

LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Miguel Carbonell*

El párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución de 1917 contiene una cláusula de igualdad formal que se expresa en los siguientes términos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”¹.

El párrafo primero del artículo 4 prevé la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley, y ordena al legislador que proteja la organización y el desarrollo de la familia.

Este último párrafo se introduce en la Constitución mediante reforma publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1974 y es continuación de un largo proceso para lograr una equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Dicha equiparación es muy reciente en la historia constitucional mexicana, pues aparte del párrafo primero del artículo 4, que data, como se acaba de mencionar, apenas de 1974, no es sino hasta 1953 cuando las mujeres adquieren el derecho al voto (por reforma al artículo 34 constitucional publicada en el DOF el 17 de octubre de ese año). Desde luego, la infravaloración jurídica y social de la mujer no es exclusiva de México; un país tan democrático como Suiza no concedió el derecho de votar a las mujeres hasta 1971. Como señala Fernando Rey Martínez, “La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores), la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones” (1995, p. 1; 2000, p. 42).

* Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

¹ Esta redacción ha sido aprobada por el poder reformador de la Constitución en los términos del artículo 135 constitucional. Al momento de escribir estas líneas –primeros días de agosto de 2001- todavía se encuentra pendiente de ser publicada en el Diario Oficial de la Federación.

A continuación se desarrollan algunas reflexiones acerca del significado genérico de la igualdad, así como de las consecuencias que arroja su previsión constitucional en los artículos 1º y 4º, sobre todo frente al legislador.

1. Algunas consideraciones generales sobre la igualdad

El tema de la igualdad, en general, puede ser estudiado desde tres niveles distintos de análisis, como recuerda Paolo Comanducci (1992, pp. 85-87²):

a) Un primer nivel es el lógico-lingüístico. En este nivel se busca responder a los problemas que ofrece la pregunta “¿igualdad en qué sentido?”. Se trata de atribuir un significado al vocablo igualdad, de determinar sus usos lingüísticos.

b) El segundo nivel es el filosófico-político. En este nivel se deben afrontar los problemas relacionados con las dos preguntas siguientes: “¿porqué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se trata, por tanto, de encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad. Para poder llevar a cabo dicha elección hay que distinguir primero entre los distintos tipos de igualdad que existen.

Haciendo una exposición general sobre el tema, Ronald Dworkin ha distinguido la “igualdad económica” de la “igualdad política” (1993, pp. 478 y ss.). La igualdad económica, de acuerdo con el mismo autor, se puede definir de dos modos distintos. El primero es tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos, de tal forma que la igualdad económica vendría determinada en términos de riqueza o de ingreso. El segundo modo de definir la igualdad económica no tiene que ver con la igualdad de ingresos o de riqueza, sino con el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. Esta segunda variable, apunta Dworkin, recoge mejor los intereses reales de los individuos, pues se enfoca de manera fundamental al bienestar, haciendo de los recursos un elemento puramente instrumental. La distinción que hace Dworkin es relevante para el entendimiento jurídico de la igualdad, sobre todo en su vertiente de igualdad material, sobre la cual se abunda más adelante.

La igualdad política, por su parte, tiene una estrecha relación con el concepto mismo (o uno de los conceptos posibles) de democracia. En efecto, si por democracia entendemos una forma de gobierno en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación (o el derecho a ella) política, entonces habrá que determinar —desde el punto de vista político— el significado de esa igualdad (Bovero, 2000, p. 14). En términos generales, la igualdad política dentro de una democracia significa que todas las personas —o la amplia mayoría de ellas— que pertenecen a una comunidad pueden

2 Un análisis muy completo y detallado, en el que se apoya también Comanducci, se puede ver en Westen, 1990.

participar en la formulación de las normas jurídicas que rigen dentro de esa comunidad y que todas ellas son igualmente elegibles para ocupar los cargos públicos que se determinan por medio del sufragio popular. A esa inicial definición se le debe añadir el principio de que a cada persona corresponde un voto, es decir, la asignación de “una cuota igual... de participación en el proceso político decisional”, como consecuencia del reconocimiento de que “los juicios, los pareceres y las orientaciones políticas de todos los individuos considerados... tienen una igual dignidad” (Bovero, 2000, p. 16).

c) El tercer nivel es el jurídico, que es sobre el que se va a centrar la exposición de las páginas siguientes. Se trata de contestar a la pregunta de “¿cómo lograr la igualdad?”. Al estar el principio de igualdad recogido en los textos constitucionales no tenemos la necesidad de justificarlo como valor, sino de explicar las condiciones para aplicarlo³. Las soluciones seguidas en este punto por los ordenamientos constitucionales pasan por el establecimiento de cláusulas de no discriminación, enumerando una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre las personas; entre esos criterios se suele encontrar la raza, el sexo, la religión, la orientación sexual, etcétera⁴. Una variante de lo anterior es la prohibición de expedir leyes particulares, leyes de caso único o dirigidas a alguna persona en particular, pues, entre otras cuestiones, dichas leyes tienen un potencial discriminatorio mucho más intenso que las leyes generales.

La igualdad desde el punto de vista jurídico no se limita a una serie de mandatos constitucionales dirigidos al legislador, sino que sirve también para vincular la conducta de los demás poderes públicos e incluso, en ciertos aspectos y bajo algunas condiciones, de los particulares.

Por ejemplo, una forma de vinculación del poder judicial al principio de igualdad se da a través de la creación de un sistema de precedentes obligatorios (en México la llamada jurisprudencia), por medio de los cuales se obliga a los jueces inferiores a

3 La concepción de la igualdad como “fundamento” de los derechos fundamentales se encuentra en Ferrajoli. 2000c. pp. 63 y ss. Ferrajoli define la igualdad jurídica como “la igual titularidad de situaciones jurídicas – desde los derechos fundamentales hasta las prohibiciones penales- provenientes de su atribución, a la clase de sujetos entre los que se predica, en la forma de reglas generales y abstractas”

4 Un ejemplo de norma que contiene esos criterios es el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone: “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Otro ejemplo interesante se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la que se establece: “Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1.- Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

decidir casos que sean sustancialmente iguales o parecidos a otros resueltos con anterioridad tomando en cuenta las razones consideradas en los primeros en el tiempo. Igualmente, el reconocimiento del principio de igualdad a nivel constitucional puede suponer, o supone de hecho, una limitación a la arbitrariedad y a la discrecionalidad del poder ejecutivo, pues tendrá que justificar la imposición de un trato desigual otorgado a dos o más particulares que se encuentren sustancialmente en una posición parecida o similar frente a la administración.

Por lo que hace a los particulares, la igualdad puede tener consecuencias en las relaciones entre ellos regidas por el derecho laboral o por el derecho civil. En el derecho laboral, por ejemplo, se suele prohibir la distinción entre hombres y mujeres al momento de determinar el sueldo que corresponde a un mismo puesto de trabajo. En el derecho civil el mandato de igualdad no permite que las mujeres casadas puedan ver limitados sus derechos por su cónyuge, por ejemplo en el sentido de que deban de requerir autorización para interponer una acción judicial o para abrir una cuenta bancaria (ninguno de los dos ejemplos es ficticio, por cierto).

En un sentido sustancial, el principio de igualdad puede suponer —si está recogido en un texto de rango constitucional— la posibilidad de articular tratamientos jurídicos desiguales para alcanzar una igualdad en los hechos (Prieto, 2000).

Para el moderno derecho constitucional el principio de igualdad ha desempeñado un papel central. Su impacto sobre los ordenamientos constitucionales de muchos países democráticos ha sido muy importante. Mediante el principio de igualdad en sentido formal —que implica que todas las personas que se encuentren en la misma situación deben ser tratadas de la misma manera— se pueden someter a escrutinio constitucional casi todas las leyes y casi todos los actos gubernativos. Por otro lado, la igualdad puede servir para reforzar el disfrute de otros derechos constitucionalmente reconocidos (Rosenfeld, 1996); entre ellos el derecho a la salud o el derecho a la vivienda, tal como se explica en capítulos posteriores. La igualdad en sentido sustancial se ha utilizado como fundamento para la realización de tratamientos igualitarios más allá de los textos legales, a través de la implementación de políticas públicas sustantivas; también ha servido para justificar acciones positivas previstas legislativamente, entre otras cuestiones.

2. La igualdad como mandato al legislador

Al disponer el artículo 4° la igualdad entre el hombre y la mujer, lo que está haciendo en realidad es establecer una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género⁵: frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual. Se trataría, por tanto, de un

⁵ Igual prohibición se desprende del párrafo tercero del artículo 1° constitucional.

“límite material” a la legislación en la medida en que el texto constitucional está vinculando —en el caso concreto, restringiendo— el contenido posible de las leyes (Guastini, 2000; en general Alexy, 1993, pp. 381 y ss., y Jiménez Campo, 1983, pp. 71-114).

Ahora bien, del mandato del artículo 4 se desprende: a) la prohibición de discriminaciones directas, es decir, la invalidez de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, sin que se encuentre razonablemente justificado; b) la prohibición de discriminaciones indirectas, es decir, “de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”; y c) mandatos de acciones positivas, las cuales se definen como “el conjunto de actuaciones o productos primarios de una política pública de promoción de la igualdad sustancial” (Rey Martínez, 1995, pp. 67 y ss., 2000, pp. 47-48; Alemany, 1999, p. 96⁶).

En vista de lo anterior, parece lógico afirmar que la igualdad prevista por los artículos 1º y 4 no se debe, ni se puede, entender como simetría absoluta —o mejor, como identidad—. Más bien se trata de ordenar al legislador que no introduzca distinciones “no razonables” o, dicho de otra forma, que haga distinciones justificables —apoyadas en argumentos— y no discriminaciones. Esto permitiría hacer realidad la máxima de que hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, ya expresada por Aristóteles en *La Política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Evidentemente, la razonabilidad de las diferencias que se establezcan entre hombres y mujeres deberá ser precisada, caso por caso, por el poder judicial y, en última instancia, por el juez constitucional. Riccardo Guastini (2000, p. 241) apunta, en tono crítico y con todo acierto, que el análisis del principio de igualdad a través de los argumentos de la “razonabilidad” constituye un instrumento muy poderoso en manos de los tribunales constitucionales “para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador” (ver también las observaciones de Prieto, 1997, pp. 38-41). Pero esto, criticable o no, quizá no puede ser de otra forma en la medida en que, como afirma Rubio Llorente,

“...la igualdad, designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación

6 Sobre las acciones positivas se vuelve más adelante a propósito del tema de las cuotas electorales. Reconozco que no deja de ser problemático desprender el fundamento de discriminaciones positivas de una cláusula de igualdad formal y que sería mucho más claro si hubiera una cláusula de igualdad material, pero creo que la llamada discriminación inversa debe encontrar un espacio (jurídico) en sociedades tan desigualitarias como la mexicana.

que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos (en el caso límite, al menos una dualidad), los ‘términos de la comparación’, entre los cuales debe existir al mismo tiempo alguna diversidad, aunque sólo sea espacial y/o temporal, pues de otro modo, como es obvio, no cabría hablar de pluralidad. La diferencia, al menos numérica, entre los elementos comparados es condición de posibilidad del juicio de igualdad” (Rubio Llorente, 1993, p. 640⁷).

Desde una óptica semejante a la expresada por Rubio Llorente, aunque partiendo de una metodología distinta, Amartya K. Sen ha destacado el hecho de que el estudio sobre la igualdad debe tener presentes dos cuestiones esenciales: a) la básica heterogeneidad de los humanos y b) la multiplicidad variable con que se puede juzgar la igualdad. Con respecto a lo primero, el mismo autor afirma que “Los humanos somos profundamente diversos. Cada uno de nosotros es distinto de los demás, no sólo por las características externas, como el patrimonio heredado, o el medio ambiente natural y social en el que vivimos, sino también por nuestras características personales, por ejemplo, la edad, el sexo, la propensión a la enfermedad, las condiciones físicas y mentales. La valoración de la igualdad tiene que ajustarse a la existencia omnipresente de esta diversidad humana” (1999, p. 13).

La existencia del pluralismo en las sociedades actuales presupone la presencia de muy diversas concepciones del bien, lo cual a su vez puede conducir a que sea difícil lograr un consenso acerca de cuáles son las identidades o diferencias relevantes y que por ello deben ser permitidas y, al contrario, cuáles son las igualdades que deben ser impuestas o protegidas por el ordenamiento jurídico (Rosenfeld, 1996).

De lo apuntado por Rubio Llorente, Prieto Sanchís, Sen y Rosenfeld se desprenden dos de las principales dificultades del estudio y análisis de la igualdad; por una parte, la dificultad de determinar los sujetos relevantes para realizar el juicio de igualdad (es decir, quién debe ser considerado igual o desigualmente tratado en comparación con qué otro sujeto), por otra el objeto o alcance (domain) de la igualdad (o sea, qué cosas o situaciones se pueden catalogar como iguales o desiguales). Estas dos dificultades hacen de la igualdad un concepto “singulamente elusivo” y lo mantienen sobre todo como un ideal (Rosenfeld, 1996, p. 162).

7 Ver también las prevenciones del propio Rubio con respecto a las “razones” que frente al legislador pueden oponer los jueces constitucionales, en la misma obra, pp 658-661; Alexy, 1993, p 388. Luis Prieto ha señalado, con su habitual claridad, el cambio que para la teoría de la interpretación supone el principio de igualdad: “... en la aplicación de la igualdad no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional; el juicio de razonabilidad es siempre un juicio valorativo, referido conjuntamente a las igualdades y a las desigualdades fácticas y a las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Ambas consideraciones son inescindibles: postular que una cierta característica de hecho que diferencia o iguala a dos sujetos sea relevante o esencial no proporciona ningún avance si no añadimos para qué o en función de qué regulación jurídica debe serlo... la igualdad actúa siempre a partir de desigualdades fácticas parciales que postulan tratamientos tendencialmente contradictorios, cada uno de los cuales puede alegar en su favor uno de los subprincipios que componen la igualdad: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad pues no existen dos situaciones idénticas” (1997, pp 39-40).

3. La prohibición de discriminar y sus criterios

Las mismas consideraciones que se han hecho para la igualdad entre hombres y mujeres (prevista en el artículo 4º) se pueden aplicar casi por completo a la genérica prohibición de discriminación del artículo 1º párrafo tercero; aunque en este caso se tienen que tomar en cuenta los supuestos que la Constitución fija para prohibir las discriminaciones. Tales supuestos son: origen étnico, origen 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.

Algunos de estos criterios son claros y se encuentran recogidos en múltiples convenciones internacionales de derechos humanos. Otros fueron redactados con una ambigüedad poco feliz, que quizá tenga efectos no del todo positivos al momento de su aplicación. Por ejemplo, tal vez se abusó del lenguaje políticamente correcto al poner “capacidades diferentes” en vez de “discapacidades” como hubiera sido oportuno hacer. Una lectura literal diría que todos tenemos capacidades diferentes, haciendo de esa forma tan amplio y vago el término que carecería de posibilidad alguna de ser aplicado con un mínimo de objetividad.

Otro término quizá discutible es el genérico de “preferencias”. Normalmente, las cláusulas de este tipo se refieren a “preferencias sexuales”, pero el texto mexicano inexplicablemente omitió la referencia a la sexualidad, con lo cual –de nuevo– nos encontramos con un concepto sumamente vago y escurridizo.

Con todo y sus ambigüedades e indeterminaciones, hay que considerar positivo que finalmente la Constitución mexicana contenga una cláusula de no discriminación. No cabe duda de que su redacción pudo haber sido mejor y que, en el futuro próximo, quizá pudiera ser reformada de nuevo (incluso para complementarla con una cláusula de igualdad material), pero las ventajas de tenerla son muy superiores a las de no tenerla.

Desde luego, la inserción de esta cláusula obliga al legislador a emprender una revisión profunda de toda la legislación, de forma que vaya aplicando los criterios genéricos descritos en el artículo 1º para detectar las leyes que los vulneren, con la finalidad de llevar a cabo la adecuación de las mismas al marco constitucional. No hacerlo equivaldría a una actitud de desprecio del poder legislativo hacia la Constitución. Pero además abriría grandes espacios de incertidumbre ya que los criterios contra la discriminación empezarían a ser utilizados por el Poder Judicial Federal para enjuiciar la constitucionalidad de leyes, con todos los problemas que de ello derivan. Desde luego, la intervención judicial para declarar la invalidez o inaplicabilidad de las leyes que contengan discriminaciones es deseable e incluso indispensable, pero ello no exime de la obligación de los legisladores de velar porque la supremacía constitucional

sea protegida —también— a través de la adecuación legislativa que sea necesaria a la vista de los nuevos contenidos constitucionales.

4. Sobre igualdad de géneros y cuotas electorales

Una variante importante que se observa en el debate sobre la igualdad de géneros es el que tiene que ver con la creación de cuotas electorales a favor de las mujeres, es decir, de la reserva de una serie de puestos o candidaturas para las mujeres (en realidad para cualquier género, pero es evidente que en vista de la subrepresentación que padecen se enfocan sobre todo a ellas) en los puestos de elección pública.

Las cuotas electorales son un tipo específico de “acciones afirmativas”, que son medidas que tienden a corregir, por medio de disposiciones legales o administrativas, una situación histórica de discriminación, infravaloración o sujeción; las acciones afirmativas han estado desde hace varios años en el centro del debate social y político en los Estados Unidos, a partir de interesantes pronunciamientos de su Corte Suprema⁸, de importantes reformas legislativas y administrativas⁹, así como del igualmente penetrante debate surgido a su alrededor¹⁰.

En el caso de México, la desigualdad en materia política es evidente: por ejemplo, para la LVII legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000), del total de 500 integrantes de la Cámara de Diputados había 419 hombres y 81 mujeres (que representan el 16.2% del total), y lo mismo sucedía en la Cámara de Senadores (107 hombres por 21 mujeres; 16.4%¹¹). Esto a pesar de que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales dispone, en su artículo 22 transitorio, que “Los partidos políticos nacionales considerarán en sus estatutos que las candidaturas por ambos principios a diputados y senadores, no excedan del 70% para un mismo género. Asimismo promoverán la mayor participación política de la mujer”. Sobra decir que, ni por su ubicación ni por su redacción, este precepto puede suponer algún tipo de protección efectiva para las mujeres. El hecho mismo de haberlo puesto como un artículo transitorio, a pesar de que para nada tiene un contenido temporal, es muy ilustrativo de la poca importancia que a esta regulación le otorgó el legislador.

Teniendo presentes estos datos, y puesto que el principio de igualdad debe entenderse en sentido material o sustancial y no solamente formal (Giorgis, 1999; ver las limitaciones

8 Por ejemplo, el caso Bakke de 1978 sobre acciones positivas en las universidades, el caso Johnson vs. Santa Clara Transportation Agency sobre acciones positivas en materia de género.

9 La Equal Pay Act de 1963, o el Título VII del Civil Rights Act de 1964, o la creación de la Equal Employment Opportunity Commission, por mencionar algunos ejemplos.

10 Para un primer acercamiento al tema, Dworkin, 1984; un resumen y ulteriores indicaciones bibliográficas sobre el tema en Becalli, 1999.

11 Reforma, 18 de octubre de 1999, p. 10A.

de la igualdad sustancial advertidas por Prieto, 2000, pp. 38 y ss.), quizá habría que ponderar la posibilidad de introducir alguna especie de discriminación positiva a favor de las mujeres a la hora de ocupar puestos de representación o de integrar los órganos directivos de los partidos políticos, como sucede ya en diversos países: de acuerdo con datos de la ONU, en 36 países ya se han establecido cuotas para asegurar la presencia de las mujeres en los puestos públicos representativos de los Estados respectivos¹². Como señala Anne Phillips, las cuotas forman ya parte de la agenda política actual; de hecho, son un punto importante de desencuentro político (1999, p. 146).

La justificación de las cuotas electorales, de acuerdo con Alfonso Ruiz Miguel (1999, p. 48), procede de un doble género de razones: en cuanto al fin, “las cuotas pretenden una sociedad más igualitaria en la que la pertenencia a la categoría de los hombres o de las mujeres sea irrelevante para el reparto de los papeles públicos y privados, un proceso que se está mostrando muy lento y en buena parte reacio a producirse por mera maduración”; por lo que hace al medio, de acuerdo con el mismo autor, las cuotas se justifican en tanto que facilitan “el acceso a puestos socialmente importantes (por lo que) puede(n) ser un instrumento eficaz para lograr ese fin, sino de manera directa y completa, sí al menos como forma de simbolización de la posibilidad de romper el techo de cristal que obstruye a las mujeres formar parte de la inmensa mayoría de los centros de decisión” (el análisis de otros argumentos sobre el tema se puede ver en Phillips, 1999).

Si se quisieran constitucionalizar las cuotas electorales se podría establecer en la Carta Fundamental que el 30% de las candidaturas en las Cámaras del Congreso y el mismo porcentaje en las direcciones de los partidos deberían reservarse a las mujeres o a alguno de los dos géneros; aunque quizá sería suficiente con un precepto constitucional que ordenara al Estado “fomentar la efectiva igualdad” entre hombre y mujeres, así como procurar la supresión de las desventajas existentes, tal como lo hace la Constitución alemana. Una disposición en ese sentido permitiría importantes desarrollos legislativos y jurisprudenciales en favor de las cuotas electorales.

Una fórmula parecida que puede servir como antecedente se encuentra en ley italiana 81/1993, de 25 de marzo, sobre elección directa de los alcaldes, en cuyo artículo 7.1 se establece que “En las listas de candidatos, por norma, ninguno de los dos sexos puede hallarse representado en medida superior a los dos tercios”, es decir, debe haber por lo menos un 33% de representantes de algún sexo (citada por Ferrajoli, 1999, p. 96). Aunque dicha ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional italiana, creo que puede servir como ejemplo del tipo de regulación que se necesita, si bien es cierto que la propia decisión de la Corte italiana pone en evidencia la poca capacidad

¹² El País, 9 de junio de 2000.

receptiva de algunos textos constitucionales con respecto a este tipo de medidas, lo cual, como es obvio, puede solucionarse reformando la Constitución¹³.

Sobre este punto, Ferrajoli apunta que “puede perfectamente disponerse que a cada uno de los dos géneros, masculino y femenino, se reserve una cuota de los candidatos, o, mejor aun, de los elegidos, o también de los puestos de trabajo, de las funciones directivas y similares” (1999, p. 89).

El mismo Ferrajoli (1999, p. 92) apunta, como conclusión del tema sobre la necesidad de introducir medidas de discriminación positiva para proteger la igualdad efectiva de las mujeres (“garantías sexuadas”, las llama), lo siguiente:

Es obvio que ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la valorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. De otro modo, sería como decir que el habeas corpus no tiene ningún valor porque a menudo, de hecho, la policía practica detenciones arbitrarias. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad.

¿Porqué se propone establecer un 30% y no directamente un 50% si lo que se quiere es asegurar una representación lo más proporcional posible al número total de miembros de cada género? La respuesta es que de lo que se trata de buscar con las cuotas no es una representación paritaria o equivalente con el porcentaje de población que corresponde a cada género, sino simplemente una representación que permita llevar los intereses y la voz de cada género a los puestos donde se toman las decisiones políticas importantes de cada comunidad, de tal forma que se pueda suponer razonablemente que sus intereses recibirán una atención adecuada; se trata pues de una “representación umbral”, un mínimo garantizador, que lo mismo puede aplicarse a las mujeres que a las minorías indígenas o lingüísticas (sobre este punto, Phillips, 1999, p. 163, quien se apoya en un trabajo de Kymlicka¹⁴).

Iris Marion Young ha construido interesantes argumentos para demostrar que la representación de grupos desaventajados o vulnerables no asegura, por sí misma, una

13 Un resumen de los argumentos de la Corte Constitucional italiana en este asunto pueden verse en Ruiz Miguel, 1999; ver también Pizzorusso y Rossi, 1999, una crítica durísima, pero muy justificada, a las decisiones de la Corte italiana en Barbera, 1999.

14 Razones diversas se han esgrimido en el reciente debate llevado a cabo en Francia sobre el tema, en el que se ha preferido hablar, directamente, de paridad. Como resultado de ese debate se ha reformado el artículo 3 de la Constitución francesa para que la ley favorezca el igual acceso de los hombres y las mujeres a las funciones electorales y electivas; la aprobación de la reforma constitucional se hizo el 28 de junio de 1999. Cfr. Beccalli, 1999 y Pizzorusso y Rossi, 1999.

correcta defensa de los intereses de esos grupos. Para esta autora, el hecho de que se asegure un porcentaje de representación femenina no oculta que las mujeres que lleguen a ocupar esos asientos pueden ser todas de una misma clase social o tener prejuicios respecto a una serie importante de temas: las diferencias de raza o de clase social atraviesan las diferencias de género. De acuerdo con Young hay dos datos que aseguran el mejor funcionamiento de la representación política: el primero es el momento de designar a los representantes, en el cual deben poder participar todos los interesados; el segundo lo constituye la posibilidad de llamar a cuentas (*accountability*) a los representantes, de forma que tengan que responder frente a los electores por el desempeño que han tenido en el puesto para el que fueron elegidos.

Este argumento es interesante en la medida en que contribuye, creo, a reforzar el análisis de Kymlicka recordado por Anne Phillips: la representación de grupo o de género puede ser un umbral mínimo que permita que los intereses de las minorías sean oídos o tomados en cuenta al momento de decidir sobre las cuestiones relevantes para una comunidad. Pero es probable que dentro de grupos muy grandes, como es el caso de las mujeres, se incluya una variedad tan grande de intereses que los vuelva difícilmente identificables y más difícilmente representables. Sin embargo, este argumento, se encarga de precisar Young, no debe servir para desautorizar la representación diferenciada en razón de grupo, sino para advertir las limitaciones que en general tiene cualquier tipo de representación (Young, 1997; Young, 2000).

5. La justicia constitucional frente a la discriminación

Si, como hemos visto, el argumento de la razonabilidad —creado a partir de la aplicación del principio de igualdad— puede ser un instrumento importante de discrecionalidad en manos de los tribunales constitucionales, conviene entonces detenerse en el papel que desempeñan dichos órganos en la reparación de las situaciones en las que se considera que ha operado la discriminación normativa.

Se trata de una cuestión relevante en la medida en que vuelve sobre una argumentación recurrente en cierto sector de la doctrina, que parece encaminarse hacia posturas restrictivas de los poderes de los jueces constitucionales, así como de los alcances de sus actuaciones, y que, en nombre de una mala interpretación del principio democrático de mayoría, pretende ganar parcelas de inmunidad o intangibilidad de la política frente al derecho¹⁵.

Aparte de lo anterior, también es cierto que el uso del principio de igualdad y las

15 Gustavo Zagrebelsky advierte que "El tema de la 'legitimidad' de la justicia constitucional en el contexto de un Estado democrático —un tema que incluso podría considerarse obsoleto— ha vuelto a cobrar actualidad. Aprecio en ello una tendencia a la desvalorización de la dimensión jurídica de la vida colectiva y una aspiración totalizadora de la dimensión política. Esto va acompañado con las tendencias demagógicas y plebiscitarias de las democracias actuales" (en Gascón, 1999, pp. 32-33).

reparaciones de la discriminación suponen diversos problemas técnicos en la forma de dictar sentencias y de fijar sus consecuencias.

Riccardo Guastini (2000, pp. 241-242) explica el problema en los siguientes términos:

“...el principio de igualdad, especialmente si se interpreta como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: casi podría llamarse una máquina de producir lagunas.

Cuando el legislador trata de modo diverso casos que parecen iguales al intérprete (es decir, cuando el legislador distingue sin razón), entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata de modo igual casos que al intérprete le parecen diversos (es decir, cuando el legislador no distingue ahí donde debería), entonces el intérprete dirá que falta una norma diferenciadora”.

En ambos casos, de acuerdo con el autor, el intérprete —al declarar la invalidez de la norma en cuestión—, estaría creando una laguna, ya que reconocería la falta de una norma igualadora (en el primer caso) o de una norma diferenciadora (en el segundo).

En realidad tal parece que la laguna se crearía solamente en el segundo supuesto, no en el primero. Supongamos que una ley de la seguridad social determina que para poder gozar de la jubilación anticipada se deben reunir los requisitos A, B y C; pero que en el caso de las mujeres bastará con que se cumpla con B y C. Constatada la ilegitimidad de la medida discriminatoria (suponiendo, solamente para efectos de ilustrar el ejemplo, que la medida realmente sea irrazonable), la consecuencia de la sentencia que dicte la jurisdicción constitucional será extender el supuesto de hecho a la clase de sujetos discriminados. El tribunal constitucional declarará ilegítima la medida solamente por lo que hace a la discriminación, anulando la distinción realizada de forma contraria a la Constitución y permitiendo el goce del derecho o prerrogativa en igualdad de circunstancias. Con esa decisión no estará creando una laguna, sino simplemente extendiendo el ámbito personal de aplicación de una norma.

Ahora bien, en este caso existe una dificultad de hecho (política, se podría decir) de la que cabe dar cuenta. Las sentencias de este tipo —aditivas, se les suele llamar—, en las que se extiende alguna regulación legislativa a más sujetos de los que había previsto el legislador, pueden comportar en algunos casos el redireccionamiento de una buena cantidad de recursos públicos. Recursos que con seguridad no fueron previstos en la correspondiente ley de presupuesto aprobada por el mismo poder legislativo.

Para evitar estos problemas se han teorizado algunas posibles soluciones. Por ejemplo a través de las llamadas “sentencias intermedias” (González Beilfuss, 2000, p. 177). En tales sentencias la jurisdicción constitucional se limita a constatar la discriminación, pero le deja al legislador la elección de la forma en que se tiene que

suprimir. Puede suceder también que el tribunal constitucional otorgue un espacio de tiempo al legislador antes de que se aplique su sentencia.

Lo importante en este punto es poner de manifiesto que existen dificultades tanto técnicas como políticas al momento de llevar a cabo la reparación de las discriminaciones normativas y que, por lo menos en aquellos países que tengan una jurisdicción constitucional actuante, que haya desarrollado algún tipo de línea jurisprudencial sobre el principio de igualdad, es necesario ir pensando en aquellos mecanismos que produzcan los menores trastornos posibles para el buen funcionamiento de todas las instituciones públicas.

Bibliografía

ALEMANY, Macario (1999), "Las estrategias de la igualdad", *Isonomía*, número 11, México.

ALEXY, Robert (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.

BOVERO, Michelangelo (2000), Contro il governo dei peggiori. *Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari.

COMANDUCCI, Paolo (1992), "Uguaglianza: una proposta neo-illuminista", *Analisi e diritto 1992*, a cargo de Paolo Comanducci y Riccardo Guastini, Turín, Giappichelli.

DWORKIN, Ronald (1993), "Eguaglianza", *Enciclopedia delle Scienze Sociali, volumen III*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.

FERRAJOLI, Luigi (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta.

GASCÓN, Marina (1999), "El derecho constitucional del pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelsky", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, número 11, Murcia; Giorgis, Andrea (1999), *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene.

GUASTINI, Riccardo (2000), "La Constitución como límite a la legislación" en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, UNAM-Porrúa.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1983), "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 9, Madrid.

PHILLIPS, Anne (1999), "Democrazia e rappresentanza. Ovvero, perché il sesso dei nostri rappresentanti dovrebbe avere importanza?" en Becalli, Bianca (editora), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli.

- PRIETO, Luis (1997), *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara;
- PRIETO, Luis (2000), “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo -compiladores-, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, IIJ-UNAM (hay una segunda edición, ampliada, de 2001).
- ROSENFELD, Michael (1994), *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy. Theoretical perspectives*, Durham, Londres, Duke University Press.
- ROSENFELD, Michael (1996), “Towards a reconstruction of constitutional equality” en Sajó, Andras (editor), *Western rights? Post-communist application*, La Haya, Londres, Boston, Kluwer Law International.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2000), “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, número 121, Morelia.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1993), “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción” en su libro *La forma del poder*, Madrid, CEC.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1999), “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, número 94, Madrid, julio-agosto.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (1999), “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Claves de razón práctica*, número 94, Madrid, julio-agosto.
- SEN, Amartya K. (1999), *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza.
- TULLY, James (1995), *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- YOUNG, IRIS Marion (2000), *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Madrid, Ediciones Cátedra.
- WESTEN, Peter (1990), *Speaking of equality. A analysis of the rhetorical force of ‘equality’ in moral and legal discourse*, Princeton University Press, Princeton.