étnica, en todo caso correspondía calificar los delitos imputados como terroristas. Correspondía a las autoridades judiciales internas efectuar un análisis objetivo de la situación, con base en la prueba obrante en el expediente sobre los hechos concretos que fueron puestos en su conocimiento y absteniéndose de introducir el elemento étnico para formar su convicción sobre la naturaleza de los delitos.
>
> […] los diferentes elementos con base en los cuales un juez adopta una decisión conforman en su conjunto la convicción de dicha autoridad para resolver en uno u otro sentido y tales elementos deben considerarse de manera concurrente y no alternativa sin

[43] Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 94.
[44] CIDH, *Informe No. 176/10*. Casos 12.576, 12.611 y 12.612. Segundo Aniceto Norín Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros. Fondo. Chile. 5 de noviembre de 2010, párr. 200.

> que sea posible identificar si un elemento fue predominante o si por sí sólo hubiera podido sustentar la decisión.
>
> En ese orden de ideas, la Comisión considera que en el caso de […] también se encuentra acreditada la diferencia de trato basada en el origen étnico y/o su vínculo con el pueblo Mapuche, en tanto la consideración de estos elementos tuvo el efecto de contaminar la decisión.[45]

2.5 *Metodología para el análisis de la justificación* de la diferencia de trato basada en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH

En este punto se aborda el tema de la metodología para analizar casos concretos en los que se ha establecido que existió una diferencia de trato y que esa diferencia de trato se basó en una o varias categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. Conforme a lo analizado hasta ahora, la Corte IDH ha reconocido que la presencia de las categorías puede ser explícita, implícita, por realidad, por percepción e incluso, puede estar acompañada de otros elementos objetivos.

Sin embargo, la existencia de una diferencia de trato basada en una o varias categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, no es suficiente para establecer su carácter discriminatorio y la consecuencia responsabilidad internacional del Estado. El segundo paso de análisis consiste en determinar si la diferencia de trato está justificada. Como se indicó anteriormente, la metodología para este análisis es el juicio de proporcionalidad, utilizado como juicio de igualdad, cuyos pasos ya fueron mencionados.

Sobre este juicio de proporcionalidad, la Corte IDH ha sido consistente en indicar que, cuando la diferencia de trato se basa en categorías protegidas

[45] CIDH, *Informe No. 176/10*. Casos 12.576, 12.611 y 12.612. Segundo Aniceto Norín Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros. Fondo. Chile. 5 de noviembre de 2010, párrs. 202, 203 y 204.

por el artículo 1.1 de la Convención, operan dos consecuencias en el ejercicio de adjudicación del caso. La primera, es que la diferencia de trato se presume inconvencional y, por lo tanto, es el Estado el que tiene la carga de argumentar y acreditar que se encuentra justificada. La segunda, es la intensidad con la que se analiza la justificación aportada por el Estado. De esta manera, el escrutinio sobre dicha justificación es estricto.

Desde el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile* con las decisiones de la CIDH[46] y la Corte IDH,[47] esta perspectiva quedó establecida en la jurisprudencia interamericana, y se ha repetido en los casos posteriores en los cuales se han analizado diferencias de trato basadas en una o más categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. Se cita textualmente el caso *Gonzáles Lluy vs. Ecuador,* pues en esta sentencia la Corte IDH ofreció mayor claridad respecto de las implicaciones en el análisis de una diferencia de trato basada en alguna de dichas categorías:

> La Corte resalta que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. La capacidad de diferenciación de las autoridades con base en esos criterios sospechosos se encuentra limitada, y solo en casos en donde las autoridades demuestren que se está en presencia de necesidades imperiosas, y que recurrir a esa diferenciación es el único método para alcanzar esa necesidad imperiosa, podría eventualmente admitirse el uso de esa categoría […].[48]
>
> En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contem-

[46] CIDH. 12.502. Caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*. Demanda ante la Corte IDH. 17 de septiembre de 2010, párr. 95.
[47] Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 131.
[48] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 256.

> pladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.[49]

En el caso *IV vs. Bolivia*, la Corte IDH precisó en mayor detalle algunas implicaciones concretas del escrutinio estricto indicando que el mismo:

> incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma.[50]

Ahora bien, existen algunas inconsistencias importantes en cuanto a la manera en que el escrutinio estricto opera en la práctica.[51] Si bien en los

---

[49] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 256.

[50] Corte IDH, Caso *I.V. vs. Bolivia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

[51] En cuanto a las implicaciones prácticas del escrutinio estricto, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha definido tres niveles de escrutinio del juicio de proporcionalidad, aplicado a casos de igualdad y no discriminación; se ha referido al nivel estricto como aquel en el cual "el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente

casos *Atala Riffo e hijas vs. Chile*[52] y *Gonzáles Lluy vs. Ecuador,*[53] la Corte IDH le dio implicaciones concretas en el análisis del caso, en los casos *Flor Freire vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia,* pareció no darle operatividad a la intensidad del escrutinio, a pesar de tratarse de diferencias de trato basadas en la orientación sexual, tal como en el caso *Atala Riffo.*

El caso *Flor Freire vs. Ecuador*, como ya se citó, se refiere a una diferencia de trato por la aplicación de sanciones más graves en el contexto de la disciplina militar para "actos homosexuales" en comparación con actos sexuales entre personas heterosexuales. La Corte IDH reiteró que al tratarse la orientación sexual de una categoría protegida por el artículo 1.1

---

imperioso". Los niveles de escrutinio intermedio y débil han sido definidos por la misma Corte así: "intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto" y "flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento". De manera similar, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en referencia a la Enmienda 14 de la Constitución en lo relativo a "igual protección", ha invocado tres niveles de escrutinio conforme a los cuales el escrutinio estricto implica que la diferencia de trato debe estar justificada por una necesidad estatal imperiosa, que esté estrechamente diseñada para lograr dicha finalidad y que sea el medio menos lesivo para lograr dicho interés. Los niveles de escrutinio intermedio y débil están definidos de manera similar a los de la Corte Constitucional colombiana. Si se comparan los pasos del juicio de proporcionalidad como se definió con anterioridad, pareciera que los niveles de escrutinio así planteados por la Corte Constitucional colombiana y por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, responden a una lógica de hasta cuál paso se debe llegar en cada nivel de escrutinio. Ambas altas cortes parecen coincidir, por ejemplo, en que el test débil de igualdad debe llegar únicamente al nivel de idoneidad o relación de medio a fin; mientras que el test estricto de igualdad califica a la finalidad como una necesidad imperiosa y debería llegar, al menos, al paso de necesidad o de ausencia de medios menos lesivos. No se hace referencia explícita en estos ejemplos de derecho comparado al paso de proporcionalidad en sentido estricto. Un análisis comparativo entre el uso del juicio de proporcionalidad en casos de igualdad en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho constitucional comparado, requeriría de un profundo desarrollo que excede los objetivos de este capítulo. Sin embargo, sí es importante identificar que hay, al menos, dos formas de aproximarse a la cuestión de los niveles de intensidad del escrutinio del juicio de proporcionalidad utilizado como juicio de igualdad. Una, conforme a la cual, a mayor intensidad en el escrutinio, más lejos se debe llegar en los pasos del juicio de proporcionalidad. Y otra, conforme a la cual la mayor o menor intensidad del escrutinio se ve reflejada en la manera en que se analiza cada paso del mismo. Véase Corte Constitucional colombiana. Sentencia C-671/2001; Supreme Court of the United States. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); y Bernal Pulido, al referirse a cada uno de los pasos del juicio de proporcionalidad, incluye un análisis sobre la "perspectiva e intensidad" con la que pueden evaluarse y las correspondientes reglas (*op. cit.*, pp. 734, 758, 800 y ss).

[52] Corte IDH, Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile,* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 107-146.

[53] Corte IDH, Caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párrs. 260-274.

de la Convención, era carga del Estado ofrecer una argumentación rigurosa para justificar la diferencia de trato. Sin embargo, al analizar el caso concreto señaló que:

> Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad.[54]
>
> Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida.[55]

Si la Corte IDH hubiese otorgado implicaciones reales al carácter estricto del escrutinio en casos de diferencias de trato basadas en la orientación sexual, la omisión argumentativa del Estado ecuatoriano debió ser suficiente para establecer su carácter discriminatorio. Como puede verse de la cita anterior, ello no fue así. Ante la ausencia de la invocación de una necesidad imperiosa por parte del Estado, la Corte IDH pareciera haber subsanado dicha omisión trayendo al análisis un fin no invocado por el Estado: la disciplina militar. Y a partir de ello, la sentencia entra en un análisis detallado de una multiplicidad de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho comparado sobre la materia[56] para, finalmente, concluir que la diferencia de trato en el caso fue discriminatoria y violó la Convención Americana.[57] Lo mismo ocurrió en el

[54] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 126.
[55] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 127.
[56] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas),Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párrs. 128-137.
[57] Corte IDH, Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 138.

caso *Duque vs. Colombia* relacionado con la exclusión de la pensión de sobreviviente a parejas del mismo sexo.[58]

Es posible, y en ciertos casos deseable, que cuando un paso del juicio de proporcionalidad no sea cumplido, por diversas razones un tribunal decida avanzar en otros pasos subsiguientes del test. Esto puede obedecer, por ejemplo, a la importancia de fijar estándares sobre una temática no abordada en la jurisprudencia, como al parecer ocurrió en los casos *Flore Freire vs. Ecuador* y *Duque vs. Colombia,* respectivamente en cuanto a la discriminación por orientación sexual en las instituciones militares o en el ámbito de la seguridad social.

Sin embargo, tratándose de una metodología que es en esencia escalonada, es decir, que cada paso del análisis depende de que los anteriores se encuentren satisfechos, es importante que cuando la Corte IDH decida realizar fundamentaciones con fines pedagógicos o para fijar un estándar en estos asuntos, se establezca con claridad en qué punto del análisis se configura la determinación de responsabilidad internacional del Estado, indicando que las valoraciones posteriores son complementarias sin que de ellas dependa dicha responsabilidad. Un buen ejemplo de fundamentación en ese sentido se encuentra en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica.*[59]

---

[58] Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, párrs. 107 y 108-123 y 124.

[59] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273. En dicha sentencia, al analizar una restricción en el ejercicio de los derechos por la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Corte declaró que no perseguía una finalidad legítima y, por lo tanto, no era necesario analizar los demás requisitos, sin perjuicio de unas valoraciones que consideró oportuno exponer. En palabras de la Corte: "[…] un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el 'derecho absoluto a la vida del embrión' como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana […] razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin

De no realizarse este tipo de precisiones, se corre el riesgo de desdibujar o vaciar de contenido la finalidad de la metodología de análisis para estos casos, el carácter estricto de la misma, la presunción de inconvencionalidad y la carga probatoria y argumentativa que le corresponde a los Estados.

2.6 Casos de diferencias de trato basadas en categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención *de manera encubierta*

En este punto se aborda otro tipo de casos de diferencias de trato basados en las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención: los casos en los cuales el Estado niega que la diferencia de trato tuvo lugar con base en dichas categorías. Aunque estos casos se pueden confundir con aquellos en los cuales la presencia de la categoría es implícita, en realidad son asuntos de distinta naturaleza. En este tipo de casos existe un intento expreso de negar o encubrir que la verdadera razón de la actuación estatal estuvo asociada a alguna de las categorías.

Dos casos permiten ejemplificar esta forma de discriminación encubierta: caso *Granier y otros vs. Venezuela;* y caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela.*

En el primero se analizó la decisión del Poder Ejecutivo de no renovar la concesión para el uso del espectro radioeléctrico a Radio Caracas Televisión. Los peticionarios argumentaron que esta decisión se basó en la línea editorial del medio de comunicación que era conocida por ser de oposición al gobierno. Por su parte, el Estado alegó que la decisión no se debió a la línea editorial, sino que se trató del ejercicio de una facultad discrecional y que fue consecuencia de que el canal de televisión había sido supuestamente sancionado con anterioridad. Al resolver el caso, la

---

perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión".

Corte IDH en primer lugar equiparó la línea editorial con la expresión de "opiniones políticas", de manera que el caso se enmarcaba en un supuesto de posible discriminación a la luz del artículo 1.1 de la Convención, además de la alegada restricción indirecta a la libertad de expresión.[60]

El elemento característico de estos casos es que la posible discriminación, casi siempre, va a estar encubierta detrás del ejercicio de una facultad legal o de una apariencia o velo de legalidad. Por ello, el análisis no puede estar dirigido exclusivamente a determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación estatal. Así, la controversia se centra en si la finalidad declarada por el Estado para justificar su actuación efectivamente corresponde a la realidad, o si se trató de una actuación discriminatoria oculta bajo el manto de dicha finalidad declarada y amparada en una facultad legal. En estos, el concepto de desviación de poder resulta útil para resolver la controversia que plantean.

La Corte IDH, en el caso *Granier y otros vs. Venezuela,* lo estableció en los siguientes términos:

> Al respecto, en el presente caso, la Corte considera necesario, tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder. Con relación a ello, el Tribunal toma como punto de partida que las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales

[60] Corte IDH, Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 227. La Corte IDH señaló que "es posible afirmar que la línea editorial de un canal de televisión es el reflejo de la expresión de las personas involucradas con el diseño de dicha línea, por lo que pueden ser objeto de un trato discriminatorio en razón de sus opiniones políticas".

> tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe.[61]

De este párrafo surgen dos comentarios. Por una parte, es pertinente el uso del concepto de desviación de poder en este tipo de casos. Además, permite centrar el debate en el problema jurídico relevante para los mismos, atendiendo a su naturaleza, esto es, la prueba existente sobre la verdadera intención detrás del acto que se alega discriminatorio. Por otra parte, la referencia genérica a una presunción de legalidad de las actuaciones del Estado —que puede ser propia del derecho interno, por ejemplo, del derecho administrativo— en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, más específicamente, en el contexto de casos de alegada discriminación encubierta, puede conspirar en contra de las posibilidades reales de desentrañar una actuación discriminatoria encubierta bajo dicha presunción. Esto puede ocurrir de dos maneras. O bien poniendo la carga en los peticionarios, no sólo *prima facie,* de demostrar que la finalidad declarada por el Estado no es la verdadera motivación de su actuar; o bien, exigiendo prueba directa que demuestre dicha desviación de poder.

Volviendo al ejemplo del caso *Granier y otros vs. Venezuela*, se observa que las pruebas tomadas en cuenta por la Corte IDH para concluir que la verdadera finalidad de la no renovación de la concesión era castigar a las víctimas por sus opiniones políticas expresadas a través de la línea editorial del medio, fueron principalmente declaraciones de funcionarios estatales que de manera muy explícita pusieron de manifiesto dicha finalidad, contraria a la finalidad declarada por parte del Estado ante los órganos del sistema interamericano. Sin embargo, no sólo no es común, sino que es inusual que en casos de discriminación encubierta exista este tipo de prueba sobre el carácter discriminatorio de la actuación estatal.

---

[61] Corte IDH, Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 189 (citas omitidas).

Una aproximación más consistente con la naturaleza de este tipo de casos fue la abordada por la CIDH en el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela.*[62] Este caso se trata del despido de tres mujeres de una entidad estatal, específicamente del Consejo Nacional de Fronteras en el año 2004, tras incluir sus firmas en la convocatoria a referendo revocatorio contra el entonces presidente Hugo Chávez Frías. Las víctimas alegaron que el despido fue una represalia por esta actuación. Por su parte, el Estado de Venezuela argumentó que el despido se basó en la aplicación de una cláusula del contrato laboral que otorgaba al empleador la facultad discrecional de dar por terminados los servicios sin motivación, y que ello tuvo lugar en un contexto de restructuración de la institución. Algunos de los extractos relevantes del informe de fondo sobre la aproximación de la CIDH en este caso son:

> En este punto corresponde a la Comisión abordar el debate sobre la motivación declarada por el Estado sobre la terminación del contrato, frente a la alegada motivación real de dicha actuación.[63]
>
> [...] Ante el argumento de los peticionarios sobre la existencia de una supuesta motivación real según la cual la terminación laboral de las presuntas víctimas constituyó una sanción por su expresión política en la solicitud de referendo, el análisis de la Comisión no puede basarse en la motivación formalmente declarada en los términos descritos en los párrafos precedentes. Corresponde a la Comisión evaluar todos los elementos disponibles a fin de determinar si la terminación del contrato constituyó, como lo alegaron los peticionarios, una desviación de poder, entendiendo por tal aquella que tiene lugar mediante un procedimiento formalmente válido utilizado en orden a ocultar una práctica ilegal.[64]

---

[62] Al momento de completar la redacción de este capítulo, no había sido notificada la sentencia de la Corte IDH en este caso.

[63] CIDH, *Informe No. 75/15*. Caso 12.923. Fondo. *Rocío San Miguel Sosa y otras*. Venezuela. 28 de octubre de 2015, párr. 148. Citando. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkings Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Caso 12.489) contra la República Bolivariana de Venezuela, 29 de noviembre de 2006, párr. 129.

[64] CIDH, *Informe No. 75/15*. Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela. 28 de octubre de 2015. Párr. 151. Citando. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos

A diferencia de la Corte IDH, en el caso *Granier y otros vs. Venezuela*, la CIDH abordó más directamente las dificultades probatorias propias de este tipo de casos en *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, haciendo referencia tanto a la cuestión de la carga probatoria como al tipo de prueba que resulta relevante cuando se alega discriminación encubierta.

Así, la CIDH indicó que "en estos casos la prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia."[65] Más adelante, en el mismo informe de fondo y al evaluar la respuesta obtenida por las víctimas en la vía interna, la CIDH señaló que "las autoridades judiciales a cargo de resolver este tipo de casos deben tener presente que las formas encubiertas de discriminación generalmente no cuentan con prueba directa y, por lo tanto, la carga de la prueba no puede recaer de manera absoluta en la persona que alega la discriminación como ocurrió en el marco de estos recursos."[66] Tras evaluar la prueba disponible, incluyendo información contextual y una serie de indicios, la CIDH concluyó que las víctimas fueron separadas de sus cargos como represalia por haber firmado la convocatoria a referendo revocatorio y, por lo tanto, estableció que se trató de una diferencia de trato basada en la expresión de sus opiniones políticas.[67]

---

humanos en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkings Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Caso 12.489) contra la República Bolivariana de Venezuela, 29 de noviembre de 2006, párr. 129.

[65] CIDH, *Informe No. 75/15*. Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela. 28 de octubre de 2015. Párr. 151. Citando. CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso de Ana María Ruggeri Cova, Perkings Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) (Caso 12.489) contra la República Bolivariana de Venezuela, 29 de noviembre de 2006, párr. 129.

[66] CIDH, *Informe No. 75/15*. Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela. 28 de octubre de 2015, párr. 189.

[67] CIDH, *Nota de remisión del caso 12.923-Rocío San Miguel y otras a la Corte IDH,* de 8 de marzo de 2016. En cuanto al contexto, la CIDH tomó en cuenta la significativa polarización, los contenidos amenazantes de las declaraciones de altos funcionarios, la creación y publicación de una lista a solicitud del propio Presidente de la República que incluía a las personas que firmaron la convocatoria a referendo revocatorio y la convocatoria a un proceso de 'reparos' que incluyó un llamado general a que las personas que firmaron válidamente se retractaran. Como elementos adicionales, varios de ellos indiciarios, la CIDH tomó nota de: *i*) las declaraciones de las tres víctimas, en particular, la de Rocío San Miguel Sosa, quien aportó la transcripción de una conversación con dos funcionarios de alto nivel donde se indica que la razón del despido fue la firma; *ii*) el hecho de que de los 23 empleados del Consejo Nacional de Fronteras, sólo cuatro personas fueron despedidas y todas firmaron la convocatoria; *iii*) el hecho de que a las tres víctimas se les habían venido renovando reite-

En su sentencia, y aunque reiteró lo indicado en el caso *Granier y otros vs Venezuela* respecto de la presunción de legalidad de las actuaciones del Estado, la Corte IDH adoptó una posición más explícita en cuanto a la irrazonabilidad de un modelo de adjudicación de estos casos en los que se exija prueba directa y se ponga la carga en quien alega la discriminación. Específicamente, indicó que:

> si bien no "puede exigirse al empleador la prueba diabólica del hecho negativo de la discriminación" […], en ese tipo de casos es prácticamente imposible para el recurrente demostrar "fehacientemente" un nexo causal, con pruebas directas, entre un trato discriminatorio y la decisión formal de terminar los contratos, tal como exigió el juzgado que resolvió el amparo.[68]

Ahora bien, lo dicho hasta ahora sobre este tipo de casos, se vincula a la determinación de si la diferencia de trato estuvo basada o no en una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención, en casos en los cuales los Estados niegan dicha razón e invocan una motivación aparente. En cuanto a la metodología de análisis, la siguiente pregunta que surge es si, una vez levantado el velo de legalidad y establecido que, efectivamente, la diferencia de trato se basó en una categoría protegida, el modelo de adjudicación más idóneo para discriminación encubierta, debe incluir o no también un juicio de proporcionalidad —que al tratarse de una categoría establecida en el artículo 1.1 debería ser estricto— o si en este tipo de casos, es suficiente levantar el velo de legalidad para establecer el carácter discriminatorio de la diferencia de trato.

Una aproximación puede ser entender que la aplicación del juicio de proporcionalidad se activa por la existencia de una diferencia de trato que el Estado intenta justificar a partir de una finalidad que, en principio,

---

radamente sus contratos por periodos de ocho, siete y cuatro años respectivamente; y *iv)* la información contextual que apuntaba a que no fue un caso aislado sino que se documentaron múltiples denuncias sobre despidos en el sector público como represalia por la misma razón.

[68] Corte IDH, Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 192.

no se encuentra en controversia, siendo la controversia mayormente sobre la legitimidad de esa finalidad y, de ser el caso, si están cumplidos los distintos pasos del juicio de proporcionalidad. En ese sentido, podría afirmarse que, en casos de discriminación encubierta, en los cuales la presencia de la categoría protegida es ocultada por el Estado, corresponde concluir que el uso de dicha categoría para este tipo de casos es siempre discriminatorio. Puesto en otras palabras, podría entenderse que se asume el carácter discriminatorio de una diferencia de trato basada en una categoría cuya presencia el Estado pretende encubrir, pues dicho encubrimiento trae naturalmente aparejada la ilegitimidad de las verdaderas finalidades.

Entendido de esta manera, en casos de discriminación encubierta —a diferencia de otras diferencias de trato basadas en categorías protegidas pero que el Estado no niega y más bien trata de justificar su convencionalidad— el ejercicio más importante en el modelo de adjudicación es el de valoración probatoria con la finalidad de desentrañar la verdadera finalidad de la diferencia de trato y, en caso de establecerse que no corresponde a la finalidad declarada por el Estado, no sería necesario profundizar en los pasos del juicio de proporcionalidad, en tanto la ilegitimidad de esa finalidad real resulta inherente a la voluntad de ocultarla bajo un velo de legalidad.

Al resolver el segundo de los casos analizados en este subtítulo, el caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela,* la Corte IDH parece inclinarse por esta aproximación al señalar que en

> no corresponde analizar este caso como […] un caso de diferencia de trato directa —en que se evaluaría la objetividad y razonabilidad de la justificación aportada por el Estado—.[69]
>
> [...] este caso […] ellas fueron discriminadas por una desviación de poder, encubierta con el velo de legalidad de aplicación de

[69] Corte IDH, Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 121.

> una cláusula contractual que se justificó como discrecional, lo cual hace que un juicio de igualdad no sea aplicable propiamente en autos."[70]

III. Igualdad y no discriminación como prohibición de neutralidad y mandato de medidas positivas

Hasta ahora, el desarrollo de este artículo se ha centrado en la concepción de la igualdad y no discriminación conforme a la cual las personas que se encuentran en igual situación deben ser tratadas de manera igualitaria. Como se ha desarrollado, esta protección que impone obligaciones negativas a los Estados, tiene matices e intensidades según las particularidades y tipos de casos, en especial cuando las diferencias de trato de basan categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH.

La segunda concepción del principio de igualdad y no discriminación se basa en la realidad reconocida en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional de los derechos humanos, sobre que la discriminación *de facto* y estructural[71] no puede ser resuelta únicamente mediante la imposición de obligaciones negativas, que privilegian la

[70] Corte IDH, Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 164.

[71] Una buena definición de los tipos de discriminación que fundamentan esta segunda concepción del principio de igualdad y no discriminación se encuentra: Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales. 2 de julio de 2009, párrs. 8 b) y 12. Discriminación sustantiva: […] en el disfrute efectivo de los derechos […] influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto.* Discriminación sistémica: […] la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.

neutralidad como herramienta de protección contra tratos arbitrarios individuales.[72] Dentro de los muchos ejemplos que cabe invocar sobre la insuficiencia de la neutralidad para enfrentar la desigualdad real, cabe destacar dos.

El primero, descrito por *Robert Post*, es el de las "audiciones a ciegas" para orquestas musicales, diseñadas de esa manera con la finalidad de evitar que en el proceso de selección operen estereotipos o sesgos inconscientes, sobre la base por ejemplo de género o raza y así garantizar un resultado igualitario, basado exclusivametne en el talento de los participantes y la calidad de sus presentaciones.[73] Este tipo de medidas, bien intencionadas, pueden promover la igualdad sólo de manera muy parcial. Sin bien pueden contribuir a la finalidad de reducir el uso de estereotipos o los sesgos inconscientes, pueden tener como resultado que, en todo caso, los seleccionados sean hombres blancos.[74] Otro ejemplo similar es el de la políticas educativas o laborales basadas en meritocracia. Daniel Markovits señala que "la promesa de igualdad de la meritocracia —la teoría de que cualquier persona puede ser exitosa simplemente con la excelencia puesto que las universidades meritocráticas admiten a los estudiantes con base en los logros académicos y los emppleadores contratan con base en aptitud— ha demostrado ser falsa en la práctica."[75]

Así, frente a situaciones de discriminación de hecho y estructural, los mandatos normativos relacionados con prohibiciones que privilegian la neutralidad pueden ser no sólo insuficientes sino inadecuados para hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación. Más aún, el trato igualitario respecto de grupos en situación de desventaja histórica puede

---

[72] Véase Owen N. Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", en *J. Phil & Public Affairs*, vol. 5, núm. 107, 1976.

[73] Post, Robert C., et al., *Prejudicial Appearances. The Logic of American Antidiscrimination Law,* Duke University Press, 2001, pp. 18 y 19.

[74] Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, México, Siglo veintiuno editores, 2016, pp. 44, 45 y 46.

[75] Markovits, Daniel, *The Meritocracy Trap. How America's Foundational Myth Feeds Inequality, Dismantles the Middle Class, and Devours the Elite,* Nueva York, Penguin Press, 2019, p. 26.

constituirse en la fuente que causa, profundiza, intensifica o perpetúa dicha situación. Esto se debe a que las razones de las desigualdades en nuestras sociedades no se limitan a los estereotipos o sesgos inconscientes, sino a factores estructurales que requieren de otras medidas positivas y deliberadas para para enfrentarlos.

En su Opinión Consultiva 18, la Corte IDH empezó a referirse a estas obligaciones indicando que los Estados deben "adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas."[76] Posteriormente, en el caso *Furlan y familiares v. Argentina* y en referencia a las personas con discapacidad, la Corte IDH incorporó algunas consideraciones generales en su sentencia sobre obligaciones positivas:

> En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad,[77] con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.[78]
>
> Asimismo, la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades

[76] Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.
[77] Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134. *Cfr.* artículo 5 de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.
[78] Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 134. Citando. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 13.

> sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.[79]

En una de sus sentencias más recientes —caso *Roche Azaña y otro vs. Nicaragua*— la Corte IDH analizó la situación de una persona migrante que se encontraba en una situación de desventaja en cuanto al acceso a la justicia respecto de las violaciones a su integridad personal y la muerte de su hermano de manos de agentes del Estado. En lo relevante para este capítulo, la Corte IDH indicó que la víctima no fue informada "por parte del Estado de la existencia de un proceso penal en contra de los autores de los disparos, ni le fue prestada ningún tipo de asistencia técnica que pudiera compensar el desconocimiento de un sistema legal —extranjero y ajeno para él— que supuestamente le amparaba."[80] En cuanto a la desigualdad real de la víctima y la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para compensar dicha situación, la Corte IDH señaló que:

> El señor Patricio Fernando Roche Azaña se encontraba, por tanto, en una situación de desigualdad real debido asu estatus migratorio que obligaba al Estado a adoptar determinadas medidas especiales que contribuyeran a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidieron la defensa eficaz de sus intereses por el mero hecho de ser migrante. Cuando no existen estasmedidas para garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, difícilmente se puede afirmar que quienes se encuentran en esas condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[81]

---

[79] Corte IDH, Caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. Párr. 135. (Las citas originales de este párrafo fueron omitidas).

[80] Corte IDH, Caso *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 92.

[81] Corte IDH, Caso *Roche Azaña y otros vs. Nicaragua*, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 3 de junio de 2020. Serie C No. 403, párr. 93.

Sin embargo, más allá de estos avances incipientes, la concretización de cuáles son esas obligaciones y en qué supuestos la omisión en adoptarlas o la insuficiencia en su adopción pueden comprometer la responsabilidad internacional de los Estados bajo la Convención Americana por violación al principio de igualdad y no discriminación, continúa siendo un tema pendiente de la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa que, evidentemente, debe ser activada por la CIDH.

Las demás referencias de la Corte IDH sobre situaciones de discriminación de hecho y estructural han sido realizadas en casos en los cuales la principal violación de derechos humanos analizada es otra y se establece que las víctimas estaban en un riesgo diferenciado frente a dichas violaciones debido a tales situaciones, pero el centro del análisis de la responsabilidad internacional del Estado no se basa en la omisión o inadecuación de medidas para superar la discriminación de hecho y estructural. En adición a tales referencias, la Corte IDH sólo ha efectuado dos pronunciamientos —con algunos problemas en el abordaje— en materia de discriminación indirecta por la existencia de normas —o situaciones— con impactos desproporcionados en ciertos grupos desaventajados. A continuación se describen estos pronunciamientos.

1. Discriminación de hecho o estructural como causa y consecuencia de riesgo diferenciado de violaciones de derechos humanos

Este grupo de casos pone de manifiesto una de las consecuencias evidentes de la discriminación de hecho o estructural y es que pone a ciertos grupos en situación de especial vulnerabilidad o riesgo de ser víctima de violaciones de derechos humanos, incluyendo violencia por parte de agentes estatales o actores no estatales. Frente a este riesgo diferenciado de ser víctima de violaciones de derechos humanos, el Estado tiene una obligaciones especiales y positivas de prevención, protección y acceso a la justicia.

Dentro de este grupo se encuentran los casos de violencia contra la mujer, especialmente los relativos a feminicidios. En dichos casos, la Corte IDH, invocando la Convención de Belém do Pará, ha enfatizado la relación entre discriminación y violencia.[82] En el caso *González y otras "Campo Algodonero" vs. México,* la Corte IDH caracterizó un contexto de discriminación y violencia en la zona, seguido de impunidad.[83] Uno de los grandes aportes de este caso, se relaciona con las particularidades de las obligaciones de especial protección en cabeza del Estado, frente al riesgo diferenciado al que estaban expuestas las mujeres en Ciudad Juárez como consecuencia del referido contexto. En palabras de la Corte:

> […] el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a

[82] Así por ejemplo, la Corte IDH señaló que "en el ámbito interamericano, la Convención de Belém do Pará señala en su preámbulo que la violencia contra la mujer es 'una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres' y además reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación […] En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas […] ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer 'incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada'. También ha señalado que "[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". Corte IDH, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 175.

[83] Dicho contexto fue descrito así: "De todo lo expuesto anteriormente, la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, sobre las cuales la Corte observa no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad". Corte IDH, Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 164.

> su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido.[84]

Similares consideraciones fueron reiteradas en dos casos guatemaltecos con características análogas, en cuanto al deber de especial protección frente a la denuncia de la desaparición de una mujer en ciertos contextos.[85] Posteriormente, la Corte IDH profundizó al respecto en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, llegando a determinar que el incumplimiento manifiesto y deliberado de dichos deberes diferenciados, en ciertos casos pueden llegar a constituir una forma de aquiescencia con la violencia perpetrada contra la mujer. En dicho caso, este abordaje trajo aparejado un desarrollo juirsprudencial mediante la calificación como tortura de actos de violencia extrema de género cometidas por un actor no estatal.[86]

Otra de las obligaciones que en este tipo de casos los Estados deben cumplir de manera diferenciada, son las reltivas al acceso a la justicia. Al respecto, se indicó que "la ineficacia judicial frente a casos individuales de

---

[84] Corte IDH, Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 283.
[85] Corte IDH, Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277; y Corte IDH. Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.
[86] Corte IDH, Caso *López Soto y otros vs. Venezuela*, (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párrs. 183-199.

violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia."[87] De lo anterior se desprende un deber de investigar los posibles móviles discriminatorios de un acto de violencia contra la mujer, con una perspectiva de género y evitando cualquier estereotipo que pudiera culpabilizar a la víctima de lo sucedido o considerarla no merecedora de una investigación exhaustiva.[88] Esto fue reiterado recientemente en el caso *Azul Rojas Marín y otrs vs. Perú,* sobre tortura sexual por parte de la policía basada en el prejuicio contra personas LGBTI.[89]

Un punto que conviene destacar de estos casos es el impacto que la determinación de la situación de discriminación estructural tuvo al momento de fijar las reparaciones. La Corte IDH indicó que "teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos […] las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo."[90]

Otro ejemplo relevante del tipo de casos que se analiza en este subtítulo es el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, relativo a una situación de esclavitud, trabajo forzoso, servidumbre y trata de personas en la referida hacienda. En este caso, la Corte IDH enfatizó en el riesgo

[87] Corte IDH, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 176.
[88] Corte IDH, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párrs. 176, 183 y 196.
[89] Corte IDH, Caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 196.
[90] Corte IDH, Caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

diferenciado de ser víctima de estas graves violaciones de derechos humanos en atención a la situación de "extrema pobreza o marginación."[91] Este riesgo diferenciado, vinculado a la situación de extrema pobreza, fue descrito así:

> los 85 trabajadores rescatados […] se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización […] Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos, 1995, cuando el Gobierno de Brasil reconoció expresamente la existencia de "trabajo esclavo" en el país […] La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo."[92]

Tras establecer el riesgo diferenciado, la Corte IDH señaló que "el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas."[93]

Estos casos son importantes pues, como se indicó al inicio de la sección, han permitido la definición de medidas positivas y diferenciadas en temas

---

[91] Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 337. Citando, entre otros: Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154.

[92] Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 339 y 340.

[93] Corte IDH, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 338.

de prevención, investigación, sanción y reparación de otras violaciones de derechos humanos cuando ocurren respecto de personas o grupos de personas víctima de discriminación estructural. Sin embargo, se reitera que en estos casos el centro de la responsabilidad internacional no fue la omisión del Estado en adoptar medidas positivas para enfrentar la situación de discriminación estuctural o de facto en sí misma a la luz de las disposiciones que consagran el principio de igualdad y no discriminación.

2. Caso de discriminación indirecta por el impacto perjudicial diferenciado de medidas aparentemente neutrales

La discriminación indirecta, según la definición consensuada en el derecho internacional de los derechos humanos, es la que ocurre como consecuencia del efecto perjudicial diferenciado que tiene una medida aparentemente neutral. Debido a que la neutralidad es la fuente de violación en estos casos y que el efecto perjudicial diferenciado tiene lugar fundamentalmente como consecuencia de situaciones subyacentes de discriminación de hecho o estructural, se considera que la ubicación correcta en el presente capítulo es en esta sección, relativa a la segunda concepción del principio de igualdad y no discriminación.

Como se adelantó previamente, la Corte IDH ha considerado la noción de discriminación indirecta de manera explícita en dos casos, aunque la misma ya estaba presente implícitamente en algunos pronunciamientos anteriores.[94] Uno fue el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, en el que la Corte hizo referencia expresa. Para ello, hizo una recapitulación de lo indicado por múltiples Comités de tratados de Naciones Unidas y por el TEDH, en los siguientes términos:

> El Tribunal ha señalado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación deter-

[94] Como en el caso *Yatama vs. Nicaragua.*

mina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.[95] El Comité de Derechos Humanos,[96] el Comité contra la Discriminación Racial,[97] el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[98] y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[99] han reconocido el concepto de la discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.[100] Es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede

[95] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 286. Citando. *Cfr. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 88.

[96] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 286. Citando. *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Comunicación No.993/2001, Althammer v. Austria, 8 de agosto de 2003, párr. 10.2. ("que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley"), y Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación.

[97] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Párr. 286. Citando. *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 31/2003, *L.R. et al. Vs. Slovaquia*, 7 de marzo de 2005, párr. 10.4.

[98] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 286. Citando. *Cfr.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párr. 1 ("puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punta de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer").

[99] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Párr. 286. Citando. *Cfr.* Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009.

[100] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Párr. 286. Citando. Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 234.

> una inversión de la carga de la prueba. Al respecto, el Comité sobre las Personas con Discapacidad ha señalado que "una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique."[101] Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha desarrollado el concepto de discriminación indirecta, estableciendo que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente prejudicial en un grupo particular, esta puede ser considerado discriminatoria aún si no fue dirigido específicamente a ese grupo.[102]

En este caso, la Corte IDH analizó la prohibición absoluta de la técnica de reproducción asistida de la fecundación *in vitro* en Costa Rica. El caso tiene gran relevancia en el sistema interamericano, en cuanto a la interpretación del artículo 4 de la Convención Americana y la protección de la vida "en general, desde el momento de la concepción". En lo relevante para este capítulo, la Corte IDH incorporó en su jurisprudencia el concepto de discriminación indirecta en los términos transcritos. Sin embargo, es debatible si la manera en la que lo usó fue del todo adecuada y coherente con la naturaleza de este tipo de discriminación.

La Corte IDH analizó si "existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica";[103] es decir, si la prohibición —que por supuesto afectó a todas las personas infértiles cuya

---

[101] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Párr. 286.Citando. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación No. 3/2011, *Caso H. M. Vs. Suecia*, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, párr. 8.3.

[102] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 286. Citando. TEDH, *Caso Hoogendijk vs. Holanda*, No. 58641/00, Sección Primera, 2005; TEDH, Gran Camara, *D. H. y otros vs. República Checa*, No. 57325/00, 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y TEDH, *Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido*, No. 24746/94, 4 de mayo de 2001, párr. 154.

[103] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. Párr. 287.

opción para tener hijos biológicos era la fecundación *in vitro*— impactó de manera distinta a ciertas personas dentro de dicho grupo. En el análisis sobre "discapacidad", se observa que lo que la Corte IDH hizo fue fundamentar las razones por las que debía entenderse la situación de infertilidad en el caso concreto como una discapacidad, lo que implica que el Estado debía adoptar unas medidas diferenciadas respecto de las víctimas.[104]

En el análisis sobre "género", nos encontramos con que se describen los severos impactos de la prohibición para las mujeres infértiles pero también para los hombres infértiles. En palabras de la Corte IDH: "la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad."[105] Aunque en la sentencia se indica que si bien: "la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas";[106] más adelante, en la misma sección, la Corte IDH también se refiere al impacto diferenciado para los hombres infértiles.[107] Es decir, la Corte IDH pareciera usar el concepto para visibilizar la manera distinta en la que la prohibición afectó a las mujeres y a los hombres. Este análisis incluye, entonces, a todas las personas afectadas por la prohibición, por lo que no pareciera que la noción de impacto desproporcionado o diferenciado resulte pertinente o de utilidad, cuando, como se conceptualizó, la misma está pensada para

[104] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. párrs. 288-293.
[105] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 294.
[106] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 299.
[107] Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 301.

mostrar tales impactos más perjuidiciales para ciertos grupos desaventajados en comparación con otros a quienes también involucra la medida estatal, pero de manera menos grave.[108]

El análisis respecto de "situación económica" sí resulta consistente con la naturaleza de la discriminación indirecta. Así, en este punto la Corte IDH logra poner de manifiesto que aunque la prohibición afectó a todo el universo de personas infértiles que requerían de la fecundación *in vitro* para tener hijos biológicos, dentro de dicho universo, las personas en situación de pobreza se vieron afectadas de manera desproporcionada.

Otro caso en el que la Corte IDH se refirió al impacto desproporcionado por motivos de género —en esta ocasión con un abordaje más consistente con la esencia de la discriminación indirecta— es el caso Yarce y otras *vs.* Colombia, en cuanto a la situación de las mujeres desplazadas. En palabras de la Corte IDH:

> del contexto acreditado se desprende que el desplazamiento forzado en Colombia tuvo afectaciones diferenciadas o desproporcionadas sobre las mujeres en razón de su género […] Este impacto se vio traducido en la profundización de distintos patrones de discriminación y violencia de género, incluyendo la violencia contra mujeres lideresas. Destacó la existencia de una "exposición y una vulnerabilidad inusitadamente altas" debido a "peligros de toda índole" para las mujeres que se encontraban desplazadas. […] Este Tribunal asume que el desplazamiento de las [víctimas del caso] insertándose en la situación descrita, tuvo un impacto particular sobre ellas vinculado con su género. A raíz de su desplazamiento, se enfrentaron a una situación de vulnerabilidad agravada.[109]

---

[108] Cabe mencionar que la CIDH, en su informe de fondo en el mismo caso, al analizar el impacto diferenciado, lo hizo exclusivamente respecto de las mujeres infértiles. Consideramos que esta aproximación es más consistente con el concepto y la finalidad de la invocación del mismo en un caso concreto. Véase CIDH. *Informe No. 85/10*. Fondo. *Gretel Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro). Costa Rica*. 14 de julio de 2010, párrs. 131-133.

[109] Corte IDH, Caso *Yarce y otras vs. Colombia*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 243.

Finalmente, en términos de prueba y metodología de análisis en estos casos, cabe mencionar que en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, el impacto diferenciado de la prohibición en las personas infértiles de escasos recursos, resulta patente por el hecho de que las parejas con mayores recursos tuvieron la posibilidad de trasladarse a otros países para practicarse el tratamiento. En el caso Yarce y otras vs. Colombia, el impacto desproporcionado del desplazamiento en las víctimas fue inferido por la Corte IDH del contexto acreditaro por entes internos e internacionales sobre el efecto agravado de dicha violación en las mujeres. En ambos casos, por sus características, la aproximación de la demostración de los "efectos" diferenciados es adecuada. Sin embargo, hay otro tipo de casos también de discriminación indirecta, en los cuales se presentan debates probatorios importantes respecto de dicha demostración, incluyendo el uso de la estadística.[110]

Ni la cuestión probatoria ni el debate relativo a la metodología para analizar si la diferencia de trato acreditada mediante el impacto desproporcionado están justificados, han sido abordados a profundidad en el Sistema Interamericano, en el cual puede afirmarse que con estos casos el desarrollo en esta materia es aún incipiente.

IV. Conclusión

La CorteIDH ha conocido un grupo importante de casos en materia de igualdad y no discriminación. A través de sus sentencias, la Corte IDH ha podido delinear con claridad las dos grandes concepciones de dicho principio y la naturaleza de las obligaciones que cada una comporta para los Estados partes de la Convención.

En cuanto a la primera concepción, la Corte IDH ha fijado claramente la naturaleza negativa de las obligaciones estatales y ha avanzado en definir

[110] Véase, por ejemplo, en el sistema europeo: TEDH. Caso *D.H and others vs. The Czech Republic*. Application No. 57325/00. Grand Chamber. November 13, 2007, párr. 188. (Traducción libre).

un modelo de adjudicación consistente en acreditar la diferencia de trato y luego la aplicación de un juicio de proporcionalidad como juicio de igualdad para analizar la justificación del Estado sobre esa diferencia de trato. También hay avances importantes en cuanto a varios temas asociados a las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana, incluyendo la no taxatividad del listado, la noción de interseccionalidad y la posibilidad de alegar discriminación por la presencia explícita, implícita, encubierta, por percepción, por realidad o de manera concurrente con otros factores objetivos. Sin embargo, persisten ciertas inconsistencias en cuanto a la intensidad del escrutinio mediante el juicio de proporcionalidad en estos casos y sus implicaciones prácticas, especialmente en cuanto a la carga argumentativa y probatoria. Además, se mantiene cierta ambigüedad respecto de si todas las categorías prohibidas de diferenciación tienen las mismas implicaciones en cuanto a dicha intensidad. Igualmente, será importante el desarrollo futuro de la Corte IDH en casos de discriminación encubierta en los que el factor diferenciador real es negado, sobre todo en cuanto a los estándares para probar formas más sutiles de discriminación.

Sobre la segunda concepción, si bien la Corte IDH se ha referido reiteradamente a que el principio de igualdad y no discriminación también impone obligaciones positivas a los Estados para enfrentar y revertir situaciones de discriminación de hecho o estructural, el desarrollo jurisprudencial del contenido de tales obligaciones se ha enfocado hasta el momento en casos de violencia o graves violaciones de derechos humanos a las cuales están más expuestas ciertas personas por su pertenencia a ciertos grupos. La prohibición de neutralidad para evitar discriminación indirecta a través de impactos diferenciados se encuentra desarrollada de manera muy incipiente en un único caso y hasta la fecha el Sistema Interamericano no ha conocido ningún caso en el que se pueda analizar hasta qué punto y bajo qué parámetros un Estado puede ser internacionalmente responsable por no adoptar otras medidas positivas como, por ejemplo, pero no exclusivamente, medidas de acción afirmativa de carácter temporal.

Por último, otro tema pendiente de desarrollo en la jurisprudencia de la Corte IDH son las obligaciones de garantía por parte del Estado, tanto en materia de prevención como en materia de justicia, frente a violaciones al principio de igualdad y no discriminación cometidas por actores no estatales.

Bibliografía

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge Studies in Constitutional law, 2012.

Fiss, Owen N., "Groups and the Equal Protection Clause", en *J. Phil & Public Affairs*, vol. 5, núm. 107, 1976.

Markovits, Daniel, *The Meritocracy Trap. How America's Foundational Myth Feeds Inequality, Dismantles the Middle Class, and Devours the Elite,* Nueva York, Penguin Press, 2019.

Post, Robert C., et al., *Prejudicial Appearances. The Logic of American Antidiscrimination Law,* Duke University Press, 2001.

Saba, Roberto, "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?", en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, México, Siglo veintiuno editores, 2016.

CAPÍTULO 8

Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte

Francisca Pou Giménez*

* Agradezco a Ana María Ibarra Olguín que me invitara a participar en el Seminario de Igualdad del CEC de la Suprema Corte, con cuyxs integrantes he tenido oportunidad de analizar, durante el último año, algunos de los criterios que abordo. También estoy agradecida con Eugenio Velasco-Ibarra Argüelles por sus valiosos comentarios sobre el texto. Dedico este escrito a las Secretarias de Estudio y Cuenta de la Corte, autoras de la inmensa mayoría de las sentencias que analizo, sin cuyo compromiso e incansable trabajo la enorme transformación experimentada por esta área del derecho no hubiera ocurrido (sin que ello las haga en modo alguno responsables de lo que quedó mal o sigue pendiente).

Sumario: I. Introducción; II. La prehistoria: supuestos de hecho siempre distintos, salvo en materia fiscal (1995-2005); III. Los inicios: control de distinciones arbitrarias, test de proporcionalidad y diferenciación de intensidades (2005-2010); IV. La consolidación del escrutinio estricto (2010-2015); a) Cuestiones generales sobre aplicación de escrutinio estricto u ordinario; b) Orientación sexual / identidad de género: escrutinio estricto que sí se aplica; c) Estado marital: escrutinio estricto que no se aplica; d) Edad: sospechosa, con escrutinio de intensidad variable; e) Discapacidad: no discriminación como autonomía y combate de estereotipos; V. La aparición de la discriminación indirecta (2015-2020); VI. Otras cuestiones: perspectiva de género, acoso y violencia; VII. Esperando a la igualdad estructural; VIII. Conclusiones.

I. Introducción

La cláusula que prohibe la discriminación en la Constitución mexicana se encuentra en el último párrafo del artículo 1o. Este párrafo se incorporó a la Constitución en agosto de 2001 y ha sido objeto de un cambio de palabras en dos ocasiones —"capacidades diferentes" por "discapacidades" y "preferencias" por "preferencias sexuales"—. En su versión vigente dispone que: "[q]ueda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, 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."[1]

[1] La reforma que cambió "capacidades diferentes" por "discapacidades" es de 4 de diciembre de 2006, y la que sustituyó "preferencias" por "preferencias sexuales" es la famosa reforma constitucional de derechos humanos de 10 de junio de 2011. A nivel legal, se ha aprobado una larga serie de leyes de igualdad y no discriminación, tanto generales como especiales, y tanto a nivel federal como estatal.

¿Qué establecía la Constitución mexicana, en el ámbito de la igualdad, con anterioridad al 2001? Contenía (y sigue conteniendo) un conjunto de menciones directas o indirectas a esta noción. Entre ellas destaca el artículo 4º, que desde diciembre de 1974 dispone que "[e]l varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos [...]." Otra se halla en el viejo artículo 31, fracción IV, ya presente en la Constitución de 1857, según el cual son obligaciones de los mexicanos "[c] ontribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como de los Estados, de la Ciudad de México y del Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes." Una tercera se encuentra en el mítico artículo 123, cuya fracción VIII establece que "[p]ara trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad". También se desarrolló algún grado de litigio de igualdad en torno a las previsiones de la primera parte del artículo 13, según la cual "[n]adie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley [...]."

El carácter disperso y algo azaroso de estas (y otras) menciones no implica, es importante recalcarlo, que la Constitución de 1917 no estuviera preocupada de muchas maneras por la igualdad. Es claro que el proyecto revolucionario de 1917 —a pesar de las concesiones que se hicieron a la "moderación" en el Constituyente de Querétaro, en comparación con las propuestas de la Convención de Aguascalientes— contiene un proyecto político cuya columna vertebral incluye un compromiso por un mayor igualitarismo social, económico y político, traducido en derechos laborales y educativos, un régimen de propiedad sin precedentes y prospectos de reparto agrario, entre otros extremos.[2] Pero el entendimiento de la

[2] Sobre los distintos proyectos constitucionales revolucionarios, véase Marván Laborde, Ignacio, *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, México, Secretaría de Cultura, CIDE y FCE, 2017.

justicia social que prevalecía en esa época privilegiaba la dimensión socioeconómica y no incluía una preocupación central por las desventajas que derivan de las vinculaciones grupales y de las diferencias de estatus (y no, primariamente, de recursos), al estilo de las cláusulas antidiscriminatorias contemporáneas.[3]

Con posterioridad al 2001, el conjunto de disposiciones constitucionales sensibles a la igualdad ha seguido aumentando, con la adición, por ejemplo, de las previsiones sobre pueblos y comunidades indígenas del artículo 2o., y por supuesto con la incorporación, vía primer párrafo del artículo 1o. tras la reforma de 2011, de los artículos de los tratados internacionales que protegen contra la discriminación.[4] La Segunda Sala emitió en 2008 una tesis en la que agrupa lo que son, a su juicio, las huellas del "principio general de igualdad" en el texto constitucional.[5]

---

[3] Las desigualdades de estatus se relacionan con las desventajas o daños que experimentan las personas por el lugar en que las sitúan las jerarquías sociales debido a sus rasgos de vinculación grupal (raza, género, etc.). Se expresan en términos de falta de respeto o degradación respecto de los demás y tienen consecuencias en términos de recursos y oportunidades, pero no dependen directamente de la cantidad de recursos económicos que tengan las personas. Sobre la vinculación del derecho antidiscriminatorio contemporáneo con las desigualdades de estatus, no de recursos, y la complejidad de separar las dos cosas, véase Fredman, Sandra, "Positive Duties and Socio-Economic Disadvantage: Bringing Disadvantage onto the Equality Agenda", *European Human Rights Law Review,* núm. 3, 2010, pp. 290-304; "Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities", *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 214-234.

[4] Entre las principales disposiciones de fuente externa estarían los arts. 2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los arts. 2, 3, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los arts. 22.2, 3, 7 y 10 del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR); y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), dentro de un cuerpo normativo mucho más extenso. Para una enumeración de los tratados relacionados con igualdad ratificados por México, véase Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales*, México, Conapred, 2011, pp. 79-90.

[5] "Principio general de igualdad. Su contenido y alcance. El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente." Tesis aislada: 2a. LXXXII/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, pág. 448, registro digital: 169439.

Sin embargo, en el contexto de ese universo, la cláusula que está jugando un papel articulador primario y central en el despliegue reciente de la fuerza normativa del principio de igualdad es sin duda la cláusula antidiscriminatoria del quinto párrafo del artículo 1o.

El objetivo de este texto es emprender una reconstrucción preliminar de cómo la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1o. ha ido cobrando vida durante estos pasados casi veinte años en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con el transfondo implícito conformado por los desarrollos comparados, intentaré identificar algunos de los rasgos que singularizan a la jurisprudencia constitucional mexicana sobre igualdad y no discriminación. Hay tres breves puntos metodológicos a señalar, antes de entrar en materia. El primero es que, por los motivos ya apuntados, debe tenerse en cuenta en todo momento que hay mucha jurisprudencia que afecta profundamente a la igualdad o desigualdad entre las personas que no se ha fallado sobre la base de la cláusula del artículo 1o. constitucional. Por poner un ejemplo: si miramos los criterios destacados en el Informe de Labores de la Presidencia de la Corte del año 2014, encontramos casos directamente relacionados con discriminación, pero también casos relacionados con acceso a la justicia de las personas indígenas, presunción de inocencia y valoración de pruebas en materia penal o derecho a la vivienda, todos los cuales constituyen dimensiones materiales de jurisprudencia sobre igualdad, a pesar de no estar fallados sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1o., que será el centro de mi rastreo jurisprudencial.[6] Por poner otro ejemplo: una sentencia tan relevante como la que declara inconstitucional la obligación de que el apellido paterno vaya primero fue fallada sobre la base del derecho a la vida privada y familiar en relación con el derecho al nombre, no sobre la base primaria del derecho a no ser discriminadx.[7]

[6] Informe de Labores 2014, Presidencia de la Corte, Primera Sala, pp. LXXVI-LXXXIII.
[7] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.

El segundo punto metodológico es que hay una diferencia importante entre explorar los criterios de análisis y argumentación que usan las sentencias y evaluar desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación el tipo de problemas sociales que se abordan y la manera cómo se resuelven. En muchas ocasiones —y ello puede tener que ver con entendimientos profundos acerca del derecho, la función de los altos tribunales en una democracia constitucional o la relación entre derecho y cambio social— la Corte menciona y desarrolla nociones que no son las directamente relevantes para la resolución del caso. La Corte puede, por ejemplo, explayarse sobre las implicaciones de la igualdad estructural o las características de los grupos relacionados con categorías sospechosas y luego observar que se trata de rasgos no presentes en el caso concreto y decidir bajo parámetros distintos. El análisis que sigue se concentra fundamentalmente en el mapeo de los conceptos interpretativos y de los recursos argumentales utilizados en las sentencias, aunque procuro dar un registro básico de los hechos y de la decisión que la Corte adopta en cada caso.

Y el tercer punto metodológico es que, salvo excepciones, me referiré a sentencias y a sus razonamientos, no a tesis. No solo porque si se aprueba la propuesta de reforma constitucional "con y para el poder judicial" que el Congreso tiene en 2020 sobre la mesa la Corte por fin va a operar sobre la base de precedentes derivados de los fundamentos de sus resoluciones, sino porque para determinar correctamente el alcance de los criterios en el ámbito del litigio de igualdad es especialmente importante no perder de vista los hechos del caso, el sentido del fallo y la hechura de los resolutivos.

Para cerrar esta introducción, resta añadir que el ejercicio que sigue es preliminar. En esta ocasión tendré oportunidad de identificar algunos puntos relevantes, que marcan direcciones y líneas de evolución en la jurisprudencia de la Suprema Corte, pero las conclusiones del ejercicio están destinadas a variar a la vista del resultado de exploraciones adicionales.

Ordeno los hallazgos por bloques cronológicos empezando en 1995, año en que entró en vigor la reforma constitucional que modificó el número de integrantes y el menú de competencias de la Corte (y creó el Consejo de la Judicatura para reforzar la independencia judicial). Ello permite, como veremos, abordar los desarrollos argumentales que van surgiendo en la jurisprudencia de la Corte por "oleadas" —con frecuencia bajo el liderazgo de ministrxs distintxs—. Los dos últimos apartados abandonan la ordenación cronológica para agrupar desarrollos más extendidos en el tiempo que ponen sobre la mesa conceptos clave de derecho antidiscriminatorio cuya presencia en la jurisprudencia conviene documentar (perspectiva de género, acoso y violencia, igualdad sustantiva). En cualquier caso, reitero, una reconstrucción completa y una evaluación crítica más profunda de la jurisprudencia relevante exige más tiempo y espacio y será ofrecida en otra ocasión.

II. La prehistoria: supuestos de hecho siempre distintos, salvo en materia fiscal (1995-2005)

Antes del cambio de siglo y de que se empezara a involucrar más seriamente en la "transición jurídica" del país,[8] a la Corte llegaban algunos desafíos a normas sobre la base de la prohibición de leyes privativas del artículo 13 de la Constitución. Por poner un ejemplo entre muchos: en el **AR 662/1993 (cobro preferente de honorarios de lxs abogadxs) (junio 1995)**,[9] ya situados en la etapa que abrió la entrada en vigor de la reforma judicial de 1994, a la Corte se le preguntó si el artículo 470, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Tamaulipas, que permitía a los abogados cobrar sus honorarios por la vía incidental cuando las otras personas deben iniciar y seguir un juicio sumario para cobrar sus deudas, violaba el artículo 13 de la Constitución Federal.

[8] Fix Fierro, Héctor, *El poder del poder judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, IIJ-UNAM, 2020.
[9] SCJN, Pleno, Amparo en Revisión 662/1993, de 27 de junio de 1995. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretaria: Ma. Elena Leguízamo Ferrer.

Al abordar el caso, la Corte no se muestra ajena al entendimiento contemporáneo de la igualdad y subraya que "el principio de igualdad no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante, lo que equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de igualdad". La Corte era consciente ya en ese momento de que respetar la igualdad impone a veces un deber de tratar distinto. Sin embargo, su entendimiento de las implicaciones que ello tiene para el legislador está presidido por una actitud de máxima deferencia: "corresponde al legislador la previsión de los supuestos de hecho o de derecho que, agrupados entre sí, por sus características comunes, sean suficientes y necesarias para diferenciarlos de otros, en cuanto tales notas comunes tengan una relevancia jurídica."[10] La Corte no realiza un escrutinio serio de esa labor clasificadora, sino que se ocupa fundamentalmente de constatar y justificar que existe. Para la Corte, la norma "establece una categoría de sujetos que por sus características propias pueden quedar exceptuados de la tramitación sumaria de sus pretensiones […] los abogados […] por su proximidad inmediata con las actuaciones y pruebas del juicio en el que intervinieron debe presumirse que cuentan con los documentos y constancias probatorias preparadas y ofrecidas por ellos en el proceso, lo que en todo caso permite expeditar los plazos de actuaciones y probanza, luego entonces, si la excepción prevista por la disposición reclamada corresponde plenamente a la finalidad de la ley que la establece, sin que ello se traduzca en una discriminación de otros profesionales pretensores de pago judicial de honorarios, debe concluirse que el referido artículo […] no es conculcatorio del principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Federal."[11] A diferencia de otros casos de la época, todavía más lacónicos, se

[10] Véase el razonamiento en la tesis P. LV/95, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo II, agosto 1995, Novena Época, pág. 72. Reg. digital 200342.
[11] *Ibid.*

dan algunas razones, pero se trata de razones orientadas en todo momento a mostrar la justificación innata de la clasificación legislativa.

Otro ejemplo claro, en el contexto de un litigio que por sus características plantea ya un problema constitucional muy contemporáneo, lo encontramos en la resolución del **AR 543/2003 (permiso de Segob para casarse) (abril 2004)**.[12] En este caso los quejosos impugnaban el artículo 68 de la Ley General de Población, que subordinaba la posibilidad de casarse, en ciertas hipótesis, a la obtención de una autorización que la Secretaría de Gobernación podía o no otorgar discrecionalmente. El permiso se exigía en lxs matrimonios entre mexicanxs y extranjerxs, no en los matrimonios entre mexicanxs o entre extranjerxs. Para lxs quejosxs, ello violaba el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por origen nacional y por cualquier otro motivo atentatorio de la dignidad del artículo 1o., pues para el caso de los demás matrimonios el Código Civil solo pedía consentimiento y edad núbil, además de ser invasivo de la vida privada.[13] La Corte, apoyada sin duda en premisas de máxima deferencia como las que ya he referido, despliega un razonamiento extremadamente problemático en cuyo contexto sugiere que, ante supuestos de hecho *jurídicamente* distintos, tratarlos diferenciadamente es no solo permisible, sino casi obligado.[14] La Corte señala que la distinción legal se justifica en el hecho de que nacionales y extranjerxs son dos categorías distintas en los artículos 30 a 33 de la Constitución, en el contexto de un argumento cuyo alcance permite vaciar de toda virtualidad la prohibición de discriminación por origen nacional.[15] En el voto de minoría

[12] SCJN, Pleno, Amparo en Revisión 543/2003, de 20 abril de 2004. Ministro encargado del engrose: Juan Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Voto de minoría: José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Gudiño Pelayo, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Margarita Luna Ramos.
[13] *Ibid*. pp. 28 y ss.
[14] *Ibid*. pp. 42-46.
[15] Se dice ibid., en la p. 46: "la propia garantía de igualdad implica que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un diferente tratamiento, por ello *es lógico* que la norma establezca un acceso diferente a tales derechos cuando los particulares se encuentran en situaciones jurídicas distintas. / De ahí que si la calidad de extranjero es jurídicamente distinta a la de mexicano, situación que la propia Constitución Federal *reconoce*, ello deriva en que el mexicano y el extranjero que pretenden celebrar el acto jurídico del matrimonio, se encuentren en diversa situación de hecho, de

se hace una evaluación de la razonabilidad de la distinción impugnada mediante el uso del test de proporcionalidad y se concluye que, aunque la norma puede ligarse a finalidades legítimas relacionadas con la garantía de la regulación sobre sobre la adquisición de la nacionalidad mexicana, la misma constituye un medio no adecuado, tanto por supra-inclusión como por sub-inclusión, además de resultar desproporcional.[16]

El único ámbito en el que la Corte había desarrollado, para esas fechas, una jurisprudencia extensa y sofisticada sobre distinciones justificadas o arbitrarias es el ámbito **impositivo o fiscal**, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, que obliga a lxs mexicanxs a "contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes." No hay lugar aquí para recordar la larga travesía del amparo fiscal en nuestro país. Baste decir que, tras no encontrar desarrollo en el siglo XIX ni en la vía ordinaria ni en amparo a raíz de la famosa posición de Ignacio Vallarta contra la posibilidad de impugnar las leyes del Congreso sobre la base del art. 31 fracción IV, en 1960 la Corte cambió su postura y se lanzó a una dinámica de justiciabilidad que acabó en una verdadera "industria" del amparo fiscal que, para finales de siglo XX, absorbía la mayor parte del tiempo y de los esfuerzos de la judicatura federal.[17] En su contexto, la Corte revisaba con enorme cuidado, bajo la fuerza normativa de la equidad y la proporcionalidad tributarias, si la mecánica de cálculo de los impuestos era perfectamente congruente con la capacidad contributiva, si no había "saltos" desproporcionados en los tramos de cálculo de las contribuciones, si el régimen de deducciones era equitativo y si el fisco trataba a

---

la que se encuentran los mexicanos para los mismos efectos, y por tanto el trato diferenciado está apegado al texto fundamental" (énfasis añadido).

[16] *Ibid.*, pp. 1-25.

[17] Elizondo Mayer-Serra, Carlos, "La industria del amparo fiscal", *Política y Gobierno*, año XVI, vol. 2, 2009, pp. 349-383; Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte*, México, El Colegio de México, 2019, pp. 82-86; Becerril Hernández, Carlos de Jesús, "Proporcionalidad y equidad en las contribuciones. El amparo fiscal en México, 1917-1968", *Secuencia*, núm. 91, abril de 2015.

lxs contribuyentes que litigaban (en su mayoría empresas con los medios necesarios para iniciar costosos litigios de amparo) con pleno respeto a las garantías de legalidad y proceso.

Las demás previsiones relacionadas con la igualdad, sin embargo, en consonancia con la tardanza general de la Suprema Corte mexicana en activar sus responsabilidades como protectora de los derechos y quizá porque la Constitución no incluyó una cláusula expresa de no discriminación hasta el 2001, continuaban fundamentalmente dormidas.[18]

III. Los inicios: control de distinciones arbitrarias, test de proporcionalidad y diferenciación de intensidades (2005-2010)

Este estado de cosas cambió gradualmente a partir de finales del 2004, al impulso de criterios sentados por la Primera Sala en asuntos fallados bajo la ponencia de José Ramón Cossío de muy variada temática —incluidos, curiosamente, varios amparos fiscales en cuyo contexto la Corte aprovechará para desarrollar criterios sobre justificación de clasificaciones claramente distintos de los contenidos en el cuerpo histórico de desarrollos insulares en torno a la equidad y la proporcionalidad de los tributos—. En estos casos, la Sala hace dos cosas: primero, propone por primera vez una metodología de análisis, que incluye un examen de varios pasos; y segundo, esboza el ámbito de relevancia del examen de igualdad.

[18] Sobre el tardío y modesto desempeño de la Suprema Corte nacida de la reforma de 1994 en materia de protección de derechos, en comparación con un mejor desempeño en términos de garantía de la división de los poderes, véase Helmke, Gretchen y Ríos Figueroa, Julio, "Introducción", en *Tribunales constitucionales en América Latina*, SCJN, 2011; Abad Suárez, Alberto, *La protección de los derechos humanos en la Novena Época de la Suprema Corte*, México, Porrúa, 2014. Sobre el cambio de tendencia, sobre todo a partir de la aprobación de la reforma de derechos humanos de 2011, véase, por ejemplo, Herrera García, Alfonso, "Jurisprudencia Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2016", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 2018, núm. 22, pp. 315-335 (donde destaca que, al igual que había ocurrido el año anterior, los criterios sobre derechos fundamentales fueron lo más destacado del quehacer de la Corte).

El **ADR 988/2004 (beneficios penales) (septiembre 2004)**[19] es el primero que se decide usando un test de proporcionalidad en funciones de test de igualdad. La Corte debía analizar la constitucionalidad de las normas del Código Penal federal que establecen cuándo puede sustituirse la pena de prisión por otras sanciones menos graves, y cuándo puede concederse la libertad condicional (arts. 70 y 90 CPF). Para abordar la denuncia genérica de desigualdad injustificada elevada por el recurrente, la Corte empieza por enunciar los pasos del escrutinio de igualdad, que concreta en tres: *a*) determinar si la norma goza de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; *b*) examinar la racionalidad de la medida, esto es, que exista una relación de índole instrumental entre los medios utilizados y el fin pretendido; y *c*) valorar que se cumpla con una relación de proporcionalidad, la cual sopesa la relación de medios con el objeto de determinar si en aras de la consecución de un fin constitucionalmente válido no se afectan de manera innecesaria o excesiva otros bienes o derechos protegidos por la Constitución Federal, verificando, en su caso, si pudiera existir alguna vía menos gravosa para el derecho.[20]

Como puede observarse, el tercer paso del análisis, la "relación de proporcionalidad", se concreta en un examen de necesidad[21] aderezado con un toque de proporcionalidad en sentido estricto: si existe una vía menos gravosa de proteger la finalidad buscada por la ley que implique una menor afectación para el derecho, se considerará que la norma no efectúa un adecuado balance entre lo que se gana y lo que se pierde (esto es, se considerará que no optimiza las pretensiones normativas relevantes en el caso concreto).

En segundo lugar, la Corte observa que el análisis de igualdad no se aplica con la misma intensidad en todos los casos. Dos son las hipótesis

[19] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 988/2004, de 29 de septiembre de 2004. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.
[20] *Ibidem*, pp. 19-20.
[21] *Ibid.*, p. 20.

en las que procede a aplicarlo con especial intensidad: cuando la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente y cuando, en ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a estos derechos, el legislador utiliza los criterios enumerados en el artículo 1o. constitucional (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas). La Corte destaca que, en esos casos, no es que al legislador le quede absolutamente vedado el recurso a esas categorías, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo.[22] Cuando se aplica un escrutinio de especial intensidad, la Corte debe asegurarse de que la medida estatal persigue un objetivo constitucionalmente importante ("con un apoyo constitucional claro"), que existe una conexión directa entre ese objetivo y los medios empleados, y que "la diferencia de trato refleje un balance adecuado entre las distintas exigencias normativas en juego, y que no se detecten alternativas menos gravosas para los derechos capaces de conducir a ese fin."[23]

Ya centrada en el examen del caso concreto, la Corte considera que el régimen de sustitución de penas no vulnera el principio de igualdad. A su juicio procede aplicar a los artículos impugnados un escrutinio de igualdad meramente ordinario, dado que no afectan derechos fundamentales (ningún sentenciadx goza de un derecho inviolable a que la pena se sustituya por otras medidas, o a que se le aplique una condena condicional en lugar de la condena ordinaria); tampoco está en juego una faceta estrechamente ligada con el respeto de la dignidad humana (pues no puede sostenerse que de la aplicación o inaplicación de los beneficios dependa la salvaguarda de la dignidad de las personas); ni se trata de normas que clasifiquen a lxs ciudadanxs sobre la base de los criterios mencionados

[22] *Ibid.*, pp. 21-23.
[23] *Ibid.*, pp. 23-24.

por el artículo 1o. como motivos prohibidos de discriminación. La Corte subraya que la normativa entra en un ámbito —la política criminal— en el que el legislativo goza de un amplio margen de decisión, y que lo único que el respeto al principio de igualdad exige es que las distinciones hechas por el legislador se vinculen con un fin constitucionalmente admisible, estén racionalmente conectadas con ese fin y no incurran en "desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados".[24]

La Corte encuentra la finalidad de las normas examinadas en la voluntad de abonar a la readaptación y reintegración social de las personas condenadas y de evitar la sobrepoblación en los centros penitenciarios, objetivos que —en la línea de la práctica alemana, que considera legítima una finalidad si no está expresamente prohibida por la Constitución— estima constitucionalmente legítimos.[25] Además, considera que "las distinciones y requisitos introducidos por los artículos examinados están racionalmente conectados con la persecución de dicho fin, y no incurren en desproporción alguna que pueda ser constitucionalmente reprochada en este juicio de amparo."[26] "La introducción de condiciones de necesaria concurrencia para el otorgamiento de la sustitución de la pena de prisión o la condena condicional, así como el otorgamiento de facultades de apreciación al juez para que, a la luz de los requisitos legales y del caso concreto, otorgue o no dichos beneficios", prosigue la Corte, "es enteramente razonable, pues el juzgador tiene conocimiento directo del delincuente, de su medio y de las circunstancias del hecho punible, con lo cual su intervención parece indispensable para que las medidas se otorguen en casos en los cuales, *ex ante*, la readaptación social parece probable."[27]

Estos criterios sobre escrutinio de igualdad fueron reiterados en tres casos fiscales y en otro relacionado también con beneficios penales, todos bajo

[24] El razonamiento sobre el caso concreto, pp. 24-30.
[25] *Ibid.*, pp. 26-27.
[26] *Ibid.*, p. 27.
[27] *Ibid.*

la ponencia del ministro Cossío, y se convirtieron en jurisprudencia vinculante.[28]

Un segundo desarrollo de estos años que es importante destacar es el criterio de la Primera Sala —acogido posteriormente por la Segunda— que determina cuándo se aplican los criterios tradicionales de equidad tributaria y cuándo los nuevos escrutinios de igualdad. El primer caso que sentó criterio fue el **AR 1629/2004 (inmobiliaria DC) (agosto 2005)**.[29] La tesis de jurisprudencia que recoge el pronunciamiento principal en su contexto y en el contexto de los que le siguieron destaca que sólo cuando las normas reclamadas:

> en forma destacada no correspondan al ámbito específico de aplicación del principio de equidad tributaria —cuando no se refieren a contribuciones, exenciones o a la delimitación de obligaciones materialmente recaudatorias que tengan repercusión fiscal— los argumentos que reclaman la existencia de un trato diferenciado entre dos personas o grupos deben analizarse en un contexto más amplio, esto es, a la luz del diverso de igualdad —excepción hecha de que la distinción se base en una de las categorías sospechosas a las que se refiere el artículo 1o. constitucional, pues en ese caso siempre se procederá al pronunciamiento en relación con el derecho de igualdad—.[30]

---

[28] Véanse el AR 459/2006, 10 de mayo de 2006 (exenciones al impuesto sobre automóviles nuevos y sobre importación de autos usados); AR 846/2006, 31 de mayo de 2006 (cálculo de impuestos en la Ley del Impuesto sobre la Renta); AR 312/2007, 30 de mayo de 2007 (régimen de estímulos fiscales en la Ley de Ingresos); y AR 514/2007, 12 de septiembre 2007 (criterios de otorgamiento de la libertad anticipada). De estos cinco casos derivó la tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2008, aprobada el 1 de abril de 2008, Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pág. 175.

[29] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1629/2004, 24 de agosto de 2005. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Juan Carlos Roa Jacobo.

[30] Tesis 1a./J. 97/2006, aprobada algún tiempo antes, cuyo rubro es el que sigue: "Equidad tributaria. Cuando se reclama la existencia de un trato diferenciado respecto de disposiciones legales que no corresponden al ámbito específico de aplicación de aquel prinicipio, los argumentos relativos deben analizarse a la luz de la garantía de igualdad". Tesis 1a./J. 97/2006, Primera Sala, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, enero de 2007, pág. 231.

La Corte da así el importante paso de construir un sistema de dos vías paralelas que le permitirá, en lo sucesivo, equilibrar el respeto al precedente en materia fiscal con el goce de un espacio amplio y flexible para desarrollar doctrinas antidiscriminatorias no directamente vinculadas con los criterios aplicables en esta área.

Finalmente, un tercer grupo de casos importantes de esta época, que marcan un avance metodológico distintivo, es el de los **amparos contra la Ley del ISSFAM** (el Instituto para la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas), fallados en Pleno.[31] La mayoría de ellos fueron interpuestos por militares que eran seropositivos al virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y que habían sido declarados "inútiles" para el servicio y expulsados del activo del Ejército, perdiendo con ello su cobertura de seguridad social, y a quienes la Corte concedió el amparo por discriminación por motivos de salud (con posterioridad hubo impugnaciones basadas en otras condiciones de salud que se equiparaban también a "inutilidad", algunas de las cuales tuvieron éxito y otras no). Metodológicamente, estos asuntos son importantes porque en ellos la Corte constata que para determinar si una diferenciación entre dos casos es razonable o discriminatoria es necesario gozar de información apropiada sobre una serie de cuestiones empíricas. En el caso, era necesario saber qué era la seropositividad al VIH y qué repercusiones tiene (o no) en la salud o en la posibilidad de desempeñar actividades laborales y cotidianas. El ministro Cossío remitió a la Academia Nacional de Medicina un cuestionario que fue cumplimentado por médicxs especialistas en VIH, y la totalidad del Pleno pudo posteriormente tomar como base ese conocimiento especializado para evaluar si la normativa impugnada gozaba de una finalidad constitucionalmente válida y resultaba adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto (la Corte incorpora en esta ocasión

[31] Véanse, centralmente, los AARR 510/2004, 1185/2004, 196/2005, 259/2005, 1015/2005, 1666/2005, 2146/2005, 810/2006, 1200/2006, 1285/2006 y 1659/2006. Menciono algún otro caso que vio la Corte posteriormente y los analizo a todos en Pou Giménez, Francisca, "Los casos de militares con VIH: el impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación", *Gaceta Médica de México*, núm. 148, 2012, pp. 194-200.

este último paso, que asegura que la medida sea "razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención"). Se arribó a conclusiones negativas: la seropositividad al VIH, en sí misma, no implicaba en modo alguno inutilidad para realizar funciones en el Ejército, y en el caso de que existieran contraindicaciones puntuales para la realización de ciertas tareas, existían medidas alternativas apropiadas (como la reubicación dentro del Ejército); la medida era inadecuada e innecesaria y dejaba fuera y sin cobertura sanitaria y pensional a una categoría entera de personas —lo cual entonces, a diferencia de la mera seropositividad al virus, sí las ponía en riesgo de perder la salud, por disminución de linfocitos—.[32]

Los amparos de militares con VIH son importantes porque permitieron al Pleno tener un muy necesario debate sobre el uso de conocimiento experto y su mecánica de incorporación al juicio de amparo[33] y porque, a pesar de que las sentencias todavía no utilizan el lenguaje de los "estereotipos" o de los "prejuicios" que aparecerá tiempo después, se acercan a los terrenos propios de los litigios contemporáneos típicos sobre discriminación. La Corte parece encontrarse en un punto intermedio entre el mero "control de arbitrariedades" que había dominado los primeros acercamientos —lo que Barbara Havelková llama problemas de discriminación "simplex"[34]— y el litigio antidiscriminatorio basado en categorías que habría de despegar poco tiempo después. Por un lado, la Corte

[32] Véase, p. ej., SCJN, Pleno, AR 1659/2006, 27 de febrero de 2007, pp. 92-109.

[33] Véase, sobre estos y otros casos, Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M. y Ruiz Cabañas, Jimena, *El uso de evidencia científica y opinión experta en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México-España, Tirant lo Blanch, 2015. Los esfuerzos de Cossío fueron cruciales para que la Corte pasara de proyectos de sentencia que negaban el amparo —o lo concedían por motivos menores de legalidad— a sentencias que lo otorgaban por motivos de constitucionalidad basados en discriminación. Véase Pou Giménez, Francisca, *op. cit.*, n. (31), p. 195.

[34] Véase Havelková, Bárbara, "The Pre-eminence of the General Principle of Equality over the Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia", en Havelková, Bárbara y Möschel, Mathias (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, 2019, pp. 76-93.

caracteriza el "principio de razonabilidad y proporcionalidad jurídicas" como un principio general asociado a la prohibición de actuar con exceso de poder o de manera arbitraria, que estima en última instancia derivado del principio de legalidad,[35] pero las sentencias desenmascaran una normativa claramente basada en prejuicios arraigados y efectúan un razonamiento riguroso y empíricamente anclado, aunque no se extienden en desarrollos sobre la posición de las personas seropositivas en el entramado de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 1o. o sobre otros "tropos" que después serán habituales, resolviendo el caso sobre la base de un test clásico de proporcionalidad. De hecho, como señalé en otra ocasión, estos casos representan el respaldo del análisis de proporcionalidad por parte del Pleno de la Corte —en cuyo contexto se había discutido si su utilización por los tribunales era legítima—.[36]

IV. La consolidación del escrutinio estricto (2010-2015)

En las secciones que siguen daré cuenta de los desarrollos jurisprudenciales que, a partir del año 2010, dieron un protagonismo central a la presencia de las categorías expresamente mencionadas en el artículo 1o. y enfatizaron la necesidad de aplicar escrutinio estricto a los actos y normas que las incorporaran. Como veremos, sin embargo, la modalidad e intensidad efectiva de este escrutinio no es siempre igual. Tras referir algunas cuestiones de metodología general, analizaremos el modo en que la Corte se ha acercado a la discriminación por orientación sexual, estado civil o marital, edad y discapacidad. De casos de discriminación por género nos ocuparemos en apartados posteriores, al examinar la discriminación indirecta y el abordaje específico de la perspectiva de género y la violencia de género.

[35] AR 1659/2006, pp. 79, 81 y 86.
[36] Pou Giménez, Francisca, *op. cit.,* p. 197. La Segunda Sala apenas empezaba a explorar en ese momento el uso del principio de proporcionalidad en casos fiscales.

a) Cuestiones generales sobre aplicación de escrutinio estricto u ordinario

En el **AR 2199/2009 (locomotoras) (enero 2010)**[37] la Corte desarrolló con más profundidad que en *beneficios penales* la justificación que está detrás de la mención explícita de ciertas categorías en el artículo 1o. y destacó por primera vez la necesidad de desplegar un ejercicio interpretativo cuidadoso para dilucidar cuándo procede hacer un escrutinio ordinario y cuándo uno más intenso. La Primera Sala señala que el artículo 1o.:

> debe aplicarse con plena conciencia de cuáles son los propósitos que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, que no son sino proteger de los eventuales y con frecuencia graves efectos del prejuicio a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, o cuyos intereses, por razones que en gran parte tienen que ver con su identificabilidad con el rasgo que la Constitución menciona, pueden no ser tenidos en cuenta por el legislador o los demás poderes públicos del mismo modo que los intereses de todos los demás. Sin esta operación interpretativa previa —y al igual que señalábamos para el caso de los derechos fundamentales— el ejercicio de aplicación del artículo 1o. podría desembocar fácilmente en absurdos.[38]

La Sala reitera que, en ciertos ámbitos, la Constitución otorga más amplitud al poder legislativo para realizar su labor normativa, mientras que en otras insta a lx juez a ser más exigente al evaluar si el primero respeta las exigencias derivadas del articulo 1o. (cuando utiliza los criterios enumerados en el artículo 1o. para configurar contenido normativo o cuando la medida tiene una proyección central sobre los derechos fundamentales).[39] Pero destaca que "determinar si en un caso la norma legal impugnada se inscribe o no en alguna de las dos hipótesis anteriores *no es, en*

---

[37] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 2199/2009, 27 de enero de 2010. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez, Juan Carlos Roa Jacobo, Dolores Rueda Aguilar y Ricardo Manuel Martínez Estrada. Véase AR 2199/2009.
[38] *Ibid.*, p. 44.
[39] *Ibid.*, p. 40.

absoluto, una operación semiautomática que el intérprete constitucional pueda hacer de manera rápida y expedita tras echar un vistazo rápido a la Constitución y a las normas legales impugnadas. Los derechos fundamentales, por ejemplo, son como es sabido nociones cuya caracterización jurídica es compleja y discutida."[40] Lo mismo ocurre con el uso de las categorías: hay que recordar en todo momento —advierte la Corte— cuál es la razón por la cual se nombran, motivo por el cual no tendría sentido someter a escrutinio intenso, por ejemplo, las normas de *acción positiva*:

> Por las mismas razones, el artículo 1o. no da motivo alguno para someter a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas incluidas en leyes o actos de autoridad encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. Hay determinadas medidas pro-igualdad que difícilmente podrían ser instrumentalizadas o aplicadas sin recurrir al uso de criterios identificatorios de los colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar —pensemos, por ejemplo, en las normas que reservan determinadas cuotas en los cuerpos legislativos o en las instituciones de educación superior, para los miembros de grupos víctimas de prejuicios o estructuralmente desaventajados—. Sería absurdo en esos casos que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha.[41]

Este caso (que resuelve, por lo demás, un asunto fiscal en cuyo contexto la Corte aplica escrutinio ordinario)[42] es importante porque marca un rumbo que aleja la jurisprudencia mexicana sobre igualdad de la problemática jurisprudencia constitucional estadounidense —que sujeta a escrutinio estricto las medidas de acción positiva que se apoyan en categorías

[40] *Ibid.*, pp. 42-43 (énfasis añadido).
[41] *Ibid.*, pp. 45-46.
[42] Véase también la misma elaboración acerca de cuándo procede el escrutinio ordinario y cuándo el intenso en AR 7/2009 (2011), donde se hace un escrutinio ordinario de las disposiciones de la Ley General sobre el control del tabaco.

sospechosas para empujar medidas transformadoras— y la acerca a los criterios adoptados en el resto del mundo.[43] En la misma línea avanzan dos asuntos importantes fallados poco tiempo después: la **AI 2/2010 (matrimonio igualitario en el DF) (agosto 2010)**,[44] donde el Pleno de la Corte, bajo la ponencia de Sergio Valls, indica que no procede someter a escrutinio intenso la reforma a la legislación de la Ciudad de México que reconoce el matrimonio igualitario al ser una normativa ampliadora de derechos, y el **AR 410/2012 (Seguros Inbursa) (noviembre 2012)**,[45] en cuyo contexto una empresa de seguros impugnaba la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad porque consideraba que ponía en riesgo sus prácticas de negocio. En este segundo asunto, bajo la ponencia de Arturo Zaldívar, la Primera Sala determinó que las prohibiciones legales de discriminación en el ámbito de los seguros son completamente consistentes con el principio de igualdad y, con buen tino, no desplegó escrutinio alguno, puesto que la normativa no es limitativa, sino *promotora de derechos*. Además, se refirió a las personas con discapacidad como "categoría expresa de especial protección" y desarrolló la discapacidad bajo el paradigma "social" que acoge el derecho internacional de los derechos humanos y que habría de quedar definitivamente respaldado en su jurisprudencia posterior.[46]

Años después, este punto metodológico sobre cuándo no se dan los presupuestos para aplicar escrutinio estricto, aunque se haga uso de las categorías del artículo 1o., encontraría continuación en un conjunto de amparos fiscales en cuyo contexto la Corte habla brevemente de "ajustes razonables" y de "acción positiva", y de la necesidad de evaluar si los hechos examinados plantean realmente un caso de tratamiento distinto

[43] Sobre los criterios que progresivamente han ido quitando potencia y virtualidad a la jurisprudencia estadounidense sobre igual protección, véase Jack M. Balkin y Reva B. Siegel, "Recordando cómo se hace igualdad", en *La Constitución en 2020*. Siglo Veintiuno Editores, 2012.
[44] SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010. Ponente Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.
[45] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 410/2012, de 21 de noviembre de 2012. Ponente Arturo Zaldívar. Secretario: Javier Mijangos y González.
[46] Véase, *infra*, pp. 355-357.

que deba ser justificado.[47] Estos amparos recuperan además la idea de que para determinar qué escrutinio se aplica es relevante también evaluar si se afecta o no el centro de un derecho fundamental —en esos casos la Corte observa que nadie tiene un derecho fundamental a las exenciones fiscales—.[48]

La Segunda Sala, por su parte, empezaría a usar la noción de categorías sospechosas en casos fiscales al menos desde el año 2015,[49] al tiempo que sostenía —sin duda, apropiadamente— que lo que corresponde aplicar en el ámbito tributario en todo caso es un escrutinio "flexible" o "laxo".[50] La Sala puntualizó que ese escrutinio solo entrará en juego cuando el litigio no cuestione los elementos impositivos centrales, caso en el cual estima, acogiendo el criterio de la Primera Sala anteriormente mencionado, que corresponde aplicar el cuerpo histórico de criterios sobre equidad y proporcionalidad tributarias.[51]

b) Orientación sexual / identidad de género: escrutinio estricto que sí se aplica

El siguiente caso que marca un punto distintivo de evolución jurisprudencial es el **AR 581/2012 (matrimonio igualitario, Oaxaca I) (diciembre**

---

[47] Véanse los AADDRR 83/2015, 2663/2017, 2750/2017, 1358/2017 y 4408/2017, con criterios reflejados en la tesis de jurisprudencia 1a./ J 44/2018 (10a.), Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, julio de 2018, pág. 171. Reg. digital: 2017423.
[48] Véase, p. ej., el ADR 2750//2017, p. 46.
[49] Véase, p. ej., SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1379/2015, de 5 de octubre de 2016. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.
[50] Afirma la Sala en el ADR 440/2016: "Los principios democrático y de separación de poderes tienen como consecuencia que los otros órganos del Estado, entre ellos el juzgador constitucional, deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, por lo que la intensidad del escrutinio constitucional en materias relacionadas con la política económica y tributaria, a la luz de los principios democrático y de división de poderes, no es de carácter estricto, sino flexible o laxo, en razón de que el legislador cuenta con una amplia libertad en la configuración normativa del sistema tributario sustantivo y adjetivo. [...] En esas materias un control muy estricto llevaría al juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso —o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo—, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias." (pp. 99, párr. 3; 100, párr. 2). Amparo en Revisión 440/2016, de 9 de noviembre de 2016. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Joel Isaac Rangel Agüeros.
[51] AR 1379/2015, cit. *supra* nota 49, pp. 93-94.

2012),[52] fallado por la Primera Sala también bajo la ponencia de Arturo Zaldívar. Los temas de identidad y orientación sexual habían sido ya abordados en el AD civil 6/2008 de la Primera Sala y en la AI 2/2010 del Pleno, antes citada, pero esos casos se habían resuelto más bajo un encuadre de libre desarrollo de la personalidad y de imperativo de protección igual a todas las *familias* (art. 4o.) que bajo un encuadre de no discriminación, sin contar que la ampliación de derechos operada por la normativa analizada en la AI 2/2010 hacía improcedente la entrada en juego del escrutinio estricto.[53] En los amparos de Oaxaca que paso a comentar, la Corte se refiere sin un patrón claro de distinción tanto a "personas homosexuales" como a "parejas del mismo sexo", razón por la cual hago referencia acumulada a los dos criterios.

Oaxaca I contiene tres importantes novedades. La primera es que, por primera vez, la Corte llama a las categorías mencionadas en el artículo 1o. constitucional "categorías sospechosas" (se había referido a ellas en innumerables ocasiones, a su sentido y a cómo generan la necesidad de desplegar un escrutinio más intenso, pero no las había llamado así). La segunda es que ofrece una metodología más precisa para los casos de escrutinio estricto: la Sala afirma que el uso de una categoría sospechosa genera una presunción de inconstitucionalidad —aunque no decreta una inversión de la carga de la prueba— y, citando expresamente *beneficios penales*, recupera y precisa sus categorías, enunciando un test con los siguientes tres pasos: *a*) finalidad constitucionalmente importante o imperiosa, concepto que puede concretarse en la necesidad de que la medida persiga "la satisfacción o protección de un mandato de rango constitucional"; *b*) "conexión directa" entre los medios utilizados y esa finalidad; y *c*) uso, para la consecución del fin, de los medios menos

[52] SCJN, Primera Sala, AR 581/2012, 5 de diciembre de 2012. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta. Los criterios se reiteran en el AR 457/2012 (Oaxaca II) y el AR 567/2012 (Oaxaca III), fallados el mismo día.

[53] Véanse, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 6/2008 (civil), 6 de enero de 2009. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco; SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010. Ponente Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

restrictivos posibles para los derechos.[54] Nótese el ligero cambio en el test utilizado: si en *beneficios penales* o en *militares con VIH* el examen de necesidad o uso de medios menos restrictivos era parte del tercer paso —proporcionalidad en sentido estricto— ahora se hace referencia únicamente a la noción de medios menos restrictivos (necesidad), sin mención a la proporcionalidad en sentido estricto. Además, ahora la Corte asocia al escrutinio estricto la necesidad de evaluar, en el primer paso, si el objetivo es constitucionalmente importante o imperioso, y no solamente constitucionalmente legítimo (extremo no descartado pero no del todo precisado en los criterios anteriores). En tercer lugar, el caso es importante porque la Sala *aplica* escrutinio estricto en el caso concreto, en contraste con los casos anteriores (y algunos posteriores) donde el escrutinio intenso se *menciona*, pero no se aplica. La Corte observa que la norma sobre matrimonio se relaciona con una finalidad importante o imperiosa y, de hecho, constitucionalmente obligada: la protección de la familia, en los términos del artículo 4o. constitucional. Sin embargo, observa que no existe una conexión instrumental directa entre la previsión del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, según el cual el matrimonio es sólo entre un hombre y una mujer y tiene por objeto "perpetuar la especie" y esa finalidad. Los medios son tanto *infra* como *supra*-inclusivos,[55] razón por la cual ya no entra al examen de medios menos restrictivos, centrándose la Corte más bien en identificar los muchos beneficios de que las parejas del mismo sexo quedan excluidas.[56]

Estos razonamientos se reiteran en los otros casos de la saga sobre la regulación del matrimonio en Oaxaca y en particular en el famoso **AR 152/2013 (matrimonio mismo sexo, Oaxaca IV) (abril 2014)**.[57] La innovación

[54] AR 581/2012, cit. nota 52, párrs. 34-35.
[55] *Ibid.*, párrs. 37-39.
[56] *Ibid.*, párrs. 40 y ss.
[57] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. Para una colección de artículos sobre este caso, véase Alterio, Ana Micaela y Niembro, Roberto (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, IIJ-UNAM, 2017. Los mismos criterios se sostuvieron en el AR 263/2014 (sobre legislación de Sinaloa), fallado el 24 de septiembre de 2014.

que este amparo trae aparejada es el reconocimiento de legitimación, vía afectación de intereses legítimos, a personas que no querían casarse pero que se sentían excluidas, estigmatizadas e indignadas por el contenido normativo del artículo que sólo permitía el matrimonio entre un hombre y una mujer.[58] Por lo demás, la Corte destaca que los medios puestos en operación por el poder legislativo no están ni directa ni indirectamente conectados con los fines legítimos de la regulación matrimonial y declara inconstitucional por discriminatorio el precepto bajo un test de escrutinio estricto, en línea con los casos anteriores.[59] A diferencia de lo ocurrido en ellos, sin embargo, la Corte considera que no cabe la posibilidad de hacerlo objeto de interpretación conforme (dada la subsistencia de los efectos del mensaje discriminatorio) y lo declara inválido e inaplicable. En junio de 2015, sobre la base de lo decidido en este caso y otros, la Corte mandaría publicar en el *Semanario Judicial de la Federación* un conjunto de tesis de jurisprudencia que establecen que cualquier ley estatal que defina el matrimonio como entre un hombre y una mujer o con fin de procreación es inconstitucional.[60]

c) Estado marital: escrutinio estricto que no se aplica

Entre 2014 y 2015, la Corte decide dos casos sobre discriminación por estado civil o marital, bajo la ponencia de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. En ellos se reitera el uso de la noción de "categoría sospechosa" y su vínculo con el escrutinio estricto, aunque una revisión cuidadosa de las sentencias muestra que finalmente el escrutinio que se aplica es laxo, o queda indeterminado en la dinámica de la argumentación.[61]

---

[58] Cit. párr. 154 y ss. Sobre la legitimación por indignación o estigmatización existe en la Primera Sala un caso importante anterior, el ADR 1387/2012 (enero de 2014) y uno posterior, el ADR 992/2014 (noviembre de 2014) (al que me referiré más adelante).

[59] Cit., párr. 173.

[60] Véanse las tesis jurisprudencia 1a./J. 46/2015 (10a.), Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, junio de 2015, pág. 534, registro digital: 2009406; 1a./J. 84/2015 (10a.), Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, diciembre de 2015, pág. 186, registro digital: 2010676; 1a./J 85/2015 (10a.), Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, diciembre de 2015, pág. 184, registro digital: 2010675; y 1a./J. 86/2015 (10a.), Décima Época, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, diciembre de 2015, pág. 187, registro digital: 2010677.

[61] Hago un análisis detallado de estos casos en Pou Giménez, Francisca, "Las sentencias de la Corte sobre discriminación por estado marital: las piezas que faltan". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*

El primero es el **597/2014 (régimen económico de uniones de hecho en Chiapas) (noviembre 2014)**,[62] fallado en la Primera Sala. En este asunto se da relieve por primera vez al estado marital como categoría sospechosa que genera la necesidad de someter la legislación a escrutinio estricto y se efectúa un pronunciamiento que considera razonable que las uniones de hecho (concubinato) y el matrimonio tengan distintas consecuencias patrimoniales. La Sala encuentra que las diferencias en la regulación de las dos instituciones tienen una base "objetiva y razonable". En segundo lugar, la Sala estima válida (y específicamente no discriminatoria) la previsión de una compensación económica consistente en el derecho a reclamar —por parte de quien aportó a la unión de hecho trabajo no remunerado— la mitad de ciertos bienes cuando la unión finaliza. Es decir: la Corte señala que no hay obligación de que el régimen económico de las uniones de hecho y matrimoniales sea idéntico, pero que tampoco está mal que, en el contexto de las uniones de hecho, la ley permita reclamar una indemnización a una de las partes para compensar el desequilibrio patrimonial que deriva de la ruptura. La Corte busca y halla justificación para las dos cosas bajo el parámetro de lo "objetivo y razonable", sin imponer a la normativa legal, a pesar de haberlo anunciado, las estrictas condiciones del test de escrutinio estricto.

Estos desarrollos fueron acogidos por el Pleno meses después, al resolver la **AI 8/2014 (sociedades de convivencia en Campeche) (agosto 2015)**,[63] bajo la ponencia del mismo ministro que había redactado *Oaxaca IV* y *régimen económico de uniones de hecho en Chiapas*. La acción había sido interpuesta por la comisionada estatal de Derechos Humanos contra el artículo 19 de la Ley de Sociedades Civiles de Convivencia estatal, según

de la Suprema Corte, núm. 4, pp. 145-194 (donde destaco que la aplicación de escrutinio ordinario, y no estricto, puede deberse al peso no expresamente reconocido que juega en el análisis el derecho al libre desarrollo de la personalidad).

[62] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 597/2014, 19 de noviembre de 2014. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

[63] SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015. Ponente: Margarita Luna Ramos. Ministro encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria Karla I. Quintana Osuna.

el cual "[l]os convivientes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contradiga esta disposición". A su juicio, al negar estos derechos a las personas unidas en sociedad de convivencia, la ley vulneraba el principio de igualdad y no discriminación (en especial por orientación sexual), así como el derecho al desarrollo y la protección de la familia (arts. 1o. y 4o.).[64]

La Corte examina la constitucionalidad de este régimen societario desde tres perspectivas distintas: la protección de la familia y de los derechos de lxs menores, la no discriminación por orientación sexual y la no discriminación por estado civil. Debido a que el acceso a la sociedad está vedado para aquellxs unidos en concubinato, matrimonio u otra sociedad de convivencia[65] y a que la misma genera derechos y obligaciones que no se tienen cuando se está solterx, la Corte considera que crea un "estado civil" para los convivientes, estrechamente relacionado con la libertad personal, la dignidad y la igualdad de pensamiento y una de las posibles génesis de los grupos familiares constitucionalmente protegidos.[66] (Nótese, entonces, que este es un caso de discriminación directa por estado marital e indirecta por orientación sexual, dimensión a la que me referiré posteriormente cuando analice casos de discriminación indirecta).

En cuanto a los alegatos sobre discriminación por estado marital, la Corte se refiere de nuevo al test bajo los parámetros de la saga *Oaxaca.*[67] Según la Corte el escrutinio estricto exige comprobar que la medida examinada tiene una finalidad con "un apoyo constitucional claro" —*i.e.,* que persigue el

[64] Bajo la citada ley, la sociedad civil de convivencia es un contrato civil celebrado entre dos personas de igual o distinto sexo, con el mismo domicilio y para organizar una vida en común, con fines de ayuda mutua y voluntad de permanencia. El contrato genera derechos alimentarios, sucesorios, de ejercicio de tutela y algunos efectos patrimoniales acotados y, en lo no previsto, se rige por las reglas aplicables al concubinato.
[65] Véanse artículos 2, 4 y 5 LSCC.
[66] AI 8/2014, cit. *supra* nota 63, párrs. 28, 29 y 30.
[67] *Ibid*., párrs. 57-60.

objetivo de "proteger un mandato constitucional"—,[68] que la distinción legislativa esté "estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa" —sin que sea suficiente una conexión potencial[69]— y que "sea la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional."[70] Nótese que, desde la perspectiva del derecho comparado, el test de escrutinio estricto que se va consolidando en la Corte es entonces un test híbrido, que calibra expresamente el carácter imperativo o importante del *objetivo* de la norma como primer paso, como en la tradición estadounidense, y después exige *idoneidad* en los términos del escrutinio intermedio en la misma tradición americana (medios sustancialmente relacionados), y *necesidad* al estilo alexiano o canadiense (que no existan alternativas mejores, que sea el medio menos restrictivo posible, *the least restrictive means*)[71]. Y no incorpora, conforme a lo sentado en la saga Oaxaca, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. En esta ocasión, la Corte declara discriminatoria la normativa al no justificar el legislador la diferencia entre la regulación de esa modalidad de vinculación familiar y las otras, cuando la Constitución ofrece protección igual a todas ellas —en un razonamiento algo ambiguo, la Corte observa que no se supera la primera grada del escrutinio estricto—.[72]

---

[68] *Ibid.*, párr. 58.
[69] *Ibid.*, párr. 59.
[70] *Ibid.*, párr. 60.
[71] El test híbrido que incluye esta sentencia mexicana es entonces distinto, por ejemplo, al "test integrado de proporcionalidad" que la Corte Constitucional de Colombia famosamente desarrolló en la sentencia C-93 de 2001, el cual no prescinde de la "proporcionalidad en sentido estricto" en ninguna de las versiones del mismo, aunque gradúa la exigencia de lo que debe evaluarse en ese paso —el paso de la ponderación— para concluir si existe equilibrio entre lo que se gana y lo que se pierde. En apoyo de no incorporar el paso de la proporcionalidad en sentido estricto cuando el test de proporcionalidad se usa en funciones de test de igualdad, Arturo Bárcena Zubieta, "Proportionality and Human Rights in Mexico" (manuscrito no publicado en poder de la autora).
[72] La Corte señala que la Constitución protege a todos los grupos o modalidades familiares de forma esencialmente igual, y que "por tanto, cualquier distinción jurídica entre ellos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, pues, de lo contrario, se estaría violando el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación". A continuación, encuentra que la prohibición de adoptar del artículo 19 "con apoyo en la categoría sospechosa de estado civil no está directamente conectada con el mandato constitucional de protección de la familia, ni con la protección del interés superior del menor de edad. La distinción hecha por la norma impugnada no sólo discrimina por igual a las parejas del mismo o distinto sexo que entren en una sociedad de convivencia en función

d) Edad: sospechosa, con escrutinio de intensidad variable

A la luz de lo dispuesto en el artículo 1o. constitucional, que menciona expresamente la edad como uno de los criterios prohibidos de discriminación, y de la afirmación reiterada de la Corte según la cual el uso de esos criterios genera la necesidad de aplicar escrutinio estricto, se esperaría que la misma resolviera bajo ese parámetro los asuntos que contienen alegaciones de discriminación por edad. Pero en uno de los dos casos de referencia con que contamos, la Corte afirma que la edad no puede asimilarse a las otras categorías del artículo 1o. y que no hay patrones unívocos de grupo, resolviendo mediante el uso de un test *sui generis* bastante intenso, mientras en el otro entra al examen de la cuestión sin mencionar la discriminación por edad y aplicando un "test de razonabilidad" genérico que se concreta en preguntas propias de un escrutinio de intensidad intermedia.

El primer caso es el **ADR 992/2014 (anuncios edadistas y sexistas) (noviembre 2014)**,[73] de la Primera Sala. Este caso, que es importante también por los criterios que se sientan sobre legitimación "por indignación", una mujer denunció la inconstitucionalidad de unas ofertas laborales publicadas en periódicos de amplia circulación que contenían requisitos de edad (y de género y apariencia personal) que le parecían ofensivos y discriminatorios. Tras establecer los criterios que rigen la eficacia de los derechos entre particulares y la intensidad con que procede revisar el respeto de los derechos en el ámbito privado, según concurran o no ciertas circunstancias, la Corte examina las particularidades de la edad como factor de discriminación en el mercado laboral. "Al igual que el sexo, la raza, la religión o la discapacidad", observa la Corte, "la edad se ha con-

---

de su estado civil, sino que también las discrimina al no proteger de igual manera a la familia formada por esa pareja"; la conclusión que sigue es que "la diferencia de trato introducida por la ley y no argumentada constitucionalmente debe ser expulsada del orden jurídico nacional por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación, pues no supera la primera grada del escrutinio estricto de la medida" (cit. *supra* nota 63, párrs. 67-69).

[73] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 992/2014, 12 de diciembre de 2014. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

siderado como un factor que puede contribuir a efectuar diferenciaciones arbitrarias en el actuar social."[74] Sin embargo:

> [a] diferencia de los restantes tipos discriminatorios, la edad no permite juicios homogéneos sobre la categoría de sujetos afectados: juventud, madurez o vejez ofrecen entre las personas susceptibles de quedar subsumidas en alguno de dichos colectivos caracteres variables. *La edad es un fenómeno altamente individualizado que depende de la singularidad y peculiaridad de cada sujeto por lo que,* a priori*, no existe una unidad de categoría entre las personas que poseen una misma edad.*[75]

En congruencia con ello, la Corte remarca que la edad genera estereotipos de signo cruzado, distintos en las diferentes edades, y se centra en analizar específicamente los que existen en torno a la edad avanzada, precisando las repercusiones que ello tiene a la hora de concretar el juicio de razonabilidad que deben superar los requisitos de edad impuestos por lxs empleadores. Para la Sala, "una diferencia de trato puede estar justificada cuando la edad, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, constituya un requisito profesional *esencial y determinante* en el puesto de trabajo, siempre y cuando, además, el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado."[76] La Sala proporciona una serie de estándares adicionales para orientar el análisis de la discriminación en el mercado laboral, como la irrelevancia de la intención, la frecuencia con que se da la discriminación múltiple (diferenciaciones de edad unidas a otras de género e imagen) y la necesidad de atender a dimensiones como la nomenclatura de los puestos, la asignación de las funciones y la definición del salario para trabajos de igual valor y nivel de responsabilidad.[77]

---

[74] *Ibid.*, p. 30.
[75] *Ibid.*, pp. 30-31 (énfasis en el original).
[76] *Ibid.*, p. 36 (énfasis añadido).
[77] *Ibid.*, pp. 37-38.

Como destaqué en otra ocasión, se trata de un amparo centrado en un tema sistémicamente muy relevante —la discriminación laboral precontractual— en el que la Corte aporta una valiosísima cantidad de criterios tanto sobre la discriminación en el mundo privado (en general) como sobre discriminación por edad, que en el derecho comparado recibe también, con frecuencia, un tratamiento *sui generis*.[78] La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha sostenido que son más graves los topes de edad que los umbrales mínimos y aplica, en armonía con ello, escrutinios diferenciados.[79] La Corte mexicana, como acabamos de ver, en un caso de tope (exagerado) de edad, acaba aplicando un escrutinio bastante estricto, puesto que exige que la edad sea un requisito "esencial y determinante", evaluando explícitamente que no existan alternativas que permitan satisfacer las mismas necesidades funcionales.

El segundo caso importante que involucra tanto edad como estado civil lo vio el Pleno bajo la ponencia de Fernando Franco. Se trata de la **AI 22/2016 (edad mínima para casarse en Aguascalientes) (marzo 2019)**,[80] donde se analizó una reforma al código civil estatal que fija en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio. En el caso no había un alegato fuerte de discriminación por edad y la Corte no lo examinó de oficio desde esa perspectiva.[81] Pero antes de entrar a analizar si los derechos sustantivos alegados quedaban vulnerados, la Sala aplicó un test de razonabilidad, "como recurso metodológico que permite dilucidar si el legislador, en

[78] Pou Giménez, Francisca, "Estereotipos, daño dignatario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral", *Discusiones*, secc. 1, núm. 16, 2015, pp. 147-188.
[79] Corte Constitucional de Colombia, C-93 de 2001, 31 de enero de 2001. Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
[80] SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 22/2016, 26 de marzo de 2019. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Manuel Poblete Ríos.
[81] La Comisión de derechos humanos estatal alegó violación de seguridad jurídica, el derecho al matrimonio, a la protección a la familia y a la niñez, al libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación (p. 3), pero en este último rubro, señaló únicamente que "(l)la reforma resulta discriminatoria desde el punto de vista de la transversalidad de los derechos humanos, ya que no constituye solamente una restricción al derecho a casarse y constituir una familia a través de la unión del matrimonio, sino un obstáculo que impide su derecho para todas las personas menores de dieciocho años; lo que infringe el artículo 1o, párrafo 5, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (p. 7).

ejercicio de su potestad configurativa, emitió una ley o realizó reformas razonables. Este test busca verificar únicamente que la intervención del legislador sirvió a un *objetivo importante* del Estado, y que existe una *relación substancial o relevante* entre el medio y el fin."[82] La Sala señala que el test de razonabilidad se aplica mediante las siguientes preguntas: "¿La medida adoptada por el legislador cumple con una finalidad constitucional, convencional o de importancia para el Estado? Si la respuesta a la pregunta anterior fuese afirmativa, entonces se tendría que dilucidar si ¿la reforma legislativa está vinculada con la finalidad que se persigue?". Y concluye que "[…] la restricción establecida por el legislador cumple con una finalidad válida desde el punto de vista constitucional, consistente en proteger a niños, niñas y adolescentes de una práctica que ha sido considerada como nociva para ese sector de la sociedad tanto en el ámbito nacional como internacional; lo cual, debe decirse, tiene también apoyo constitucional y convencional en el interés superior del menor",[83] y que además guarda una vinculación apropiada con esa finalidad.[84]

e) Discapacidad: no discriminación como autonomía y combate de estereotipos

El régimen jurídico de la discapacidad es uno de los que más ha cambiado al impulso de la jurisprudencia de la Suprema Corte. La evolución es gradual e incremental, en la mejor tradición del cambio jurídico en México.

Las primeras incursiones en el tema vinieron de la mano del ya mencionado AR 410/2012 **(Seguros Inbursa)** y del **AR 159/2013 (2013) (persona con síndrome de Asperger) (octubre 2013)**,[85] los dos fallados bajo la ponencia de Arturo Zaldívar, y en cuyo contexto la Primera Sala

[82] AI 22/2016, p. 110 (énfasis añadido).
[83] *Ibid.*, pp. 111-115.
[84] *Ibid.*, pp. 115-120.
[85] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 159/2013, 16 de octubre de 2013. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

despliega un extenso razonamiento que incorpora el modelo social de discapacidad, para sustentar un fallo de interpretación conforme —esto es, de validez condicionada—de la normativa sobre interdicción de la ahora Ciudad de México. En el caso de la persona con Asperger, la Corte revoca la sentencia recurrida para el efecto de que lx juez dicte otra que interprete la legislación bajo el prisma del modelo social de discapacidad y fije las limitaciones de capacidad de obrar en estricta consideración a las características de la persona involucrada, permitiendo que esta haga por sí misma, con asistencia si fuera necesario, todo lo que funcionalmente pueda realizar, evitando un sistema de sustitución global de la voluntad.[86]

Los siguientes pasos se dan en asuntos fallados bajo la ponencia de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. En el **ADR 2805/2014 (declaración de voluntad de una persona con discapacidad) (enero 2015)**,[87] sobre la base de lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("igual reconocimiento como persona ante la ley"), la Sala confirma la sentencia de un Tribunal Colegiado que había considerado efectiva la declaración de existencia de un concubinato o convivencia de hecho por una persona antes de ser declarada incapaz, reiterando el respaldo al modelo social de discapacidad y el rechazo del modelo médico.

En el **AR 1043/2015 (derecho de audiencia en procedimiento de interdicción de Nuevo León) (marzo de 2017)**, la Sala confirma el amparo contra una normativa que, al prever el nombramiento de unx tutorx interinx con facultad exclusiva para actuar durante el proceso, impide a la persona con discapacidad ser notificada del inicio de un proceso de interdicción contra ella y alegar y presentar pruebas. Partiendo de los argumentos sobre derecho de audiencia que se habían hecho valer, la Corte

[86] AR 159/2013, pp. 52 y 53.
[87] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2805/2014, 14 de enero de 2015. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: María Dolores Igareda Díez de Sollano.

desarrolla la importancia de asegurar el debido proceso y la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad, destaca las implicaciones de proyectar el principio de igualdad y no discriminación sobre todos los derechos y reitera que, en el caso de la discapacidad, la no discriminación no puede desembocar en un sistema paternalista y debe venir presidida por el imperativo de asegurar el goce igualitario de todas las oportunidades, sin sustituir voluntad, sino asistiéndola y acompañándola.[88]

Esta línea jurisprudencial culmina con el **AR 1368/2015 (inconstitucionalidad del juicio de interdicción)**,[89] donde la Primera Sala establece que el estado de interdicción viola intrínsecamente el derecho a la igualdad y no discriminación al disponer un tratamiento diverso al que reciben otras personas mediante la adopción de medidas desproporcionales en relación con el fin buscado y sin capacidad para reconocer que cada persona con discapacidad es esencialmente distinta a las demás personas con discapacidad. La Sala enfatiza que el estado de interdicción estereotipa y estigmatiza, al tratar a todxs como si tuvieran la misma condición y presuponer que no cuentan con la capacidad fáctica de tomar cualquier tipo de decisión y de llevar a cabo actos por sí mismos: perpetúa falsas concepciones que a su vez perpetúan prácticas discriminatorias.[90]

V. La aparición de la discriminación indirecta (2015-2020)

A partir de 2015, Pleno y Salas empiezan a resolver casos de discriminación indirecta, entendida como aquella que ocurre "cuando normas y prácticas son aparentemente neutras pero el resultado de su contenido o aplicación es un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica [...] sin que exista para ello una justifi-

[88] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1043/2015, 29 de marzo de 2017. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: María Dolores Igareda Díez de Sollano y Ricardo Martínez Herrera.
[89] SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1368/2015, 13 de marzo de 2019. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: María Dolores Igareda Díez de Sollano y Daniel Quintanilla Castro.
[90] *Ibid.*, párr. 38, en sus distintos apartados.

cación objetiva y razonable."[91] En estos años, empieza a hacerse evidente en las sentencias de la Corte un tono de "antisubordinación" marcado —esto es, la invocación de una idea de igualdad asentada sobre la idea de que el objetivo normativo último de la constitución es erradicar los efectos de la estratificación social y los desequilibrios injustificados de poder que estructuran las interacciones individuales, que con frecuencia requieren de instrumentos jurídicos que trascienden el mero control superficial de distinciones—.[92]

La Primera Sala se refiere a la noción de "discriminación indirecta o por resultados" en casos que examinan normas de derecho de familia, la mayoría sobre causas de divorcio o condiciones de obtención de una pensión o compensación económica tras el divorcio, redactadas en términos neutros, pero con fuerte impacto disparejo sobre mujeres dedicadas a trabajos de cuidado no remunerados (en beneficio de la extensión razonable, no describiré en esta ocasión cada uno de los casos sino que me basaré en el razonamiento que sintetiza la tesis correspondiente).[93] Según la Sala, la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a quienes están en situaciones diferentes, sino también puede ocurrir indirectamente cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica

[91] AI 8/2014, *sociedades de convivencia en Campeche*, párr. 72.

[92] La construcción fundacional de la idea de igualdad como antisubordinación la hizo Owen Fiss, en "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107-177. Véase, Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

[93] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 19/2014, 3 de septiembre de 2014. Ponente: José Ramón Cossío Díaz (régimen patrimonial de la sociedad de convivencia); SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4909/2014, 20 de mayo de 2015. Ponente José Ramón Cossío Díaz (compensación del 267 en un juicio de divorcio sin causa); Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1340/2015, 7 de octubre de 2015. Ponente: José Ramón Cossío Díaz (pensión alimenticia tras divorcio solo en caso de incapacidad física o mental para procurarse sustento, legislación de Hidalgo); Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 83/2015, 6 de abril de 2016. Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (diferente tratamiento de los funcionarios a quienes se aplica el régimen de responsabilidades previsto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos *versus* aquellos a quienes se aplica la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos); Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4465/2015, 16 de noviembre de 2016. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (derecho a pensión alimenticia en divorcios por mutuo consentimiento en el Estado de Veracruz).

a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. Para la Sala "[…] los elementos de la discriminación indirecta son: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta negativamente de forma desproporcionada a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar."[94] La Sala establece, por tanto, que para que haya discriminación indirecta es necesario que exista una "situación comparable entre los grupos involucrados" y observa que este ejercicio comparativo debe realizarse en el contexto de cada caso específico, acreditando empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás; "[p]or su parte, a fin de liberarse de responsabilidad, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene sólo una *justificación objetiva*, sino que persigue un *fin necesario*."[95]

La definición de discriminación indirecta de la Segunda Sala es menos detallada, pero especifica que para probar la discriminación indirecta los datos estadísticos pueden resultar "significativos y fiables".[96] Para la Segunda Sala, "'la discriminación directa' se produce cuando, en una situación análoga, las personas reciben un trato menos favorable que otras debido a su condición personal diferente por alguna causa relacionada con un motivo prohibido […]. En cambio, la discriminación indirecta significa que las leyes, las políticas o las prácticas públicas o privadas son neutras en apariencia, pero perjudican de manera desproporcionada a un determinado grupo o clase de personas"[97]. Según la Sala, con datos estadísticos "puede advertirse la existencia de una afectación generalizada o desproporcional contra las mujeres, con motivo de un determinado

[94] Tesis de jurisprudencia 1a./J. 100/2017 (10a), Primera Sala, *Gaceta el Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, noviembre de 2017, Tomo I, pág. 225, registro digital: 2015597.
[95] *Ibid*. (énfasis añadido).
[96] Tesis 2a. XXXII/2019 (10a), Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, de 17 de mayo de 2019, registro digital 2019856; derivada del Amparo directo 9/2018. 5 de diciembre de 2018. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo. Véase también la tesis aislada 2a. XXXI/2019 (10a.), Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, 17 de mayo de 2019, registro digital 2019899.
[97] Tesis 2a. XXXII/2019.

acto de autoridad, política o norma, pese a que éstas se hayan formulado de manera 'neutral', desde el punto de vista del género."[98]

A diferencia de la tesis de la Primera Sala, la de la Segunda no menciona la necesidad de proporcionar un referente de comparación. Tampoco la posibilidad de superar un test que muestre que el impacto diferenciado tiene justificación, pero en el cuerpo del asunto de que deriva, el importante **AD 9/2018 (seguridad social de las trabajadoras domésticas) (diciembre de 2018)**,[99] fallado bajo la ponencia de Alberto Pérez Dayán, sí lo hace, concretándolo en un escrutinio claramente estricto:

> esta Corte Constitucional no puede pasar inadvertido que la diferenciación de trato reclamada y, por ende, la afectación que genera el que la labor doméstica se encuentre excluida del régimen obligatorio del Seguro Social […], perjudica de manera desproporcionada a las mujeres, a pesar de redactarse en términos neutrales desde el punto de vista del género […] pues como se ha destacado en anteriores apartados, estadísticamente la labor del hogar es realizada preponderantemente por mujeres —nueve de cada diez empleadas del hogar son mujeres—; de ahí que los efectos de las normas reclamadas tienen un impacto negativo que afecta preponderantemente a las mujeres trabajadoras y, por ende, *genera un indicio* de un trato discriminatorio contra la mujer.[100]

"La utilización de datos estadísticos y demás información empírica", continua la Sala:

> pueden [sic] ser significativas y fiables para *acreditar, prima facie,* la existencia de una discriminación indirecta contra ciertos grupos o clases.
>
> Sobre esa base, se estima que las normas reclamadas, al excluir a las trabajadoras del hogar de la protección del régimen obligatorio

[98] *Ibid.*
[99] SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 9/2018, 5 de diciembre de 2018. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Emmanuel Muñoz Acevedo.
[100] *Ibid.*, p. 34.

> del Seguro Social, se traducen en una discriminación indirecta proscrita por el principio de igualdad y equidad, pues esa diferenciación no supera el escrutinio constitucional, *respecto a su finalidad imperiosa, idoneidad y proporcionalidad.*[101]

El Pleno, por su parte, al resolver la ya mencionada **AI 8/2014 (sociedades de convivencia en Campeche) (agosto 2015)**[102] determinó que, al prohibir la adopción por parte de quienes se acogieran a la sociedad de convivencia, la ley causaba un impacto desproporcionado en las parejas del mismo sexo. La Corte menciona la discriminación estructural,[103] habla del significado social de las normas[104] y la declara discriminatoria por no superarse la primera grada del test, al ser claro a su juicio que la intención del legislador era vedar la adopción a las parejas del mismo sexo sobre la base de prejuicios históricos.[105] La Corte ve un resabio de las legislaciones de "separados pero iguales" (aunque en el caso las figuras ni siquiera son iguales) que confirma su naturaleza discriminatoria para las parejas del mismo sexo, ofendiendo la dignidad e integridad de las personas que las integran.[106] Debido a que la Corte anuda la inconstitucionalidad al hecho de que el objetivo declarado y el objetivo real de la normativa son distintos, siendo el segundo incompatible con la Constitución, y en general a la falta de razones en apoyo de la diferenciación, no queda especificado qué escrutinio debe superar una medida que incurre en efecto disparejo para resultar justificada.

Estas indeterminaciones y variaciones en la intensidad del estándar de justificación en casos de impacto disparejo *prima facie* se unen a asuntos que muestran con elocuencia el extenso terreno que la Corte todavía

---

[101] *Ibid.*, pp. 34-35 (énfasis añadido).
[102] SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, 11 de agosto de 2015. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ministro encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria Karla I. Quintana Osuna.
[103] *Ibid.* párr. 75.
[104] *Ibid.* párr. 77.
[105] *Ibid.* párrs. 81-90.
[106] *Ibid.* párr. 92.

tiene por cubrir en el ámbito de la discriminación indirecta. En el contexto de los casos que tienen que ver con régimen económico familiar y seguridad social —que con frecuencia parecen un parque temático de efectos disparejos— encontramos numerosas ilustraciones de ello. En el **ADR 1058/2014**, por ejemplo, la Primera Sala no detecta discriminación indirecta en un artículo del Código Civil del Estado de México que prevé la concesión de alimentos al "cónyuge inocente" de un divorcio porque el precepto no dice "hombre" o "mujer" y el funcionamiento de los roles de género habituales no generará injusticias,[107] pero tampoco considera inconstitucional que ese cónyuge inocente, que sólo recibe alimentos si carece de bienes o se ha dedicado cotidianamente al trabajo del hogar, y que según reconoce en la mayor parte de casos será una mujer, deba "probar la necesidad"[108] (extremo que sin duda tendrá un fuerte impacto disparejo). En el **ADR 2730/2015**, por su parte, la Primera Sala analiza la posible inconstitucionalidad por impacto disparejo de un artículo que activa el régimen de separación de bienes cuando no hay pacto sobre el régimen económico (art. 270).[109] En el contexto de la Ley de Relaciones Familiares de Zacatecas la cuestión era peliaguda, porque otro artículo (art. 44) obligaba a la mujer a ocuparse del trabajo del hogar. A pesar de reconocer el carácter discriminatorio del art. 44 y mencionar el amparo sobre *doble jornada* al que nos referiremos más adelante,[110] la Corte emprende un análisis separado del artículo 270 y concluye que el impacto negativo que tiene sobre lxs cónyuges cuyas funciones en el matrimonio los llevan a no adquirir bienes no genera su inconstitucionalidad, porque

[107] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1058/2014, 21 mayo 2014, p. 38. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.
[108] *Ibid.*, p. 39.
[109] SCJN, Pleno, Amparo Directo en Revisión 2730/2015, 23 de noviembre 2016. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena. Secretarios: M. G. Adriana Ortega Ortiz, con Irlanda Ávalos y Juan Luis Hernández Macías.
[110] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín, con Geraldina González de la Vega. Esta sentencia es de capital importancia en la línea sobre perspectiva de género y perspectiva de envejecimiento, y combate de estereotipos y roles. A la señora no le dieron pensión de alimentos porque tenía una pequeña pensión de cuando había trabajado en el mercado formal y la Corte obligó a que se examinara si debían darle otra, como ella reclamaba, por lo que había trabajado en casa sin cobrar.

los eventuales enriquecimientos injustos que se produzcan pueden analizarse casuísticamente y ser corregidos (se entiende que por lx juzgador) con mecanismos compensatorios. Y finalmente, en el **ADR 3217/2018** la Segunda Sala no halló base para declarar inconstitucional el artículo 103 de la Ley del Seguro Social, que dispone que el subsidio de embarazo será asumido por el empleador, no por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), cuando la trabajadora no haya alcanzado 30 semanas de cotización en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debe empezar a recibir el subsidio (normalmente, un mes antes del nacimiento).[111] La quejosa denunciaba, con toda razón, que las empresas se niegan a contratar a personas embarazadas o que temen que vayan a estarlo para no tener que asumir ese pago, pero la Corte aduce que los empleadores tienen obligaciones constitucionales "originarias" respecto de los trabajadores bajo el artículo 123, razón por la cual la asunción de ese costo no puede considerarse inconstitucional. La Corte, por consiguiente, no acierta a dar relevancia al clarísimo impacto negativo que tiene esta norma sobre las mujeres.[112]

VI. Otras dimensiones: perspectiva de género, acoso y violencia

Existen derivaciones y dimensiones conceptuales de la igualdad que son importantes en el contexto del derecho antidiscriminatorio contemporáneo que han hecho aparición en algunas sentencias de la Corte. Aunque no hay espacio para profundizar en ellas, dejaré constancia de algunos casos que las incluyen.

A nivel doctrinal, hay que celebrar que la Corte haya emitido algunas sentencias que dan luz sobre lo que es la *perspectiva de género* y lo que

[111] SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 3217/2018, 6 de marzo de 2019. Ponente: José Fernando Franco González-Salas. Secretario: Héctor Orduña Sosa.

[112] Sobre los problemas que causó la exigencia de un referente de comparación en la jurisprudencia canadiense, véanse Gilbert, Daphne y Majury, Diana, "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15", Windsor Yearbook of Access to Justice, núm. 24, 2006, pp. 111-142; Moreau, Sophia, "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups", Journal of Law and Equality, núm. 5, 2006, pp. 81-95.

implica adoptarla al juzgar. Como es sabido, en el caso *González y otras v. México (Campo algodonero)*, la Corte Interamericana había condenado a México por las omisiones y deficiencias en la investigación de tres horribles feminicidios en Ciudad Juárez, y había condenado a México a capacitar a sus juecxs, fiscales y otrxs agentes involucrados en la administración de justicia acerca de la necesidad y las implicaciones de hacer su trabajo con perspectiva de género (corrigiendo los sesgos machistas que inundaban la práctica). La Unidad de Género de la Corte había propiciado la elaboración de protocolos para juzgar con menos sesgos, pero sin duda la fuerza normativa de una sentencia de la Corte es algo que, en un sistema judicial muy disciplinado verticalmente, ha de propiciar la eficacia de los criterios. El asunto clave al respecto es el **ADR 2655/2013 (divorcio con perspectiva de género) (noviembre 2013)**,[113] derivado de un juicio de divorcio en el que a la peticionaria se le había sustraido la patria potestad y custodia de sus hijos por considerar que había abandonado el domicilio conyugal sin justificación —cuando en realidad había tenido que huir debido a la violencia que ejercía sobre ella su expareja—. La sentencia recalca que la obligación de impartir justicia con perspectiva de género la tienen todos los tribunales y es de oficio —no depende de que las partes lo soliciten—. Para hacerla efectiva, dice la Corte,

> el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación

[113] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

> de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.[114]

En el **ADR 1125/2014 (juicio de alimentos en Ecatepec) (abril 2015),**[115] sobre el cual daremos más detalles en la sección que sigue, la Corte reiteró, citando el amparo anterior, que los órganos judiciales deben verificar, aplicando la herramienta de perspectiva de género, si existen posibles desventajas o vulnerabilidad por dicha condición.[116] Lo que añade la Corte es que esta herramienta no debe usarse solamente cuando son las mujeres las que denuncian desigualdades:

> "Si bien resulta indiscutible que históricamente han sido las mujeres las que más han sufrido la discriminación y exclusión derivada de la construcción cultural de la diferencia sexual […] lo definitivo es que los estereotipos y perjuicios de género que generan situaciones de desventaja al momento de juzgar afectan tanto a hombres como mujeres. La perspectiva de género en la impartición de justicia constituye un método que debe ser aplicado en todos los casos, independientemente del 'género' de las personas involucradas, para detectar y eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo 'hombres' o al grupo 'mujeres'."[117]

---

[114] *Ibid.*, pp. 53-54.
[115] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1125/2014, 8 de abril de 2015. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa.
[116] *Ibid.*, ADR 1125/2014, párrs. 37-39.
[117] *Ibid.* párr. 38.

Meses después, en octubre del mismo año, en el **ADR 1754/2015 (doble jornada) (octubre 2015)**, la Primera Sala dictó otra sentencia importante en la que destaca cómo el análisis con perspectiva de género de casos de divorcio debe llevar al reconocimiento de la doble jornada desarrollada por las mujeres y su valor económico.[118]

Es igualmente importante que la Corte haya reconocido, en línea con el derecho internacional de los derechos humanos y la reflexión académica sobre el tema, que el *acoso* y la *violencia de género* son discriminación. En el 2014 hubo un caso de acoso laboral, el **AD 47/2013 (acoso laboral) (febrero 2014)**, donde la Corte precisó que el *mobbing* o acoso laboral constituye una conducta ilícita consistente en actos hostiles, que pueden ir desde la exclusión total de cualquier labor, las agresiones verbales, hasta una excesiva carga en los trabajos que debe desempeñar, en donde lx hostigador tiene finalidades específicas que generan daños y afectaciones en la persona acosada. La Corte indicó que la persona afectada cuenta con una serie de soluciones o alternativas legales para hacer efectivo su derecho de acceso a la justicia y demandar lo que estime necesario: son diversas las acciones a las que se puede recurrir según el ámbito, y la distribución de cargas probatorias atenderá a la normativa sustantiva y procesal aplicable al caso específico.[119]

Y en 2016, la Primera Sala resolvió un caso penal sobre hostigamiento sexual, el **ADR 3186/2016 (valoración de prueba en procesos por hostigamiento sexual) (marzo 2017)**,[120] donde se pronunció sobre la valoración de las pruebas con perspectiva de género. La Sala remarca que, por las circunstancias en que se producen los delitos sexuales, el

[118] Véase, nota 110, *supra*.
[119] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 47/2013, 7 de febrero de 2014. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Ana Marcela Zatarain Barrett. También, la tesis aislada 1a. CCLII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, julio de 2014, pág. 138, registro digital: 2006870; y 1a. CCL/2014 (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, julio de 2014, pág. 138, registro digital: 2006869.
[120] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3186/2016, 1 de mazo de 2017. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Ana Marcela Zatarain Barrett.

testimonio de la víctima debe tener un lugar preponderante en la valoración de la prueba y, sobre la base de lo sentado por la CorteIDH en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú*, desarrolla cómo la valoración del testimonio en los términos del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales debe operar para incorporar una debida perspectiva de género. La Corte puntualiza que lo que resulta aplicable a la violación o es también para otros delitos relacionados con la violencia sexual.[121]

En cuanto a la *violencia de género*, además de un amparo en el que se afirmó que la discriminación contra un menor puede constituir una forma de violencia familiar,[122] el caso de referencia es el del terrible feminicidio de Mariana Lima Buendía **(AR 554/2013) (Mariana Lima Buendía) (marzo 2015)**,[123] relevante tanto por los criterios sobre violencia de género como por los criterios sobre administración de justicia con perspectiva de género. La Sala desgrana la serie inacabable de errores y omisiones en la investigación y el tratamiento judicial de este caso. Lx juez de distrito no puso remedio a las innumerables graves irregularidades y omisiones de las autoridades responsables —incluido el Procurador estatal y las autoridades subordinadas—respecto del deber de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, ni la

[121] La Corte llama a considerar, en síntesis, lo siguiente: a) dado que por las circunstancias en que ocurren estos delitos no existen pruebas gráficas o documentales, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, la cual debe ser analizada tomando en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar por el estigma que conlleva hacerlo; b) se debe tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual, razón por la cual no será inusual que el recuento de los hechos pueda presente algunas inconsistencias o variaciones; c) se deben tomar en cuenta algunos elementos subjetivos de la víctima, como su edad, condición social, pertenencia a un grupo vulnerable o históricamente discriminado, entre otros; d) se debe analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, recordando que la misma es la prueba fundamental. Entre esos elementos se encuentran dictámenes médicos psiquiátricos, testimonios, examinaciones médicas, pruebas circunstanciales, indicios y presunciones; e) Las pruebas circunstanciales, indicios y presunciones, deben ser utilizadas como medios de prueba siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos (*ibid*., párrs. 61-65).

[122] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3169/2013, 22 de enero de 2014. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

[123] SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 554/2013, 25 de marzo de 2015. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

violación por su parte de la garantía de acceso a mecanismos judiciales y administrativos adecuados y efectivos. Sus razonamientos sobre causas de improcedencia frustraron el derecho a un recurso judicial efectivo y permitieron que se perpetuaran los efectos de los actos y omisiones reclamados por Irinea, la madre de Mariana, incluido lo ocurrido durante la averiguación previa, la discriminación que sufrió a manos de las distintas autoridades del Ministerio Público, así como la violación del derecho a la investigación de los hechos con perspectiva de género.[124] La sentencia no sólo es de capital importancia por los criterios sentados, sino también porque la Corte se animó a disponer resolutivos innovadores, que dan ulteriores lineamientos acerca de cómo deben hacerse las cosas para no incurrir en las violaciones que se dan siempre, y que tienen una faceta reparadora.[125]

VII. Esperando a la igualdad estructural

El concepto de igualdad sustantiva o de hecho se utiliza, en oposición a la igualdad formal o de derecho, en el **ADR 1464/2013 (pareja detenida con drogas) (noviembre 2013)**.[126] Los argumentos que se hacían valer en el caso son muy interesantes, pues la peticionaria, condenada junto con su marido por posesión agravada de psicotrópicos, señalaba que en su juzgamiento no se había tenido en cuenta la situación de desigualdad estructural y vulnerabilidad que reconocidamente afecta a las mujeres. En lugar de seguir el mandato de la igualdad sustancial y los lineamientos de la CorteIDH para juzgar con perspectiva de género, subrayaba, la habían juzgado exactamente igual que a un hombre. El Colegiado la había instado a dar pruebas de la situación de sometimiento y opresión, cuando la subordinación histórica, social, familiar, cultural y estructural de las mujeres —apuntaba ella— es un hecho notorio. Se le recriminó que no

[124] *Ibid.*, párrs. 86-87.
[125] Véase, Herrera García, Alfonso y Quintana Osuna, Karla I., *Reparaciones a derechos humanos en el sistema jurídico mexicano, interamericano y en el derecho comparado*, México, Tirant lo Blanch (en prensa).
[126] SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1464/2013, 13 de noviembre de 2013. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Miguel Antonio Núñez Valadez.

hubiera alegado dominación de su cónyuge mediante malos tratos, amenazas, discriminación y opresión, cuando conforme al bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos se trata de desventajas y vulnerabilidad manifiestas e inobjetables, y deben presumirse, no ser objeto de prueba. La quejosa señalaba, finalmente, que el proceso penal es una oportunidad para revertir la vulnerabilidad y desventaja histórica y estructural de las mujeres, y que la aplicación de la pena debe ser distinta.[127]

La Primera Sala señaló que el derecho humano a la igualdad, como principio adjetivo, se configura por distintas facetas que, aunque interdependientes y complementarias entre sí, son conceptualmente distintas: la igualdad formal o de derecho y la igualdad sustantiva o de hecho. Según la Corte:

> La primera [igualdad formal o de derecho] es una protección contra distinciones o tratos arbitrarios y se compone a su vez de la igualdad ante la ley, como uniformidad en la aplicación de la norma jurídica por parte de todas las autoridades, e igualdad en la norma jurídica, que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio.
>
> § 82. Las violaciones a esta faceta del principio de igualdad jurídica dan lugar a actos discriminatorios directos, cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justificado constitucionalmente, o a actos discriminatorios indirectos, que se dan cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva a una diferenciación o exclusión desproporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello.[128]

[127] *Ibid.*, párr. 8.
[128] *Ibid.*, párrs. 81-82.

La Corte define, por su parte, a la igualdad sustantiva de la siguiente manera:

> § 83. Por su parte, la igualdad sustantiva o de hecho radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos.
>
> § 84. Así, con un margen amplio de apreciación, el Estado está obligado a adoptar ciertas medidas preventivas encaminadas a obtener esta igualdad de hecho entre los diferentes grupos sociales y sus integrantes en relación con el resto de la población.
>
> § 85. La violación a este principio surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación; además, su violación también puede reflejarse en omisiones, en una desproporcionada aplicación de la ley o en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes, con la diferencia de que, respecto a la igualdad formal, los elementos para verificar la violación dependerán de las características del propio grupo y la existencia acreditada de la discriminación estructural y/o sistemática.
>
> § 86. Por ende, la omisión en la realización o adopción de acciones podrá dar lugar a que el gobernado demande su cumplimiento, por ejemplo, a través de la vía jurisdiccional; sin embargo, la condición para que prospere tal demanda será que la persona en cuestión pertenezca a un grupo social que sufra o haya sufrido una discriminación estructural y sistemática, y que la autoridad se encuentre efectivamente obligada a tomar determinadas acciones a favor del grupo y en posibilidad real de llevar a cabo las

> medidas tendentes a alcanzar la igualdad de hecho, valorando a su vez el amplio margen de apreciación del legislador, si es el caso; de ahí que tal situación deberá ser argumentada y probada por las partes o, en su caso, el Juez podrá justificarla o identificarla a partir de medidas para mejor proveer.[129]

A mi juicio, este desarrollo tiene tanto fortalezas como problemas. La fortaleza, por supuesto, es que la Corte "lee" la igualdad estructural o transformativa en las garantías constitucionales de igualdad que otorga el sistema jurídico mexicano. A pesar de que la cláusula del artículo 1o. —en contraste con lo que ocurre en el seno de muchas constituciones contemporáneas— no incluye un mandato explícito de transformación hacia la igualdad real, la Corte encuentra que las bases jurídicas de la igualdad en México (que por supuesto incluyen las de las fuentes internacionales de derechos humanos) contienen un mandato de igualdad sustantiva o transformadora. Sin embargo, es problemático que la Corte asocie este tipo de igualdad con una igualdad "de hecho", sugiriendo que la igualdad "de derecho" no puede ser nunca estructural, ni transformadora sino meramente "formal". Por el contrario, la igualdad jurídica, de derecho, e incluso el control que se hace mediante el juicio de proporcionalidad es perfectamente combinable con una concepción de igualdad sustantiva y estructural —aunque el alcance de esta última exija, con seguridad, el uso de estrategias complementarias—. Aunque se entiende a lo que se refiere la Sala cuando alude a la igualdad real de oportunidades, el criterio puede malinterpretarse en el sentido de pensar que la desigualdad de oportunidades y las desigualdades estructurales no pueden al menos empezar a combatirse desde el derecho antidiscriminatorio.

En cuanto a los potentes argumentos elevados en el caso concreto, la Corte responde señalando que la igualdad sustantiva impone obligaciones al legislador en un espacio en el que goza de un considerable margen

[129] *Ibid.* párrs. 83-86.

de apreciación, pero admite que es justiciable, y admite que los jueces están obligados por ella. Sin embargo, de un modo bastante inentendible y en cualquier caso frustrante, apunta que "para que en efecto se pueda reclamar jurisdiccionalmente la omisión de un juzgador en tomar en cuenta la particular situación de una mujer y su supuesta desigualdad de hecho como parte de un grupo social, tuvo que haberse aportado elementos que permitieran al juzgador advertir la discriminación específica sobre la quejosa o la actuación/omisión sistemática y estructural de la autoridad que afecte a su grupo social en determinada situación."[130] La Sala apunta que "no se trata de una mera cuestión de prueba", que "la aplicación de la ley a todas las personas es un principio básico del ordenamiento jurídico", y que por tanto "su excepcional inaplicación o diferenciada aplicación como consecuencia de su confrontación con un principio constitucional (igualdad y debido proceso) debe estar respaldada con elementos objetivos que permitan al juez realizar el respectivo juicio de ponderación". Sobre esta base, la Corte no hace lugar al argumento de la quejosa de que la desigualdad estructural y la subordinación deben presumirse sino que apela a la aportación de elementos en el caso concreto, y concluye que en el caso no ha habido violación alguna de derechos. El criterio final de la Corte sabe a poco. Aunque la aportación de información sobre patrones sistémicos no es utópica y en el contexto de litigios de interés público podrían desarrollarse análisis en ese sentido, para lxs quejosxs de los amparos ordinarios —muchos de ellxs marcados por el tipo de contexto de profunda desventaja por el cual la Corte se manifiesta preocupada— la aportación de los mencionados "elementos objetivos" resultará imposible.

La cuestión de las dimensiones conceptuales de la igualdad volvió a aparecer en el **ADR 1125/2014 (juicio de alimentos en Ecatepec) (abril 2015)**[131] donde la Primera Sala tuvo que pronunciarse sobre las relaciones entre la noción de igualdad y la noción de no discriminación. En el

[130] *Ibid.*, párrs. 97-98, 102.
[131] ADR 1125/2014, nota 115 *supra*.

caso, que derivaba de un juicio de divorcio, quien se amparaba era un señor que había sido condenado a pagar una pensión tanto a su hija como a su exesposa y que consideraba que no había bases para tener que dársela a la segunda. El Colegiado le había negado el amparo por estimar, por un lado, que denunciaba violaciones procesales que debían haber sido impugnadas en un amparo directo previo y, por otra, por considerar que la Sala civil no había fallado contra el principio de igualdad. El quejoso aducía que la sentencia vulneraba la igualdad al otorgar un trato privilegiado a su contraparte por ser mujer (que se gana bien la vida en el sector del trasporte y es hija del presidente de una Unión de Transportistas), mientras se le obligaba a satisfacer cantidades desmedidas que lo dejaban sin medios para cubrir sus necesidades mínimas y las de sus padres. A su juicio, en la sentencia recurrida se hacían afirmaciones en torno al derecho a la no discriminación, cuando él había hecho valer una vulneración del derecho a la igualdad —asumiendo con ello que son conceptos distintos—.

Al resolver el caso, la Sala se refirió a todas las huellas textuales de la igualdad en la Constitución y citó *pareja detenida con drogas*. Subrayó que es un derecho que se expresa normativamente a través de distintas modalidades o facetas, siendo la más ejemplificativa la prohibición de discriminar. Para la Sala, el principio de no discriminación implica que ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho humano ni deberá de ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes; especialmente, cuando tal diferenciación tenga como motivos los mencionados en el artículo, incluida la referencia abierta a "cualquier otra [diferenciación] que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas."[132] Para la Corte, la relación es de género y especie: con apoyo en la Opinión Consultiva OC-4/84, observa que el derecho a la no discriminación es *una* faceta o

[132] *Ibid.*, párr. 25.

modalidad de la igualdad jurídica en su vertiente formal, mientras que la igualdad como derecho "goza de mayor amplitud, pues tiene también la vertiente sustantiva o de hecho. Esta última radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad gozar y ejercer tales derechos."[133] Sobre esa base, la Corte negó el amparo, pues estimó que el análisis del alegato de indebido trato preferencial había cubierto necesariamente las dos facetas.[134]

A pesar de que la Corte tuvo manera de resolver la *litis* de revisión con esta decantación conceptual, la resolución de la cuestión de fondo, al igual que la que se planteaba en un caso como *pareja detenida con drogas,* no es algo que resulte todavía suficientemente previsible con los desarrollos jurisprudenciales actuales en la mano. La Corte no ha explorado suficientemente, ni mucho menos resuelto, las tensiones que pueden surgir entre el escrutinio de clasificaciones y las vetas antisubordinacionistas de su jurisprudencia, y no tiene claro qué partes del significado denso, estructural y transformador que ha dado a la cláusula no discriminatoria de la Constitución se proyectan no solo sobre las otras ramas del poder, sino sobre el propio proceder del poder judicial. Aunque es probable que no pueda acometer con éxito esta tarea hasta que se decida acometer simultáneamente la transformación decidida de las posibilidades sustantivas, procesales y remediales del juicio de amparo.

VIII. Conclusiones

a. En poco más de quince años, la Suprema Corte mexicana ha pasado de no tener criterios para hacer frente a la labor legislativa desde la prohi-

[133] *Ibid.*, párr. 28.
[134] *Ibid.*, párrs. 30-31.

bición de discriminación a gozar de un cuerpo comparativamente importante de criterios acerca de qué es la discriminación y cómo deja su huella inconstitucional en normas y actos. La Corte ha acotado con habilidad el campo de aplicación de sus criterios tradicionales sobre equidad y proporcionalidad tributaria, abriendo espacio para la emergencia de líneas jurisprudenciales nuevas.

b. La Corte inició alrededor del 2005 su jurisprudencia de igualdad como control de distinciones arbitrarias mediante juicios de razonabilidad operativizados bajo variantes del test de proporcionalidad. Aunque los elementos del test han ido variando un poco en su nomenclatura y estructura, se ha ido imponiendo un test de tres pasos que evalúa: *a*) la finalidad de la medida examinada y su compatibilidad con la Constitución; *b*) su adecuación instrumental, esto es, su capacidad para alcanzar la finalidad mencionada; y *c*) su necesidad, entendida como la no incursión en sacrificios groseramente innecesarios en aras de la consecución de la finalidad. Cuando se aplica de manera más intensa, la Corte exige que: *a*) la finalidad de la medida sea imperiosa o importante, lo cual usualmente se correlacionará con la existencia de un apoyo constitucional expreso; *b*) la conexión entre medios y finalidad sea "directa"; y *c*) los medios usados para la consecución del fin sean lo menos restrictivos posibles para los derechos. Aunque en algunas ocasiones la Corte ha llamado "proporcionalidad" o "razonabilidad" al tercer paso, uno de los rasgos que caracteriza sin duda el análisis de igualdad de la Corte mexicana visto desde la perspectiva del derecho comparado es que no incorpora el examen de "proporcionalidad en sentido estricto" o "ponderación". A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de otros derechos, la Corte en sede de igualdad no se detiene a analizar con detalle si la importancia del fin servido por la clasificación compensa el sacrificio de bienes o derechos en que se incurre, ni compara con exactitud pesos y sacrificios, aunque incorpora un juicio holístico sobre ello en sede de examen de necesidad.

c. Desde 2010, la Corte recurre masivamente a la noción de "categorías sospechosas" para referirse a los criterios mencionados en el artículo 1o.

de la Constitución, e invariablemente subraya la necesidad de aplicar en esos casos escrutinio estricto. Sin embargo, la intensidad del análisis no es siempre uniforme ni en todos los casos máxima —a veces se incurre en un cierto uso simbólico del escrutinio estricto—. Ello resulta congruente, por lo demás, con la variedad de los factores prohibidos de discriminación que se listan en el artículo 1o. y con el cuidado con que lxs juezxs deben tomarse la tarea de determinar cuándo analizarán la labor legislativa desde premisas que harán la declaración de invalidez altamente probable. Con el tiempo, la Corte tendrá que pulir sin duda su construcción global del artículo 1o. y de sus metodologías de aplicación, hasta ahora emprendida por segmentos, a la luz de una teoría sobre los derechos y la división de los poderes en la democracia mexicana.

d. En los primeros años, la Corte apuntó que uno de los criterios para determinar la intensidad del escrutinio, además y alternativamente al uso de categorías sospechosas, era la centralidad de la afectación *prima facie* de la medida sobre los derechos fundamentales. No ha habido muchos desarrollos posteriores de la idea, pero recientemente la Corte la ha retomado para modular la intensidad del escrutinio respecto del análisis de políticas compensatorias para grupos en desventaja. La Corte tiene, además, criterios que especifican que las medidas de acción positiva no deben someterse a escrutinio estricto, aunque tomen operatividad mediante el uso de categorías "sospechosas". Estos criterios deben ser complementados sin duda con los numerosos criterios sobre cuotas y paridad que se han emitido en las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral y que en este texto no hemos analizado.

e. La Corte ha avanzado notablemente en materia de criterios sobre discriminación por *orientación sexual/identidad de género* y por *discapacidad.* Aunque respecto de la orientación sexual/identidad de género la jurisprudencia se centra en un único bloque temático —matrimonio y regulaciones conexas, como la adopción o el sistema de seguridad social—, el mensaje ha sido poderoso porque la Corte ha culminado sus declaraciones de inconstitucionalidad de ciertas regulaciones estatales con tesis que disponen que cualquier regulación análoga resulta inconstitucional. En materia

de discriminación por *edad* hay pocos criterios, pero valiosos, en tanto apuntan a la multidimensionalidad de la edad como factor de clasificación y estratificación social y son sensibles al estatus normativo más complejo de la acción política y jurídica basada en ella. Tanto en ese ámbito como en el de *estado civil*, en cuyo contexto la Corte ha analizado estructuras de convivencia y asociación creadas por los Estados, existe todavía inestabilidad de criterios —algo que no es malo en sí mismo, en tanto una estrategia de aproximaciones sucesivas puede ayudar a evitar errores—. Una evaluación retrospectiva encaminada a esclarecer los diferentes derechos y principios constitucionales que proyectan su fuerza normativa en esta área sería, sin embargo.

f. La Corte se ha pronunciado en innumerables ocasiones sobre desigualdades de *género*, pero desde perspectivas variadas que dificultan la reconstrucción unitaria de los desarrollos en la materia (que no hemos emprendido en este texto). En cualquier caso, las nociones de perspectiva de género, violencia contra la mujer y acoso u hostigamiento están presentes en la jurisprudencia, marcando un alto contraste con jurisprudencia que, hace no tantos años, se negaba a reconocer la violación entre cónyuges ante el peso histórico del "débito conyugal" (tesis 1a/J. 10/94, cancelada en 2005). Muchas cuestiones de género se han abordado con ocasión de denuncias de *discriminación indirecta* referidas a normas de derecho familiar o laboral. La Corte no tiene criterios uniformes respecto de la intensidad del escrutinio que debe aplicarse en estos casos, lo cual deja espacio para que considere con cuidado si es apropiado construir cargas de justificación diferenciadas y pondere las respuestas que debe dar a las muchas cuestiones todavía intocadas. ¿Debe aplicarse un análisis unitario para todos los casos de discriminación indirecta o tiene sentido modular la manera de abordar la discriminación indirecta por edad, *versus* origen étnico, género y/o religión? ¿Deben las variaciones depender de si estamos en el ámbito privado, comercial o laboral o en el ámbito público u oficial? ¿En qué casos debe ser necesario proveer un término de comparación, si es que en alguno? ¿Cuáles son las maneras de acreditar patrones de impacto disparejo? ¿Cuándo deben examinarse de oficio y cuándo no?

g. La Corte ha incorporado herramientas propias del derecho antidiscriminatorio de la *subordinación*, como la noción de prejuicio o de estereotipo, y se ha referido en multitud de ocasiones a la *desigualdad estructural*. Sin embargo, más allá del discurso y de la producción de criterios que pueden ser usados por tribunales inferiores o por ella misma en futuros casos, no hay todavía ejercicios fuertes de jurisdicción de igualdad estructural (e interseccional), y no los habrá seguramente hasta que la Corte se decida a transformar más radicalmente sus prácticas en materia de legitimación, proceso y resolutivos, reinterpretando la Ley de Amparo a la luz de las necesidades funcionales que está llamada a cumplir. La revisión de la jurisprudencia ilustra tanto la virtualidad de las innovaciones que se han intentado (pensemos en los criterios de legitimación por estigmatización o en la importancia de las incorporaciones procesales innovadoras en *militares con VIH*) como los frustrantes resultados a los que se llega cuando los razonamientos "fuertes" no vienen acompañados de resolutivos congruentes con ellos.

h. Hay temas que este texto no ha explorado en absoluto, como la discriminación por motivos religiosos o por pobreza, el tratamiento de la extranjería o de la ciudadanía por naturalización, o la aplicación de la cláusula "residual" de la fórmula del artículo 1o. Tampoco he sistematizado la jurisprudencia que sí he abordado desde perspectivas sin duda relevantes (por ejemplo, la que analiza si esta jurisprudencia proporciona estándares de acción para el ámbito público o para el privado, laboral o comercial, o la perspectiva procesal). En cada una de las áreas examinadas puede haber casos relevantes que no han sido mencionados. Y no he rastreado tampoco la influencia de las fuentes internacionales, interamericanas y comparadas en la jurisprudencia de la Corte. El avance que hemos hecho, sin embargo, es suficiente para tener una idea tanto de lo alcanzado —lo hemos visto en síntesis en los párrafos anteriores— como de aquello respecto de lo cual la jurisprudencia analizada no ofrece todavía mucha guía: reglas sobre carga de la prueba y de la argumentación en los juicios de igualdad; reinterpretación de reglas procesales para abordar con eficacia los casos de desigualdad estructural; modos de acreditar patro-

nes sociales ante los tribunales; criterios de análisis y decisión para casos de discriminación interseccional, de esencial importancia en el derecho internacional y comparado; bases de elaboración teórico-dogmática de los criterios conforme a los cuales se deciden los casos (¿qué peso tienen la dignidad, la libertad, la igualdad u otras anclas constitucionales básicas en la adopción de los distintos criterios?). La construcción de la jurisprudencia sobre no discriminación refleja plenamente el gusto de la Corte mexicana por el gradualismo y las "aproximaciones sucesivas" y registra avances más rápidos a nivel de palabras que a nivel de hechos. Todas las cosas consideradas, en cualquier caso, contienen importantes logros y proporcionan sobradas bases para el debate y el análisis crítico.

Bibliografía

Alterio, Ana Micaela y Niembro, Roberto (eds.), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México,* México, IIJ-UNAM, 2017.

Bárcena Zubieta, Arturo, "Proportionality and Human Rights in Mexico", manuscrito no publicado en poder de la autora.

Becerril Hernández, Carlos de Jesús, "Proporcionalidad y equidad en las contribuciones. El amparo fiscal en México, 1917-1968", *Secuencia*, núm. 91, abril de 2015.

Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M. y Ruiz Cabañas, Jimena, *El uso de evidencia científica y opinión experta en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,* México-España, Tirant lo Blanch, 2015.

Elizondo Mayer-Serra, Carlos, "La industria del amparo fiscal", Política y Gobierno, año XVI, vol. 2, 2009, pp. 349-383.

Fiss, Owen, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107-177.

Fix Fierro, Héctor, *El poder del poder judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, IIJ UNAM, 2020.

Fredman, Sandra, "Positive Duties and Socio-Economic Disadvantage: Bringing Disadvantage onto the Equality Agenda", *European Human Rights Law Review*, núm. 3, 2010, pp. 290-304.

Fredman, Sandra, "Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities", *South African Journal on Human Rights*, vol. 23, núm. 2, 2010, pp. 214-234.

Gilbert, Daphne y Majury, Diana, "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, núm. 24, 2006, pp. 111-142.

Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar, Pedro, *Igualdad, no discriminación y derechos sociales,* México, Conapred, 2011, pp. 79-90.

Havelková, Bárbara, "The Pre-eminence of the General Principle of Equality over the Specific Prohibition of Discrimination on Suspect Grounds in Czechia", en Havelková, Bárbara y Möschel, Mathias (eds.), *Anti-Discrimination Law in Civil Law Jurisdictions*, Oxford University Press, 2019, pp. 76-93.

Herrera García, Alfonso, "Jurisprudencia Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2016", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 2018, núm. 22, pp. 315-335.

Marván Laborde, Ignacio, *Cómo hicieron la Constitución de 1917*, México, Secretaría de Cultura, CIDE y FCE, 2017.

Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte*, México, El Colegio de México, 2019, pp. 82-86.

MOREAU, Sophia, "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups", *Journal of Law and Equality*, núm. 5, 2006, pp. 81-95.

POU GIMÉNEZ, Francisca, "Estereotipos, daño dignatario y patrones sistémicos: la discriminación por género y edad en el mercado laboral", *Discusiones*, núm. 16, 2015, pp. 147-188.

POU GIMÉNEZ, Francisca, "Las sentencias de la Corte sobre discriminación por estado marital: las piezas que faltan", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte*, núm. 4, pp. 145-194.

POU GIMÉNEZ, Francisca, "Los casos de militares con VIH: el impacto del conocimiento médico en el análisis constitucional sobre discriminación", *Gaceta Médica de México*, núm. 148, 2012, pp. 194-200.

SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley,* Argentina, Siglo XXI, 2016.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Febrero de 2021.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Esta obra recopila una serie de escritos en temas fundamentales sobre un derecho en construcción en México: el derecho contra la discriminación. Así, el libro discute temas como sus fundamentos, manifestaciones, metodologías, formas de reparar y desarrollos jurisprudenciales. Éstas son algunas de las aristas que subyacen a cualquier caso de discriminación. Ante la falta de estudios en México sobre el tema, es importante comenzar a generar una dogmática propia, coherente, que nos permita desarrollar herramientas para la protección efectiva de los grupos vulnerables y sus derechos.

Así, esta obra plantea algunas de las preguntas esenciales para iniciar una larga y necesaria discusión sobre la igualdad y no discriminación y el rol del derecho en su garantía. A su vez, esperamos que esto permita comenzar a delinear una teoría sólida y coherente del derecho contra la discriminación.