

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO
ENTRE PARTICULARES -
y -
LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TEXTO
DE LA *CONSTITUCIÓN* MEXICANA -



Colección Estudios, núm. 3
El derecho a no ser discriminado entre particulares
La no discriminación en el texto de la Constitución
mexicana

© 2006 Consejo Nacional para Prevenir
la Discriminación

Dante 14, col. Anzures,
del. Miguel Hidalgo,
11590, México, DF

ISBN 970-9833-42-1

Se permite la reproducción total o parcial
del material incluido en esta obra, con la
autorización escrita de la institución.

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Índice

7

Presentación

GILBERTO RINCÓN GALLARDO

9

El derecho a no ser discriminado entre particulares

11

Introducción

12

Los derechos fundamentales
como derechos de libertad

21

El debate en México y la confusión
entre derechos y garantías

25

La supremacía constitucional
y los efectos horizontales de los derechos -

29

El principio de no discriminación
y su aplicación frente a particulares:
cuestiones generales

35

Discriminación y grupos vulnerables

39

La eficacia horizontal de la
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación:
cuestiones sustantivas y procedimentales -

47

La perspectiva jurisprudencial
de los efectos horizontales en México -

55

Una nota de derecho comparado

61

Conclusión

63

Bibliografía

67

**La no discriminación en el texto
de la *Constitución* mexicana**

69

Introducción

71

El mandato de igualdad

73

¿Qué diferencias son relevantes?

75

Igualdad en derechos fundamentales

77

El principio de no discriminación

87

La discriminación indirecta

89

Igualdad sustancial

95

La discriminación en materia de propiedad

99

El artículo 32 constitucional
y la discriminación por origen nacional -

103

El artículo 33 constitucional
y la expulsión de extranjeros

109

La discriminación en el juicio de amparo

111

La elevación a rango constitucional de los tratados
internacionales de derechos humanos

115

Constitucionalización del combate
a la discriminación como política de Estado -

117

Conclusiones y propuestas

121 -

Bibliografía básica

Presentación -

“Los hombres –dice Sartre en *Las palabras*– tienen que establecer reglas para no acabar matándose unos a otros”. Es lo que hemos tratado de lograr a lo largo de la civilización, sin conseguir la meta. Nuestra cultura –no más griega que judía ni más romana que medio-oriental– ha producido normas *ad nauseam*, al grado en que ahora, sin saber el peligro que conlleva desecharnos, las ignoramos.

Inspirada en el Código de Hamurabi, la legislación hebrea que aparece en el *Éxodo* –segundo de los libros del *Pentateuco* bíblico– remite a los orígenes de un saber que aún no puede encontrar la anagnórisis entre Estado e individuo. Ahí se lee, sin embargo (xxi, 24-25), que el autor de una ofensa pagará “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, cardenal por cardenal”.

La llamada *Ley del talión* representó en su momento un incalculable avance en la materia, pues pretendía restablecer la justicia dañada, por un lado, resarciendo a la víctima con un trato al ofensor *igual*, literalmente, al que éste le había aplicado; por otro, mucho más importante, se trataba de un verdadero *código* (*Éxodo*, xxi-xxii) que establecía penas conforme al delito cometido y no en razón de su autor: los que estaban obligados a hacer justicia eran los gobernantes y, por cierto, no a su arbitrio, sino bajo una severa relación abstracta que correlacionaba posibles actos ilícitos con su castigo correspondiente. Dicho de otra forma: los individuos afectados no tenían la potestad de cobrar venganza por sí propios, a riesgo de incurrir ellos mismos en falta; las autoridades debían dispensar a los culpables el castigo proporcional a su actuar; éste no dependía de su espontáneo juicio, sino de un *manual* en el que se determinaba la sanción relativa al caso.

Me importa señalar a propósito de lo anterior –allende el liberalismo, el iusnaturalismo, la modernidad, el neoliberalismo, la posmodernidad...– que aun en la lejana redacción del *Éxodo* se implican las ideas de igualdad –trato igual ante la ley– y de justicia. Desde luego aquella sociedad prohijó juicios que ahora nos parecen inaceptables por su intolerancia: “El que ofrezca sacrificios a los dioses, fuera de Yavé, será exterminado” (*Ex*, xxii-19); pero también joyas de inclusión –“no maltrates al extranjero ni le oprimas, pues extranjeros fuisteis vosotros en la tierra de Egipto” (*Ex*, xxii-20)–, basadas, nuevamente, en la idea de igualdad.

Alrededor de 3,300 años después seguimos creyendo, no sin sólidas razones, que las leyes son la *via regia* para organizarnos como sociedad; que el mero hecho de que establezcamos en un documento un acuerdo social con fuerza judicial para sostenerse representa un soporte a

nuestra idea de ser mejores. También, ya lo sé, es válida la figura contraria; más en un país que desde hace un siglo ha hecho de sus leyes argumento de intereses dudables, cuando no francamente corrompidos.

Curiosa y desafortunada disyuntiva, que acaso no se pueda resolver ni por la historia, ni por la sociología, ni por la filosofía; menos aún por la política *ab uso nostrum*. La respuesta –afirma Bob Dylan– *flota en el viento*. Y tiene razón, porque está adelante. En el trabajo de hacer leyes mejor pensadas, por un lado, y en el otro, mucho más arduo, de convencer a la gente con argumentos prácticos de que puede confiar en ellas, respetarlas y re-crearlas. Las olas tienen que encontrarse antes de hacer un mar en calma.

Los dos excelentes ensayos que contiene este libro apuestan por la ley, pero no como tradición o base de dictámenes sino, sobre todo, como *posibilidad*. Arraigado con erudición en un saber constituido, Miguel Carbonell logra en ambas obras poner en cuestión *lo hecho* a favor de lo que *se puede hacer*. Eso siempre ha tenido un nombre: se llama *pensar*.

Me honra la oportunidad de presentar, a nombre del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), el pensamiento jurídico que pregunta –contra cierta tradición o a pesar de ella– sobre la responsabilidad legal de los particulares en el fenómeno discriminatorio y sobre la pertinencia de los textos relativos a este fenómeno enclavados en la *Constitución*. Se trata de dos pequeñas obras que, no obstante, cubren una amplia laguna en nuestra nación sobre el tema y que incluso internacionalmente son significativas. Una de las muchas virtudes de estos textos consiste en que, a pesar de su alto grado de especialización, le hablan con fluidez al público en general.

Con más aciertos de esta índole nuestro largo trayecto hacia *una nueva cultura de la igualdad* será más rápido.

GILBERTO RINCÓN GALLARDO

El derecho a no ser discriminado entre particulares

No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente. Por debajo de la “no-libertad” como sujeción al poder del príncipe, hay una “no-libertad” más profunda... y más difícilmente extirpable: la “no-libertad” como sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad de masas inevitablemente genera en su seno.

Norberto Bobbio

Introducción -

PARA COMPRENDER EL TEMA DE LA APLICACIÓN del principio de no discriminación a las relaciones entre particulares hay que hacer referencia a diversos aspectos concernientes a la teoría general de los derechos fundamentales. Uno de ellos se refiere a los sujetos de éstos; por un lado, se trataría de saber si establecen relaciones jurídicas solamente entre las autoridades (en sentido amplio) y los particulares, o bien si se admite que regulan también las relaciones jurídicas que se dan entre particulares (a esto se le suele llamar “eficacia horizontal” de los derechos).¹

La segunda cuestión de teoría general de los derechos fundamentales, cuyo desarrollo depende de la respuesta que se pueda dar a la anterior, se refiere a los efectos de un posible reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales; en este caso habría que dilucidar qué obligaciones en concreto (y con qué límites, alcances o contenidos) tienen los particulares de acuerdo con lo que disponen las normas jurídicas que establecen tales derechos.

A partir de este par de cuestiones de orden general se pueden abordar algunas otras relativas al objeto de nuestro estudio, que es el derecho a la no discriminación. Un asunto adicional que debe ser tomado en cuenta está asociado con los sistemas procedimentales que se requieren para la protección de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, al tema de los medios de protección frente a violaciones realizadas por particulares.

El presente ensayo hará referencia a los aspectos que se acaban de mencionar y apoyará ocasionalmente su exposición en las evidencias que nos suministra el derecho comparado. Esto es importante, ya que en México todavía existe un desarrollo teórico y normativo muy precario, tanto de la comprensión del derecho a no ser discriminado como de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En otros países, sin embargo, las discusiones al respecto se encuentran mucho más desarrolladas. Es necesario reconocer, dado lo anterior, que puede ser útil tener noticia de lo que se ha realizado en diversas naciones sobre nuestro objeto de estudio.

¹ También se le suele conocer con la locución germánica *drittwirkung der grundrechte*, que puede ser traducida precisamente como “eficacia horizontal de los derechos fundamentales”.

Los derechos fundamentales como derechos de libertad

TRADICIONALMENTE, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer solamente a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico en el que surge la idea de los derechos y de su posterior desarrollo doctrinal. Por lo que hace a las circunstancias históricas, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el *Estado absolutista*, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer en ese entonces, a finales del siglo XVIII, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.

Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares. En este contexto, resulta comprensible que las primeras declaraciones de derechos hicieran un énfasis muy significativo en los derechos de libertad, entendidos como esferas de los particulares inmunes frente a todo tipo de actuación estatal.²

Este esquema tradicional es explicado y desarrollado por la que se conoce como *teoría liberal* de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera intraspasable por los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia.

Desde tal perspectiva, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurado un ámbito propio en el que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un espacio vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera preexistente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que pueden y lo que no pueden hacer.

La teoría liberal tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas preexistentes al Estado y oponibles al mismo. Como señala Carlos Bernal, en la óptica de la teoría liberal los derechos fundamentales

² - Véase Miguel Carbonell, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2005.

[...] aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados –de su cuerpo, de su imagen, de su honor– y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de derechos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las ingerencias extrañas en los campos privados del individuo.³

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad en tanto derechos oponibles frente al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente a éste y que lo pueden defender ante intromisiones de los poderes públicos.

Ernest W. Böckenförde señala como consecuencias de esta teoría para la interpretación de los derechos las siguientes: a) la libertad que garantizan los derechos es una libertad *sin más*, puesto que no tiene ningún objetivo o finalidad (no busca fomentar el proceso político-democrático, realizar algún valor o integrar a la comunidad política); b) existe una fuerte limitación frente a las posibles intervenciones del legislador en el ámbito de los derechos: la regulación de los mismos debe ser mesurada, calculable y siempre sujeta a control; y c) el Estado no tiene ninguna obligación de carácter positivo para asegurar el ejercicio de la libertad; los derechos se presentan como derechos de defensa frente a invasiones o reglamentaciones excesivas.⁴

Uno de los defectos de esta teoría es, según Böckenförde, su ceguera frente a los presupuestos sociales que existen para permitir o impedir la realización de la libertad. Así por ejemplo, no es capaz de explicar la forma en que los derechos fundamentales deben ser protegidos también frente al poder social; es decir, al ubicar a los poderes públicos como la única amenaza para los derechos, la teoría liberal olvida que también desde otros ámbitos de la sociedad puede provenir esa amenaza.

No obstante, ha tenido una profunda influencia en los textos académicos mexicanos y en la jurisprudencia de los tribunales nacionales. En parte lo anterior se debe al absolutismo con que los poderes públicos se han conducido en sus relaciones con los particulares, lo que hacía necesario insistir en el carácter reaccional o defensivo de los derechos; por otro lado, la teoría liberal concuerda con el marcado iusnaturalismo que han sostenido en México, a veces sin saberlo siquiera, varias generaciones de juristas, que han preferido hacer metafísica antes que tomarse en serio los textos constitucionales y sacar de ellos las consecuencias normativas conducentes.

³ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 254.

⁴ Ernest W. Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 48-52.

Dos de los principales exponentes del pensamiento liberal son Carl Schmitt y John Rawls.⁵ La teoría de Schmitt sobre los derechos puede resumirse en tres puntos básicos:⁶ a) los derechos fundamentales son derechos de defensa del individuo frente al Estado, o sea, se constituyen como ámbitos en los que éste no tiene competencia y en los que, consecuentemente, no puede entrar; b) el número de derechos que pueden ser considerados como fundamentales es muy bajo, ya que solamente se reconocen como tales aquellos cuyo contenido no depende de la legislación; y c) los derechos están garantizados, frente al legislador, de forma absoluta, lo que significa que el legislador no puede disponer de ellos, toda restricción debe ser del todo excepcional y en cualquier caso medida, limitada y sujeta a control.

En palabras de su autor, la teoría de Schmitt sostiene que

Para tener un concepto utilizable por la ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que protege el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía medible en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la libertad, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa [...] Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado [...] esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho ‘natural’ entra en juego frente al Estado y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. Derechos dados al arbitrio de un príncipe absoluto o de una mayoría parlamentaria simple o calificada no pueden honestamente designarse como derechos fundamentales. Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y ‘declaración’ estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, medible y controlable.⁷

A la postura de Schmitt, y seguramente también al conjunto de la teoría liberal, se le pueden hacer varias objeciones.⁸ En primer lugar, cabe señalar el hecho de que incluso los derechos de libertad como *derechos-defensa* requieren en ocasiones de la intervención estatal para poder hacerse realidad, lo cual no vendría reconocido bajo la óptica de la “distribución de competencias” entre el Estado y el individuo; si aceptamos que el Estado no tiene competencia sobre los derechos fundamentales, desconocemos la dimensión prestacional de los derechos que le exige al Estado llevar a cabo actuaciones de carácter positivo para protegerlos.

⁵ - Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 259 y siguientes. De Carl Schmitt debe verse su *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y siguientes. De John Rawls es muy interesante acudir al ensayo “Las libertades básicas y su prioridad”, incluido en su libro *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 270 y siguientes.

⁶ Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, p. 264.

⁷ Carl Schmitt, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

⁸ Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 264-269.

Así sucede, por ejemplo, con la libertad de asociación, que tendrá sentido si el Estado crea y mantiene abierto un registro público para que las asociaciones puedan cobrar vida jurídica y se sepa cuáles son sus fines y quiénes las integran; también la libertad de tránsito exige la actuación del Estado a través de su protección frente a terceros, para efecto de que no podamos ser detenidos por otras personas; la libertad de expresión supone que el Estado va a proteger mi derecho de hablar en una plaza, sin que ni los poderes públicos ni otros particulares puedan impedir mi ejercicio. Y así por el estilo. Es decir, los derechos de libertad, si aspiramos a que sean algo más que meras declaraciones retóricas que habitan los textos constitucionales sin arrojar mayores consecuencias, exigen del Estado prestaciones y actuaciones positivas, y no solamente abstenciones. Además, se debe considerar el hecho de que las libertades, si no se acompañan con otros tipos de derechos, quedan en buena medida huecas.

Esto último es, justamente, lo que fundamenta la segunda objeción contra la visión de Schmitt: el catálogo de derechos no puede restringirse de forma tal que sólo quepan las libertades públicas. Si no ponemos junto a las libertades los derechos de participación política y los derechos sociales, no contaremos con los elementos necesarios para hacerlas realidad. Los derechos deben asegurarnos no solamente que seamos libres, sino que esa libertad se inscriba en un *horizonte de sentido* que la haga posible, y para ello requerimos estar instruidos, tener una vivienda, contar con un mínimo de buena salud, tener medios materiales para ejercer alguna libertad, así como estar en capacidad de intervenir en la vida pública de nuestra comunidad a través de los derechos de participación política, que nos permitan elegir a nuestros representantes, fungir como tales o simplemente expresar nuestras preferencias y puntos de vista al crear un partido político. Por tanto, la lista de derechos fundamentales no puede ser tan breve como lo propone Schmitt, sino que junto a las libertades deben ponerse los demás derechos.

Por su parte John Rawls es autor, como se sabe, de la más influyente obra de filosofía política de la segunda mitad del siglo xx: *Teoría de la justicia*, publicada en 1971 y que rápidamente fue traducida a varios idiomas y estudiada en centenares de libros y artículos. Para el tema de los derechos fundamentales, además de ese libro esencial, se deben tomar en cuenta también las obras posteriores de Rawls, que si bien no generaron tanto interés como aquél, nos pueden ser útiles en la medida en que refinan y precisan algunos de sus argumentos.⁹ El pensamiento de Rawls es muy complejo y no se puede explicar en pocas líneas, ya que desde su *Teoría de la justicia* ha ido construyendo un sistema conceptual básico que se ha dedicado a desarrollar en el resto de sus trabajos.

Lo más importante en este momento, para efecto de la teoría liberal de los derechos fundamentales, es señalar que Rawls defiende la idea de que las libertades básicas poseen un carácter prioritario y que, en consecuencia, tienen una situación especial que les concede un

⁹ Aparte del libro *Liberalismo político* que ya se ha citado (*supra*, nota 5), conviene considerar los demás trabajos esenciales de John Rawls, que son: *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001, y *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

peso específico absoluto frente a razones de bien público y frente a valores perfeccionistas; esto significa que tales libertades están fuera de la lógica de la política y del mercado, ya que son preeminentes con respecto a otras razones que pudieran existir como expectativas sociales. Rawls ilustra este punto con las siguientes palabras:

Por ejemplo: las libertades políticas igualitarias no pueden negarse a ciertos grupos sociales con el argumento de que gozar de estas libertades les permitiría bloquear las políticas necesarias para la eficiencia de la economía y el crecimiento económico. Tampoco podría justificarse una ley selectiva y discriminatoria (en tiempo de guerra) con el argumento de que sería la manera socialmente menos desventajosa de formar un ejército.¹⁰

El carácter prioritario de las libertades básicas no significa sin embargo que no puedan estar reguladas; por el contrario, Rawls sostiene que la regulación puede y debe existir, sobre todo para lograr que las libertades puedan convivir de la forma más armónica posible entre ellas. Sin embargo, distingue entre la regulación de las libertades (que es aceptable) y la limitación de las mismas (que no lo es). Según nuestro autor, “debemos distinguir entre su restricción y su regulación. La prioridad de estas libertades no se viola cuando están sólo reguladas, como debe ser, para que se combinen en un esquema y se adapten a ciertas condiciones sociales necesarias para su ejercicio durable [...] Instituir las libertades básicas, así como satisfacer los diversos deseos de los ciudadanos, impone cierta programación y organización social.”¹¹

Pedro de Vega apunta que la teoría clásica de los derechos fundamentales fue planteada “desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito”.¹² El mismo autor agrega, para demostrar la insuficiencia de la teoría jurídica tradicional en este punto, la siguiente afirmación: “la coherente y armónica construcción en la que cimentó su estructura el edificio jurídico liberal fue patéticamente destrozada por la historia”.¹³

Con el paso del tiempo los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha conllevado el abandono de algunas ideas tradicionales. Esta evolución ha permitido, entre otras cuestiones, poner de manifiesto las insuficiencias y limitaciones de la teoría liberal de los derechos, como apunta Pedro de Vega en la frase que se acaba de transcribir. Hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen viniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos los únicos que pue-

¹⁰ John Rawls, *Liberalismo político*, op. cit., p. 274. -

¹¹ *Ibid.*, p. 275. -

¹² Pedro de Vega, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung - der grundrechte*)”, en Miguel Carbonell (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 693-694.

¹³ *Ibid.*, p. 694.

den contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, actualmente el Estado no es visto tanto o tan sólo como un enemigo de los derechos, sino como un aliado de la sociedad en su consecución, siempre que se trate de un Estado democrático, desde luego.

Así por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses, etcétera); en estos ámbitos, el interés general de la sociedad requiere de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado como de la actuación de otros particulares (con frecuencia amparados por la complicidad de las autoridades, como suele suceder en el caso de México).¹⁴

Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano: quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente, ¿las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto sobre el derecho a la igualdad: ¿la discriminación en nuestras sociedades –la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad– se produce solamente por la acción de los órganos públicos o también por los particulares?; cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo en una empresa por estar embarazada, ¿estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares?

Podemos añadir algunos elementos más que acreditan la insuficiencia de la visión liberal tradicional de los derechos fundamentales, elementos que son *contextuales*, por llamarlos de

¹⁴ Sobre este punto Diego Valadés afirma que: “El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas, pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un doble fuego: el del Estado y el de otros particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido”, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México DF, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 8. En palabras de Juan María Bilbao: “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control (basta pensar en la problemática fiscalización de la actividad interna de los partidos políticos o de los sindicatos)”, Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997, p. 243.

alguna manera. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta el creciente poder de las corporaciones en nuestras sociedades. Los grandes consorcios y su absoluto dominio de esferas completas de la actividad económica (en régimen de monopolio o de oligopolio) han pulverizado el mito de la “autonomía de la voluntad”, según el cual las relaciones entre particulares estarían significadas por un acuerdo entre personas situadas en un plano de igualdad que gozan de amplios márgenes de libertad para celebrar acuerdos conforme a sus mejores intereses.¹⁵

Hoy en día es obvio que los particulares difícilmente pueden oponerse a las propuestas contractuales que muchas corporaciones presentan en forma de *contratos de adhesión*; es decir, como acuerdos de voluntad en los que las cláusulas están dictadas por una de las partes y la otra solamente tiene la opción de aceptarlas o quedarse sin un servicio público de interés general. Pensemos en los casos de telefonía, agua potable (en aquellas comunidades en los que este servicio público esté concesionado a empresas particulares, como sucede en varios municipios de México),¹⁶ gas doméstico, etcétera. Por esto es que tiene toda la razón Pedro de Vega cuando afirma que:

Obligados los hombres, por un lado, a desarrollar su existencia en los ámbitos de las corporaciones y los grupos que conforman el tejido social, y constreñidos, por otro lado, a aceptar la disciplina que esas corporaciones les imponen, la relación poder-libertad no podrá ya ser interpretada en los términos en que restrictivamente lo hacía el constitucionalismo clásico. La aparición en el seno de la sociedad corporatista de poderes privados, capaces de imponer su voluntad y su *dominium* con igual o mayor fuerza que los poderes públicos del Estado determina [...] un nuevo y más amplio entendimiento de la dialéctica poder-libertad.¹⁷

El mismo autor concluye, con base en este análisis, que si procedemos con elemental coherencia,

[...] la protección de los derechos fundamentales y la actuación de sus sistemas de garantías, no deberán reducirse a contemplar solamente las hipotéticas violaciones de los mismos proceden-

¹⁵ “Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo [...] se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada”. Véase Juan María Bilbao Ubillos, *op. cit.*, p. 244.

¹⁶ Y peor todavía: cuando un sujeto abusa de una posición dominante para cortar ilegalmente el suministro de agua de una o varias viviendas, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto algún procedimiento de acción de tutela sobre un supuesto de este tipo. Véase Eduardo Cifuentes, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 34.

¹⁷ Pedro de Vega, *op. cit.*, p. 694. En el mismo sentido, Juan María Bilbao afirma que: “La presunción de igualdad entre las partes implicadas en un negocio jurídico privado no puede sostenerse. No son pocos los negocios jurídicos realizados bajo el imperativo de una fuerza desigual. [...] Es un hecho constatable la progresiva multiplicación de los centros de poder en este ámbito (grupos de presión, grandes empresas, confesiones religiosas y otras entidades *cuasi* públicas) y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, disseminado en la sociedad”. Véase Juan María Bilbao Ubillos, *op. cit.*, pp. 241-242.

tes de la acción de los poderes públicos, sino que habrá que tener en cuenta también las posibles lesiones derivadas de la acción de los particulares que, operando desde posiciones de privilegio y configurándose como auténticos poderes privados, emulan en ocasiones con ventaja al propio poder público en su capacidad erosiva y destructora de la libertad.¹⁸

¹⁸ Pedro de Vega, *op. cit.*, p. 697.

El debate en México y la confusión entre derechos y garantías

A NIVEL TEÓRICO SE HA DEFENDIDO DURANTE DÉCADAS por una parte de la doctrina constitucional mexicana la idea de que los derechos fundamentales establecen relaciones jurídicas entre los particulares (sujeto activo, titular del derecho en cuestión) y las autoridades (sujeto pasivo, obligado a respetar el contenido del derecho); así por ejemplo, Ignacio Burgoa afirma que “La relación jurídica de supra a subordinación en que se manifiesta la garantía individual consta de dos sujetos, a saber, el *activo o gobernado* y el *pasivo*, constituido por el *Estado y sus órganos de autoridad*”.¹⁹ De forma congruente con este punto de vista, la *Constitución* en el artículo 103 fracción I y la *Ley de Amparo* en su artículo 1 fracción I disponen que el amparo procede solamente contra “actos de autoridad” que violen las garantías individuales.

En el terreno jurisprudencial se ha considerado, en consonancia con los dos artículos que se acaban de mencionar, que solamente contra actos de autoridad se puede promover el juicio de amparo; la jurisprudencia tradicional sobre el particular es la siguiente: “El término ‘autoridades’, para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”.²⁰

Con este punto de vista jurisprudencial parece cerrarse el círculo: ni teóricamente ni en la práctica tiene sentido plantear que los particulares pudieran violar los derechos fundamentales de otros particulares.²¹

Este es el escenario en el que nuestro análisis debe desenvolverse, si bien es necesario apuntar una cuestión general relevante. Aunque en los párrafos anteriores se ha hecho una breve referencia a la concepción doctrinal o teórica y enseguida se han mencionado los aspec-

¹⁹ Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 32ª edición, México DF, Porrúa, 2002, p. 168. -

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, tomo IV, p. 1067. Este criterio ha sido parcialmente modificado, aunque sin consecuencias para el tema que nos ocupa, por la tesis “Autoridad para efectos de juicio de amparo. Lo son aquellos funcionarios de organismos públicos que con fundamento en la ley emiten actos unilaterales por los que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas que afectan la esfera legal del gobernado”, tesis xxvii/97 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo texto completo puede verse en Arturo Zaldívar, *Hacia una nueva ley de amparo*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 71-72.

²¹ La crítica a las insuficiencias y lagunas de los conceptos de autoridad y de acto de autoridad para efectos de amparo puede verse en Arturo Zaldívar, *op. cit.*, pp. 65 y siguientes.

tos normativos y jurisprudenciales que impiden plantear un juicio de amparo contra violaciones de los derechos cometidas por particulares, en realidad es preciso no perder de vista que ambas cuestiones son distintas y no deben en ningún momento confundirse. Para decirlo de otra manera: por una parte hay que analizar nuestra concepción (sustantiva) de los derechos fundamentales y determinar si se pueden aplicar o no a las relaciones entre particulares; y por otro lado hay que discutir —si se acepta que los particulares también pueden violar derechos fundamentales— los mecanismos (procesales) necesarios para evitar o reparar esas violaciones.

Si no mantenemos estas dos cuestiones separadas (conceptual y normativamente) estaremos incurriendo en el error tan criticado por Luigi Ferrajoli de confundir los derechos y las garantías. Como ha demostrado en muchos de sus trabajos Héctor Fix Zamudio, el concepto de garantía no es equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales.²² Luigi Ferrajoli señala que “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.²³

Ha sido precisamente este autor quien con mayor agudeza ha explorado los alcances del concepto de “garantía”, partiendo de la mencionada idea de que no es lo mismo que un derecho fundamental. Para Ferrajoli las garantías, en una primera acepción, son las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; estas últimas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las primeras generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Ambos tipos pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustanciales”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; las secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto también las garantías primarias.²⁴

La confusión entre los derechos fundamentales y las garantías individuales ha alcanzado también a la jurisprudencia, como puede verse en la siguiente tesis, bien expresiva de la falta de coherencia terminológica con la que se suele abordar la cuestión:

²² Héctor Fix Zamudio, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del *derecho procesal* constitucional”, en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, tomo 1, cuarta edición, México DF, Porrúa, 2003, pp. 273 y 283, entre otras.

²³ Luigi Ferrajoli, “Garantías”, *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, julio de 2002, p. 39.

²⁴ *Ibid.*, p. 40.

Garantías individuales. No son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional para salvaguardar éstos. Las garantías individuales que se encuentran consagradas en los artículos 14 y 16 constitucionales, como lo son la del debido proceso y la de fundamentación y motivación en todo acto de autoridad, como su nombre lo indica, garantizan la aplicación de la ley en cuanto a los procedimientos seguidos ante tribunales, con el objeto de proteger la integridad física, la libertad y los bienes, siendo éstos, los derechos fundamentales del gobernado, entre otros; es decir, las garantías individuales, no son derechos sustantivos, sino que constituyen el instrumento constitucional establecido por la propia norma fundamental del país, para salvaguardar tales derechos.²⁵

Para nuestro objeto de estudio confundir la parte sustantiva con la procesal puede tener nefastas consecuencias, ya que con facilidad propicia un razonamiento del siguiente tipo: toda vez que no hay una vía de protección procesal que permita prevenir o reparar las violaciones de los derechos fundamentales realizadas por los particulares, entonces es obvio que tales derechos no pueden hacerse valer más que frente a un acto de autoridad. Con ello se estaría descalificando –a través de argumentos procedimentales– la posibilidad –sustantiva– de comprender el sentido normativo de un derecho fundamental y su proyección a las relaciones jurídicas entre particulares.

En síntesis, lo correcto es separar con la mayor claridad posible las cuestiones procesales de las sustantivas. La lógica parece indicar la pertinencia de abordar en primer término estas últimas. A partir de las conclusiones a las que se puedan llegar estaremos en posibilidad de criticar, y en su caso mejorar, el esquema de garantías que sea necesario y congruente con tales conclusiones.

Javier Mijangos dice de otra forma y mejor lo que se acaba de apuntar. Para él hay en la temática que estamos estudiando tres problemas que requieren de un análisis por separado; son el de la *construcción*, el de la *protección* y el de la *colisión*. El primero de ellos, que se puede identificar con lo que hemos llamado “discusión sustantiva”, se refiere a la forma en la que influyen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; para resolverlo hace falta acudir a elementos como la normatividad de la *Constitución*, las distintas funciones de los derechos fundamentales, etcétera.²⁶ El segundo problema, referido a la protección, tiene que ver con la procedencia de una garantía judicial frente a las violaciones de derechos realizadas por particulares; se trata, afirma Mijangos, de un asunto procesal.²⁷ El problema de la colisión, que en el presente trabajo será simplemente apuntado pero no desarrollado, se refiere –dice este autor– al análisis de los supuestos en que diversos derechos fundamentales pueden verse enfrentados con otros derechos o con bienes protegidos constitucionalmente.²⁸

²⁵ Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo IV, octubre de 1996, Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis I. 6º.C.28 K, p. 547.

²⁶ Javier Mijangos y González, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México DF, Porrúa, 2004, p. XIV.

²⁷ *Ibid.*, p. XV.

²⁸ *Ibidem*.

A modo de conclusión de este apartado podemos señalar que, frente a la visión tradicional de los poderes públicos como únicos sujetos pasivos posibles dentro de la relación jurídica derivada de los derechos fundamentales, hoy surge un punto de vista alternativo que nos llama la atención sobre los *poderes salvajes* que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados.²⁹

A partir de esta nueva realidad (que quizá no es nueva, pero de la que la teoría constitucional se ha dado cuenta recientemente) se ha desarrollado una concepción distinta de los derechos fundamentales, desde la que se puede hablar de los *efectos horizontales* de los derechos fundamentales o de su *eficacia entre particulares*.

Se trata de una cuestión bastante compleja que ha sido objeto de un número creciente de estudios y monografías importantes,³⁰ pero que todavía representa una cuestión nueva y poco explorada del derecho constitucional, sobre todo en México.³¹

²⁹ En este sentido, además de la bibliografía que ya se ha citado, véase Luigi Ferrajoli, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, segunda edición, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 99 y siguientes.

³⁰ Las dos obras más importantes en la materia que se han publicado en español son las de Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., y Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000. También puede ser interesante consultar los ensayos de Konrad Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, e Ingo Von Münch, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en Pablo Salvador Coderch (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, además del resto de obras citadas en el presente trabajo.

³¹ Esto se debe, en general, a que la problemática de los derechos fundamentales frente a particulares nos exige, como lo ha señalado Pedro de Vega, “un cambio radical en el entendimiento de la problemática constitucional”, op. cit., p. 697.

La supremacía constitucional y los efectos horizontales de los derechos

PARA ABORDAR LA PRIMERA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS, es decir, la que se refiere a la parte sustantiva, habría que comenzar afirmando una obviedad: la *Constitución* es la norma suprema del ordenamiento jurídico nacional y, en esa virtud, se impone a cualquier otra norma o determinación que exista o pueda existir en el mismo. La supremacía constitucional —sobre cuyo concepto no es posible ni deseable detenernos ahora— está explícitamente recogida en el artículo 133 de nuestra carta magna.

El segundo paso en nuestro razonamiento es el siguiente: ninguna norma, acto o acuerdo puede restringir o suspender un derecho fundamental establecido constitucionalmente, de acuerdo con lo que de forma contundente señala el artículo 1, párrafo primero, del propio documento.

Por otro lado, los sujetos titulares de los derechos fundamentales son, en términos generales y salvo las propias excepciones señaladas clara y expresamente en la *Constitución*, todas las personas que habitan dentro del territorio mexicano. De la misma forma, las obligadas por lo menos a desarrollar una conducta de respeto a los derechos son todas las personas, no solamente las autoridades. Llegar a una conclusión contraria sería tanto como subordinar la supremacía constitucional a los deseos o actos de los particulares.

Ahora bien, se ha dicho que la obligación primaria e ineludible, de carácter universal, es la de *respetar* los derechos fundamentales. Esto es importante, ya que sería quizá un poco complicado —al menos en una aproximación de carácter general como la que se está haciendo— afirmar que los particulares están obligados también a desarrollar conductas positivas para satisfacer los derechos. No dudo que haya casos puntuales en que así sea (dependiendo del derecho en cuestión), pero en términos generales podríamos convenir en que los particulares cumplen con la *Constitución* cuando se abstienen de violar sus preceptos, sin que sea necesario además que realicen conductas positivas para su cumplimiento (repito: puede haber excepciones puntuales a esta afirmación). Dicho en otras palabras, los particulares están obligados a respetar la libertad de tránsito, la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación, la igualdad entre el hombre y la mujer, los derechos laborales y sindicales, la inviolabilidad de la comunicaciones privadas, la libertad religiosa, etcétera, pero no están obligados a construir escuelas u hospitales para satisfacer los derechos fundamentales a la educación o a la salud.³²

³² Sobre los distintos tipos de obligaciones que generan los derechos de libertad y los derechos sociales, véase Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2005, pp. 786 y siguientes.

Por el contrario, las autoridades no solamente están comprometidas a respetar los derechos, sino que adicionalmente deben llevar a cabo todas las medidas que estén a su alcance para que éstos sean realizados en la práctica. Eso supone que tienen obligaciones de distinto signo frente a los derechos: de abstención en algunos casos y de actuación en otros.³³

A partir de lo que se acaba de decir, podemos afirmar –como lo hace el Tribunal Constitucional español– que los particulares y las autoridades están obligados de distinta forma por las disposiciones constitucionales, ya que la supremacía constitucional “se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la *Constitución* [...] los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la *Constitución*” (sentencia 101/1983).

Tomemos algunos ejemplos de nuestro texto constitucional para comprender de qué manera los particulares están obligados por sus mandatos³⁴ (deliberadamente no haremos referencia al derecho a la no discriminación, debido a que será objeto de análisis en un apartado posterior).

El párrafo segundo del artículo 1 de nuestra carta magna se refiere a la prohibición de la esclavitud. ¿Podríamos decir que ese precepto solamente puede ser violado por las autoridades? Parece obvio que no.

El artículo 3 contempla diversos aspectos del derecho a la educación, entre los que se encuentra el señalamiento de que los niveles preescolar, primaria y secundaria son obligatorios. ¿No se configura una violación de ese mandato cuando una escuela particular expulsa a un

³³ Gerardo Pisarello explica este punto con las siguientes palabras: “Todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas.

”El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no sólo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no sólo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas.

”Del mismo modo, el derecho a la salud no sólo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no sólo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no sólo supone [...] la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios”. Véase Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, pp. 29-30.

³⁴ Un ejercicio parecido, en referencia al ordenamiento constitucional español, puede verse en Juan María Bilbao Ubillos, *op. cit.*, pp. 356 y siguientes.

alumno indebidamente (por ejemplo, utilizando alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 párrafo tercero constitucional o si no le da derecho de audiencia al propio alumno o a sus representantes legales)?

¿Cabría considerar como violación de un derecho fundamental el que una escuela particular no respete el mandato de la fracción I del mismo artículo 3, que señala que la educación básica obligatoria será laica? ¿Tiene sentido sostener que dicha norma obliga solamente a las autoridades?

El artículo 2, apartado A, fracción II de la *Constitución* se refiere a los derechos de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas; concretamente esa fracción contempla el derecho de tales comunidades a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, pero señala que en tal aplicación deberán respetarse —entre otras cuestiones— la dignidad e integridad de la mujer. De nuevo podemos preguntarnos: ¿esa norma puede o no ser violada por los particulares?

Lo mismo es pertinente inquirir acerca del derecho a la procreación del artículo 4, párrafo segundo. La libertad de toda persona de tener el número de hijos con el espaciamiento que considere, ¿obliga solamente a las autoridades?

De igual manera, el derecho al medio ambiente o los derechos de los menores de edad (artículo 4, párrafos cuarto y sexto a octavo, respectivamente), suponen mandatos que deben respetar los particulares. Podemos convenir en que éstos no se hallan —en términos generales— obligados a plantar árboles para reforestar un jardín público, pero al menos tienen el deber de abstenerse de empeorar la situación medio-ambiental cortándolos.

Otro ejemplo claro en el mismo sentido se produce en materia laboral. Tanto los mandatos del artículo 5 como los del artículo 123 deben hacerse valer, si queremos que cobren plenitud de sentido, frente a particulares.

Podemos ubicar en una situación análoga —si bien en cada caso habría que aportar ciertos matices, cuando sean necesarios— a la libertad de expresión, la libertad de imprenta, el derecho de réplica o rectificación (que, de hecho, casi solamente se puede hacer valer frente a particulares, en tanto que tienen tal calidad los medios de comunicación), el derecho a la intimidad, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, la libertad de asociación, la libertad de tránsito, la libertad religiosa, las libertades en materia económica, el derecho a la información, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones privadas, el derecho de propiedad, el derecho a la vivienda, el derecho al agua, etcétera.

En sentido contrario, es obvio que hay diversos derechos fundamentales que en nada obligan a los particulares, sino que están dirigidos única y exclusivamente a las autoridades. Tal es el caso, por mencionar un ejemplo evidente y hasta cierto punto absurdo, de la prohibición de retroactividad de las leyes, establecida en el párrafo primero del artículo 14 constitucional; en virtud de que solamente las autoridades pueden emitir leyes (artículos 70, 71 y 72, para el caso del Congreso de la Unión), los particulares no tienen forma ni de cumplir ni de violar tal precepto.

Lo mismo puede decirse en relación con el derecho de petición, respecto del que el artículo 8 de la *Constitución* señala que puede hacerse valer solamente frente a las autoridades.³⁵

En sentido parecido pueden citarse todos aquellos derechos fundamentales referidos al funcionamiento de algún órgano público. Por ejemplo, por lo que hace a las detenciones (artículo 16), a los actos de molestia y privativos (artículos 14 y 16), al principio de legalidad en materia penal, al derecho de ser presumido inocente hasta que se demuestre lo contrario, al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 17), las características de la pena privativa de la libertad (artículo 18), la prohibición de las multas excesivas o de las penas infamantes e inusitadas (artículo 22), y así por el estilo.

De lo que se ha expuesto en el presente apartado cabe sacar dos conclusiones: a) será la *Constitución* la que a través del contenido semántico de sus preceptos nos permita sostener que un derecho fundamental se aplica o no a los particulares y, en caso afirmativo, de qué manera puede darse esta aplicación; y b) hay derechos que claramente se aplican a las relaciones entre particulares (de hecho, hay algunos que se aplican a tales relaciones de forma casi exclusiva) y otros que no les resultan en modo alguno aplicables. Las dos conclusiones cobran sentido siempre que se parta de una idea difícilmente discutible: la *Constitución* es la norma suprema del ordenamiento jurídico y, en esa virtud, no puede haber comportamiento o norma alguna que le sea contraria.

A partir de este contexto general podemos entrar al estudio del tema central de este ensayo: la aplicación del principio de no discriminación a los particulares.

³⁵ Hay, sin embargo, un precedente interesante en Colombia, donde se reconoce que este derecho puede hacerse valer también frente a particulares que presten un servicio público; al respecto, véase Alexei Julio Estrada, *op. cit.*, pp. 234-235.

El principio de no discriminación y su aplicación frente a particulares: cuestiones generales

LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINAR ES UN DERECHO FUNDAMENTAL de reciente ingreso en la *Constitución* mexicana.³⁶ Mediante una reforma publicada el 14 de agosto de 2001, se añadió el que hoy es el tercer párrafo del artículo 1, cuyo contenido señala: “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”.

Siguiendo la lógica de la exposición del apartado anterior podemos sostener que del texto de este párrafo se desprende que –como regla general– el principio de no discriminación rige no solamente para las autoridades sino también para los particulares.

Poniendo el principio de no discriminación en relación con otros derechos fundamentales es posible ilustrar la forma en que se puede aplicar a las relaciones entre particulares. En este sentido, por mencionar un ejemplo, los empleadores no podrán distinguir entre sus trabajadores con base en alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1 constitucional; tampoco lo podrán hacer quienes ofrezcan un servicio al público (por ejemplo, negando la entrada a un establecimiento público a una persona por motivos de raza o de sexo)³⁷ o quienes hagan una oferta pública para contratar (por ejemplo, quienes ofrezcan en alquiler una vivienda no podrán negarse a alquilarla a un extranjero o a una persona enferma). Lo anterior significa, entre otras cuestiones, que la prohibición de discriminar supone un límite a la autonomía de la voluntad y a la autonomía de las partes para contratar.

Para decirlo con las palabras de Fernando Rey Martínez, que aunque se refieren a la no discriminación por razón de sexo, pueden ser aplicadas a las demás formas de no discriminación,

El derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo: 1) limita la autonomía negocial en cualquier acto jurídico-privado (contratos, testamento, estatutos, etcétera); 2) impone un de-

³⁶ Para un panorama introductorio al tema de la no discriminación puede verse Miguel Carbonell, *Igualdad y Constitución*, México DF, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2004; un tratamiento más detenido en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 161-291.

³⁷ Sobre este punto, véase Juan María Bilbao Ubillos, “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre de 2003.

ber de trato igual por parte de individuos y organizaciones que sean titulares de poder social (empresas, asociaciones, confesiones religiosas, etcétera); y 3) exige el trato igual en las relaciones entre particulares de las entidades que exploten servicios de interés público (taxis, comercios, cines, escuelas, bares y restaurantes, etcétera) o que sean concesionarios de la Administración o dependan de ella en alguna medida”.³⁸

Lo anterior resulta aplicable también, por citar un caso más, a la libertad de asociación. Así por ejemplo, en Estados Unidos la Suprema Corte ha considerado como apegadas al texto constitucional varias disposiciones que obligaban a asociaciones integradas exclusivamente por hombres a admitir también a mujeres.

El mismo órgano ha aceptado, sin embargo, que puede prevalecer la libertad asociativa cuando se trata, en primer lugar, de las llamadas *expressive associations*, que son aquellas que se crean con el objetivo de defender ante la opinión pública una determinada posición política, ideológica o social y cuya autonomía se protege instrumentalmente para tutelar la libertad de expresión; y en segundo término, cuando se trata de la llamadas *intimate associations*, que son aquellas en las que los miembros establecen profundos vínculos y compromisos a través de los cuales comparten aspectos íntimos de sus vidas.³⁹

Este ejemplo de la jurisprudencia de Estados Unidos sirve para poner de manifiesto un hecho que no puede ser obviado: el principio de no discriminación rige en las relaciones entre particulares, pero no hasta el punto de que pueda suponer un sacrificio completo de otro derecho fundamental. Es decir, la norma constitucional que establece el principio de no discriminación (párrafo tercero del artículo 1, ya transcrito), debe aplicarse tomando en cuenta los mandatos de otras normas constitucionales que establecen derechos, bienes o valores del mismo rango jerárquico. Tal idea está recogida, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España, cuando afirma que el principio de no discriminación debe aplicarse a las relaciones entre particulares “de forma matizada”.⁴⁰

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que la aplicación de un derecho fundamental (por ejemplo, del derecho a la no discriminación) no puede suponer en ningún caso un sacrificio por completo de otro derecho del mismo rango. La imposición de un derecho sobre otro ocurriría si, por ejemplo, quisiéramos imponer sin matiz alguno el principio de no dis-

³⁸ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 66-67.

³⁹ Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez, “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en Manuel Aragón (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi, BCH, 1998, p. 286.

⁴⁰ Sentencia 241/1988, fundamento jurídico 3. La existencia de “matices” no es obstáculo para que el Tribunal reconozca claramente y sin ambages que “la autonomía de las partes [se refiere a los particulares que firman un contrato colectivo de trabajo] ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional y ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato [...] en el ámbito de las relaciones privadas [...] los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad”, Sentencia 177/1988, fundamento jurídico 4.

criminación sobre la libertad de asociación; creo que las consideraciones mencionadas sobre el tema que se pueden encontrar en la jurisprudencia de Estados Unidos son muy importantes y resultan ilustrativas acerca de la forma en que debe procurarse la convivencia entre derechos, sin por ello dejar de sostener la aplicabilidad de los derechos a las relaciones entre particulares. Por tanto, parece acertada la afirmación del Tribunal Constitucional español al exigir “matices” para los *efectos horizontales* de la no discriminación.

De lo que se acaba de decir se sigue que, si estamos dispuestos a dar un espacio efectivo de actuación para todos los derechos fundamentales, habrá situaciones en las que –a partir del ejercicio de un determinado derecho fundamental o incluso simplemente del principio general de la autonomía de la voluntad– se tendrá que reconocer que los particulares pueden autodeterminarse conforme mejor les parezca. Como afirma Bilbao, “A nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminarse”.⁴¹ Lo importante desde un punto de vista práctico, en este contexto, es establecer hasta dónde llega esa capacidad de autoorganización que proviene del reconocimiento de que todos somos libres y responsables, y hasta dónde llega la vinculación del texto constitucional respecto a los particulares.

Un elemento interesante para determinar la manera en que los derechos fundamentales en tensión pueden armonizarse, con vista a decidir en un caso concreto si un derecho debe prevalecer sobre todo, lo constituye el hecho de que estemos en presencia de relaciones asimétricas entre los sujetos de la relación jurídica.⁴² Es decir, podríamos convenir en que la autonomía de la voluntad tiene un mayor espacio cuando la relación jurídica se establece entre sujetos ubicados en un plano de igualdad real; pero si esa simetría de poder no se presenta, y por el contrario una de las partes tiene elementos suficientes para forzar o doblegar la voluntad de la otra, entonces será posible imponer con mayor fuerza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

De la misma forma, la autonomía de la voluntad no podría ser tan amplia en los casos en que se restrinja el acceso de una persona a un bien socialmente escaso; por ejemplo, cuando se trata del único servicio público de su tipo que se encuentra en una comunidad. Pensemos en el caso de una instalación para practicar la natación, la cual está en manos de un particular que decide no permitir la entrada de las mujeres. En ese caso es obvio que la libertad de asociación y la libertad de trabajo deben ceder frente al principio de no discriminación, aplicado a una relación jurídica entre particulares.⁴³

⁴¹ Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 362.

⁴² *Ibid.*, p. 368.

⁴³ En el apartado dedicado al análisis de la aplicación horizontal de los derechos fundamentales en el derecho comparado pondremos algunos otros ejemplos reales, tomados de la experiencia de otros países que coinciden con lo que se acaba de decir.

En el caso concreto de la prohibición de discriminar, la eficacia entre particulares existiría, por mencionar algunos ejemplos, cuando una persona presente servicios que son financiados o subsidiados por el Estado, cuando ejerza profesiones reguladas por ley o para cuyo ejercicio se requiere de licencia, cuando esté a cargo de servicios u ocupaciones en los que se encuentren empleadas un gran número de personas y cuando se trate de la prestación de servicios escasos o que estén a cargo de otras personas, económicamente poderosas.⁴⁴

Desde luego, está fuera de discusión que la autonomía de la voluntad debe ceder siempre que esté en juego la dignidad de la persona humana. Es decir, si mediante el pretexto de la autonomía de la voluntad se pretende cubrir una ofensa manifiesta, humillante, claramente anuladora de la dignidad de una persona, los derechos fundamentales deben entrar en acción para invalidar el acto o reparar la violación, según sea el caso. Podrían servir como ejemplo las condiciones laborales esclavizantes, ya sea por lo prolongado de los horarios, por lo insalubre de las condiciones del lugar de trabajo e incluso por la desproporción evidente entre la tarea realizada y el salario que se paga al trabajador.

A partir de lo anterior podemos concluir que quien haga una interpretación del sistema de derechos fundamentales debe tener en cuenta al menos tres factores para determinar si el principio de no discriminación se puede aplicar frente a particulares: a) la existencia de un patrón de conducta más o menos generalizado, comprobable empíricamente; b) la posición dominante del sujeto que discrimina; y c) la afectación del núcleo esencial de la integridad moral o de la dignidad del sujeto pasivo de la discriminación. En el siguiente apartado haremos referencia a un elemento adicional: que la discriminación recaiga en algún grupo vulnerable (sobre todo el grupo, sobre una parte del mismo o sobre alguno de sus miembros); de esta manera intentamos destacar la importancia del *sujeto pasivo* de la discriminación al momento de estructurar y proyectar su prohibición a las relaciones entre particulares.

Antes de terminar este apartado conviene mencionar que el *Código Penal del Distrito Federal* reconoce que las discriminaciones pueden provenir de autoridades o de particulares, y tipifica como delito las conductas discriminatorias en su artículo 206, que se encuentra ubicado dentro del Capítulo décimo, relativo a la dignidad de las personas. El artículo mencionado tiene el siguiente texto:

Se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:

- I. provoque o incite al odio o a la violencia;
- II. veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o
- III. niegue o restrinja derechos laborales.

⁴⁴ Véase Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 400.

Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

Este delito se perseguirá por querrela.

Como se puede apreciar, el texto de este artículo persigue una finalidad muy noble y defendible, pero a través de una vía inadecuada. En efecto, la tipificación de las conductas discriminatorias es muy abierta, lo que puede dar lugar a dudas interpretativas y a una gran discrecionalidad de los agentes que aplican la ley. Quizá la persecución penal no sea el mejor modo de combatir este mal. Pese a la general inadecuación del texto y de la vía penal para combatir la discriminación, es importante destacar que el *Código Penal* acierta al redoblar las obligaciones de los funcionarios públicos en materia de no discriminación, lo que me parece que queda bien reflejado en el último párrafo del artículo 206. Lo importante es que el legislador local del Distrito Federal tuvo claro que la discriminación puede provenir tanto de las autoridades como de los particulares y tomó una medida radical para evitarla, como es el uso del derecho penal.

Discriminación y grupos vulnerables -

NO CABE DUDA, CON TODO LO DICHO EN EL APARTADO ANTERIOR, que la aplicación de la prohibición de discriminar a los particulares y no solamente a las autoridades es de la mayor importancia, puesto que en las relaciones sociales más diversas se genera un porcentaje significativo de las conductas discriminatorias; Juan María Bilbao afirma que “La discriminación es un fenómeno social, antes que jurídico”.⁴⁵ La presencia social de la discriminación, que no puede negarse, debe ser tomada en cuenta tanto al momento de la configuración del ordenamiento como en la actuación administrativa y en el trabajo teórico. Es de nuevo Juan María Bilbao quien afirma que

[...] la lucha contra la discriminación no puede detenerse en el frente legislativo. No basta con desterrar la discriminación ‘legal’, eliminando cualquier vestigio de discriminación en las normas del ordenamiento estatal. Hay que combatir la discriminación ‘social’, los usos o conductas discriminatorias privadas que tengan una proyección social, y resulten, por ello, intolerables. De poco sirve acabar con la discriminación ante la ley o con la imputable en general a los poderes públicos si no se consiguen erradicar las diversas formas de segregación social, si no se ataca la raíz del problema, que es el prejuicio social.⁴⁶

Respecto de la presencia *social* de la discriminación hay que tomar en cuenta que muchas de las conductas que en la actualidad son consideradas como discriminatorias no lo eran hasta hace poco tiempo; ha sido recientemente que el derecho ha tomado medidas para impedir que se sigan reproduciendo, pero su presencia parece haber sido una constante en los últimos siglos (los ejemplos pueden ser de lo más variado y van desde la negación de la capacidad jurídica de la mujer, hasta la consideración de las personas de color o de los indígenas como seres inferiores, objetos y no sujetos del derecho).

Este hecho nos indica que la representación social de ciertas prácticas ha ido evolucionando con el paso del tiempo; el impulso para dicha evolución probablemente ha sido apoyado o generado en muchos países por el ordenamiento jurídico. Es decir, las prácticas sociales discriminatorias han comenzado a cambiar cuando —entre otros muchos factores— desde el ámbito de lo jurídico se le ha hecho ver a las personas que ciertas conductas estaban prohibidas y que, si se realizaban, se estarían violando una o varias normas jurídicas. En este sentido, la

⁴⁵ Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 398.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 398-399.

función del derecho a la no discriminación ha sido modeladora de las conductas sociales, sin haberse limitado a mantener una especie de *status quo* que, aunque se hubiera practicado por décadas, hoy en día nos resulta intolerable.

Ningún hecho ilustra mejor lo que se acaba de decir que la sentencia del caso *Brown versus Board of Education*, dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos en 1954.⁴⁷ Con ese pronunciamiento no solamente aportó un criterio jurídico para evitar la discriminación racial en las escuelas, sino que dio inicio a un intenso debate social acerca de las relaciones y el lugar de cada uno de los grupos raciales en aquella nación. La decisión *Brown* demuestra que la articulación jurídica es muy necesaria para erradicar la discriminación existente en el seno de una sociedad determinada (lo cual guarda una relación directa con el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales).

Si nuestro objetivo, a partir de todo lo que ya se ha dicho en el presente apartado, es extirpar o al menos disminuir de forma importante la discriminación generada por los particulares, seguramente tiene sentido identificar a los grupos en situación de vulnerabilidad. La enunciación que sigue no tiene como propósito señalar colectivos sociales cuyo derecho a la no discriminación pueda ser violado sola o principalmente por los particulares, puesto que también las autoridades pueden actuar y con frecuencia lo hacen en contra de ese derecho. La intención es simplemente generar criterios más precisos para identificar a grupos que están especialmente expuestos a la discriminación generada desde el ámbito de los particulares. Si un acto de éstos recae sobre algunos de tales grupos y les genera una situación de desventaja comparativa frente a otros grupos sociales, se podría sospechar que existe discriminación. Incluso se podría configurar algo así como una “presunción de discriminación”.

En vista de lo anterior, podemos identificar las siguientes categorías de sujetos como especialmente vulnerables:⁴⁸

- a) - la mujer pobre, cabeza de su hogar, con niños a su cargo y responsable del sostenimiento familiar;
- b) - menores y adolescentes en situación de riesgo social (niños en riesgo de salir del hogar, menores infractores, menores víctimas de violencia física, sexual y psicológica en el seno familiar, menores con padecimientos adictivos);

⁴⁷ La literatura sobre este caso es muy extensa, pues ha sido estudiado no solamente desde una óptica jurídica sino también a partir de disciplinas como la sociología, la política, los estudios de género, los de relaciones interraciales, etcétera. Tres libros que quizá puedan ser útiles para suministrar una primera visión panorámica son los siguientes: Richard Kluger, *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; James T. Patterson, *Brown v. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y —desde una perspectiva más crítica— Peter Irons, *Jim Crow's Children. The Broken Promise of the Brown Decision*, Nueva York, Penguin Books, 2002.

⁴⁸ Jorge González Galván, Pilar Hernández y Alfredo Sánchez Castañeda, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 227.

- c) menores que viven en la calle o menores que, no obstante tener un hogar, a causa de la desintegración familiar o por problemas de otra índole pasan todo el día en la calle;
- d) menores trabajadores (pepena, estiba, mendicidad, venta ambulante, limpia de par-brisas y actuación en vía pública);
- e) personas adultas mayores;
- f) personas con discapacidad;
- g) población rural e indígena afectada por la pobreza;
- h) mujeres pobres, embarazadas o en estado de lactancia;
- i) jóvenes y mujeres afectados por el desempleo;
- j) trabajadores pobres empleados en el sector informal;
- k) personas sin cobertura en la seguridad social;
- l) mujeres que sufren discriminación política y social; y
- m) pueblos indígenas.

Las sociedades contemporáneas han multiplicado en su seno las formas de sujeción, dominación y explotación, cuestiones que al ser examinadas desde el prisma del derecho constitucional permiten identificar otras tantas formas de discriminación y de minusvaloración de las personas.

Iris Marion Young afirma que hay cinco aspectos que permiten identificar la situación oprimida que pueda padecer una persona: explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia.⁴⁹ Cada una de ellas, que a veces son visibles y a veces invisibles cuando se generan en el ámbito exclusivo de los particulares, deben ser tenidas en cuenta —en sus diversas manifestaciones— por el derecho constitucional a fin de prevenirlas o reprimirlas; uno de los instrumentos privilegiados para hacerlo, en virtud de los alcances que tiene como consecuencia su amplitud, es el principio de no discriminación, amplificado por su eficacia horizontal hacia todos los grupos sociales.

⁴⁹ Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000, cap. II.

La eficacia horizontal de la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*: cuestiones sustantivas y procedimentales

EN LOS APARTADOS ANTERIORES SE HAN ANALIZADO algunos aspectos concretos, de carácter conceptual y normativo, sobre el tema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Se ha demostrado que desde ambos puntos de vista es posible sostener que, en alguna medida y con los matices que sean necesarios, los derechos fundamentales (incluyendo el derecho a la no discriminación) pueden y deben aplicarse a las relaciones entre particulares.

Este punto de vista se corrobora cuando pasamos a analizar la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (LFPED). En efecto, al legislador federal mexicano le quedó muy claro que la LFPED podía tener plena aplicación en diversos supuestos de hecho a las relaciones entre particulares. Es más, tan es claro este punto que la aplicación horizontal de la *Ley* puede verse con claridad tanto en la parte sustantiva de la misma (capítulos I a III), como en la parte dedicada a los procedimientos administrativos que tienen por objeto hacerla efectiva (capítulos V y VII). Vamos a analizar estos aspectos.

Cuestiones sustantivas

La primera referencia directa a los particulares que aparece en la LFPED se encuentra en su artículo 2, última parte. En este precepto se señala que los poderes públicos federales “promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los *particulares* en la eliminación de dichos obstáculos” (se refiere a los “obstáculos que limiten en los hechos [el ejercicio de la libertad y la igualdad] e impidan el pleno desarrollo de las personas, así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país”). Debe destacarse que la LFPED utiliza el verbo “promover” cuando se refiere a los particulares; por lo tanto, es preciso ver de qué manera se lleva a cabo esa “promoción” y cuáles son sus límites. En todo caso, la interpretación correcta del artículo 2 debe ser armónica, es decir, tomando en cuenta el contenido de los demás artículos que también se refieren a los actos de los particulares. Además la interpretación debe considerar siempre el principio *pro homine* tal como está recogido en el artículo 7 de la LFPED, de acuerdo con el cual “cuando se presenten diferentes interpretaciones se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”.

Prohibición de discriminar

El artículo 9 de la LFPED contiene un largo listado de conductas prohibidas, por considerarlas discriminatorias. Se trata de un artículo que abarca xxix fracciones, varias de las cuales son de interés para nuestro tema de estudio.

Así por ejemplo, la fracción I señala que es discriminatorio el hecho de impedir el acceso a la educación “pública o *privada*” (énfasis del autor); es obvio que esta última –en términos del artículo 3 constitucional– solamente la pueden ejercer los particulares, de lo que podemos concluir que se encuentran sujetos al principio de no discriminación por lo que hace al acceso a la educación y a la permanencia en los centros educativos.⁵⁰

La fracción II del mismo artículo 9 también se refiere al ámbito de la educación y debemos entender, a la luz de la fracción anterior, que abarca tanto a la privada como a la pública. En concreto, se refiere a la prohibición de establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos que sean contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación. Tal prohibición, en consecuencia, vincula tanto a particulares como a autoridades.

Las tres siguientes fracciones del artículo 9 (III, IV y V) hacen referencia a cuestiones laborales, sin distinguir su ámbito de aplicación, por lo que en términos del artículo 7 de la LFPED debemos entender que tutelan también a las relaciones jurídicas entre particulares. La primera se refiere a la libertad para elegir empleo, la siguiente a las condiciones laborales no discriminatorias y la V a la limitación de acceder a programas de capacitación y formación profesionales.

El mismo tipo de razonamientos que hemos realizado acerca de las cinco primeras fracciones del artículo 9 de la LFPED se podrían aplicar al resto del contenido del precepto.⁵¹ No tiene caso pormenorizar el análisis de cada una de sus fracciones, pero sí conviene destacar algunas, por la amplia repercusión que tienen en la eficacia horizontal del principio de no discriminación.

⁵⁰ El problema del acceso a la educación en escuelas particulares se ha presentado en muchos países; por ejemplo en Inglaterra, donde la *House of Lords* tuvo que dirimir en 1983 un caso de discriminación racial por la negativa de una escuela particular para admitir a un menor de edad que quería ir a clase utilizando un turbante (en ejercicio de su libertad religiosa). El Tribunal le dio la razón al menor; la narración de los detalles del caso y de la argumentación jurídica puede verse en Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 403. Con el tiempo, la utilización de símbolos religiosos en las aulas ha dado lugar a un debate de enormes dimensiones, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional de varios países europeos. En Francia la discusión ha estado protagonizada por el llamado *Informe Stasi*, presentado a solicitud del presidente Chirac; sobre su contenido y consecuencias puede verse Iñaki Lasagabaster (director), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi*, Pamplona, LETE, 2004. Para el caso alemán se puede comenzar por Juan Carlos Velasco, “El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania”, *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo de 1997, y Silvina Álvarez, “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de razón práctica*, núm. 123, Madrid, junio de 2002.

⁵¹ Hay que aclarar, sin embargo, que algunas fracciones del artículo 9 se dirigen, si no exclusiva, sí primordialmente a las autoridades; tal es el caso, por poner solamente un ejemplo, de la fracción XII, que se refiere a los derechos procesales de los menores de edad y de quienes hablan lenguas distintas del español.

La fracción VIII del artículo 9 considera que es discriminación el “impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole”. Ya en un apartado anterior mencionamos la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos que establecía la forma en que ciertos tipos de asociaciones (por ejemplo, las que se constituyen para defender ideales feministas de corte radical y que no permiten la entrada de hombres), están protegidas frente al principio de no discriminación. Lo importante ahora es destacar el hecho de que la LFPED alude a las asociaciones que pueden generar actos discriminatorios contra los particulares que quieren entrar o permanecer en ellas, así como ejercer sus derechos de participación. Esto no significa, desde luego, que quienes crean una asociación no puedan exigir ningún tipo de requisitos a sus miembros; lo que sucede es que tales estipulaciones no deben encontrarse entre los criterios prohibidos a los que se refieren el artículo 1 párrafo tercero de la *Constitución* y el artículo 4 de la LFPED. Una asociación discrimina si, por ejemplo, impide la entrada, permanencia o participación de mujeres; lo mismo sucede si se impide el acceso a personas de acuerdo a su raza, religión, estado de salud, etcétera.

La fracción XIII del artículo 9 de la LFPED considera que es discriminatoria la aplicación de cualquier uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humanas. Su cabal comprensión exige que se correlacione con la fracción II del apartado A del artículo 2 constitucional, que reconoce el derecho de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, si bien exige como condición para que tales sistemas se puedan aplicar que respeten las garantías individuales, los derechos humanos y la dignidad e integridad de las mujeres. Al poner en relación los dos artículos mencionados nos damos cuenta que la LFPED se refiere también en este supuesto a relaciones entre particulares; concretamente, relaciones jurídicas que se establezcan entre los miembros de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en México. La fracción XIII del artículo 9 es muy interesante por una razón adicional: sus términos son tan amplios (“dignidad e integridad humanas”) que permiten una aplicación igualmente amplia para proteger a las personas frente a la discriminación. No se debe olvidar que la LFPED vuelve a hacer referencia a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas en su artículo 14, dentro del capítulo dedicado a las medidas positivas o compensatorias.⁵²

La fracción XV del artículo 9 alude también a relaciones entre particulares, puesto que dispone que se produce una discriminación si se ofende, ridiculiza o promueve la violencia en los supuestos del artículo 4 de la LFPED a través de los medios de comunicación. Los sujetos regulados son los medios de comunicación, que en México son casi todos de propiedad privada. Esta fracción contiene una adecuada proporcionalidad respecto de la libertad de expre-

⁵² Vale la pena destacar que la fracción VI de dicho artículo establece que las autoridades federales deberán: “Garantizar que en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la *Constitución*”.

sión, puesto que en un cierto sentido la limita al impedir que en uso de la misma se pueda ofender, ridiculizar o promover la violencia.⁵³

La fracción XXI del artículo 9 establece como discriminatoria la limitación del derecho a la vivienda. Este derecho puede ser violado tanto por las autoridades (por ejemplo cuando ordenan la realización de un desalojo forzoso o arbitrario) como por los particulares a través de varias vías. Por ejemplo, negándose a vender o alquilar alguna vivienda aduciendo para ello los criterios señalados como prohibidos por el párrafo tercero del artículo 1 constitucional y por el artículo 4 de la LFPEd. También pueden discriminar los particulares a través de la especulación urbanística (control de uso de suelo), de la subida desproporcionada de las tarifas de alquiler, de la afectación a la dignidad y el decoro de las viviendas mediante ruidos o focos de contaminación, etcétera.⁵⁴

La fracción XXII del artículo 9 se refiere a la discriminación que se produce cuando se impide el acceso a cualquier servicio público o *institución privada* que preste servicios públicos. Este es uno de los supuestos más importantes que debe atender cualquier estrategia de combate a la discriminación, no solamente porque se trata de un fenómeno inequívocamente violador de derechos fundamentales, sino también y sobre todo por su extensión como práctica social. Muchos propietarios o administradores de establecimientos mercantiles no se sienten obligados a respetar el principio de no discriminación y en el funcionamiento cotidiano de dichos negocios impiden o dificultan el acceso a la prestación de servicios al público con base en alguno de los clásicos criterios discriminatorios.

La negativa a permitir a una persona el acceso a un establecimiento mercantil puede darse solamente cuando existan datos objetivos que la justifiquen. Por ejemplo, si la persona en cuestión ha observado conductas violentas previamente dentro del local o si no observa la normatividad que rige para el funcionamiento del mismo. Tampoco sería discriminatoria la negativa a permitir el ingreso en determinadas circunstancias a menores de edad, puesto que con tal prohibición se estaría protegiendo un bien de rango constitucional (el desarrollo armónico de los menores, contemplado en los tres últimos párrafos del artículo 4 de la carta magna). Fuera de estos casos de excepción, quien tenga abierto un establecimiento que da servicio público (que lo mismo puede ser un restaurante que un taxi) no puede denegar la prestación del mismo por razones vinculadas al sujeto que lo solicita.⁵⁵

⁵³ Hay que recordar que, como ha reconocido la jurisprudencia de otros países, no existe protección constitucional para algo así como un “derecho al insulto”; véase al respecto, Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., p. 378. El Tribunal Constitucional español ha sostenido que: “La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la *Constitución* no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona” (Sentencia 105/1990).

⁵⁴ Una explicación más amplia del derecho a la vivienda puede verse en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 879 y siguientes.

⁵⁵ Véase el artículo 7 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*.

En Francia la negativa de prestar un servicio semejante está contemplada en el *Código Penal*, que sanciona con una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio a “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.⁵⁶

La fracción xxviii del artículo 9 señala que es discriminatorio realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente una determinada preferencia sexual. Esta fracción también se aplica, sin duda alguna, a las relaciones entre particulares. Se trata de evitar las vejaciones que en México son tan comunes en contra de quienes en ejercicio de su autonomía moral, deciden comportarse, vestirse o gesticular de determinada manera.

Medidas positivas y compensatorias

El Capítulo III de la LFPED se refiere, como se sabe, a las medidas positivas y compensatorias que son necesarias para realizar la “igualdad de hecho” y no meramente formal. A primera vista éstas no serían objeto de una aplicación *horizontal*, ya que los sujetos encargados de su instrumentación son siempre autoridades, tal como lo señalan expresamente las primeras frases de los artículos 10 a 15 de la LFPED. Pero si observamos con detalle podemos encontrar en esos preceptos algún resquicio para que penetre el *efecto entre particulares* del principio de no discriminación.

Por ejemplo, el artículo 10 se refiere al deber de las autoridades de “incentivar la educación mixta” a favor de las mujeres; esa obligación puede proyectarse –desde luego con diferente intensidad– tanto sobre las escuelas públicas como sobre las particulares. En el mismo artículo se contempla también la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías, que igualmente pueden ser públicos o privados.

El mismo tipo de razonamientos puede aplicarse a varias de las fracciones del artículo 11, que contempla las medidas positivas y compensatorias a favor de los menores de edad. La fracción vi del artículo en cuestión señala que se debe “alentar la producción y difusión de libros para niños y niñas”. Esta tarea de alentamiento puede proyectarse lo mismo hacia autoridades que a particulares.

Obviamente, en tanto que las medidas positivas deben partir o comenzar a través de acciones de los órganos públicos, su posible eficacia horizontal es más limitada que en el caso de las conductas establecidas por el artículo 9 de la LFPED, en el sentido que ya fue explicado en el apartado anterior.

⁵⁶ Citado por Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 434.

Cuestiones de procedimiento

La aplicación a las relaciones entre particulares del principio de no discriminación, que es evidente en la parte sustantiva de la LFPED, se hace todavía más notable cuando se analizan los procedimientos establecidos en la propia *Ley*.

De hecho, la atribución competencial que tiene el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) para conocer de violaciones al derecho de no discriminación cometidas por particulares es una singularidad que lo caracteriza y lo distingue del modelo tradicional del *ombudsman* (al menos del modelo seguido en México).⁵⁷ Dentro de las cuestiones de procedimiento podemos agrupar dos grandes temas: a) las atribuciones generales del Consejo, tal como se encuentran reguladas en el Capítulo IV de la *Ley*; y b) la regulación de los procedimientos de quejas y reclamaciones del Capítulo V, incluyendo las sanciones y medidas administrativas del Capítulo VI.

Respecto de la competencia del CONAPRED puede citarse, por ejemplo, la fracción III del artículo 20 de la LFPED, por medio de la cual se puede verificar la adopción de medidas y programas para prevenir y eliminar la discriminación en las instituciones y organizaciones públicas y *privadas*. También las fracciones XIII, XIV y XVII del mismo precepto hacen referencia al tema en relación a los particulares.

En la parte de los procedimientos también resulta evidente la intención del legislador para extender la cobertura de la LFPED a las relaciones entre particulares. De hecho, este propósito fue tan firme que en la *Ley* se establece un procedimiento específico para procesar los actos de particulares que presuntamente sean violatorios del principio de no discriminación. El procedimiento de queja, nos indica el artículo 80 de la LFPED, procede contra conductas de particulares que posiblemente sean discriminatorias.

En el capítulo dedicado a las medidas administrativas, la *Ley* establece en el último párrafo del artículo 83, de manera quizá poco correcta, que las medidas señaladas en el mismo precepto que se quieran imponer a los particulares tendrán como condición que éstos “se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente”.⁵⁸

⁵⁷ Diego Valadés advierte, con mucha razón, que la aceptación de los efectos horizontales de los derechos fundamentales nos deberá llevar a modificaciones respecto de la competencia de los órganos no jurisdiccionales de protección de los derechos previstos en el apartado B del artículo 102 constitucional. Actualmente dicho precepto dispone que tales órganos conocerán de quejas “en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen derechos humanos”. Valadés escribe lo siguiente: “La tendencia apunta en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia del carácter normativo de la *Constitución* y de su supremacía [...]. Es previsible que también se produzca un fenómeno análogo en el ámbito de los derechos humanos. La restricción que actualmente aparece en el artículo 102 de la *Constitución* no es compatible con la ampliación que se propone para los tribunales. Las mismas consideraciones que se han tenido presentes para el desarrollo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante particulares son válidas para el caso de los organismos no jurisdiccionales que tienen ese mismo cometido”, en *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., p. 32.

⁵⁸ La *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* se refiere al convenio de conciliación en su artículo 70.

Como conclusión de este apartado podemos afirmar que la LFPED prevé la aplicación del principio constitucional de no discriminación también a las relaciones entre particulares, tanto en la competencia del CONAPRED y en los procedimientos que este órgano lleva a cabo, como en las cuestiones sustantivas de la no discriminación.

La perspectiva jurisprudencial de los efectos horizontales en México

EN NUESTRO PAÍS LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL ha establecido muy pocos criterios interpretativos en los que se reconozcan los efectos horizontales de los derechos fundamentales. Esto ha sido consecuencia, como ya se apuntaba en un apartado anterior, de la concepción que históricamente se ha tenido de los propios derechos (llamados, con la terminología del siglo XIX, “garantías individuales”), la cual además se ha proyectado a un concepto articulador de todo el sistema del derecho de amparo, que es el de “autoridad para efectos del amparo”. Tales cuestiones ya han sido estudiadas, por lo que no insistiremos en este momento en su análisis. Lo que haremos será referir algunos criterios jurisprudenciales que, de forma muy tímida y poco articulada, han reconocido que los particulares también están obligados por las normas constitucionales y que, en esa virtud, pueden violar derechos fundamentales.⁵⁹

Lo que haremos en los párrafos siguientes será transcribir la tesis jurisprudencial que tiene relevancia para nuestro tema y a continuación hacer los comentarios oportunos. Hemos procurado centrarnos en tesis más o menos recientes en el tiempo, a pesar de que hay precedentes importantes en las primeras décadas del siglo XX, con el afán de comentar las tendencias más novedosas relativas a nuestro objeto de estudio.

Las tesis relevantes, a la vista de lo anterior, serían las siguientes:

Rubro: *Poseción*. Dimensiones de su tutela constitucional.

Texto: *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege la posesión entre particulares (dimensión horizontal) y entre éstos y los poderes públicos (dimensión vertical)*, al reconocer en su artículo 14, segundo párrafo, que: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos”, sino bajo las condiciones que éste prevé, *exigiendo de los particulares un deber de no afectación, garantizado a través de la obligación positiva de los poderes públicos de impedir la violación injustificada del derecho de posesión de otros*, si se toma en cuenta que el primer párrafo del artículo 17 de la *Constitución* federal señala que: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”. En tal virtud, existe el deber de los poderes públicos de proteger la posesión y los derechos que de ella deriven frente a intromisiones injustificadas, a fin de que adquiera eficacia jurídica dicha garantía individual en ambas dimensiones.

⁵⁹ Un repaso mucho más articulado de la jurisprudencia mexicana sobre el tema puede encontrarse en Javier Mijangos y González, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, op. cit., pp. 41 y siguientes.

Precedentes: Contradicción de tesis 131/2003-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero del Décimo Octavo Circuito y Tercero del Sexto Circuito, en contra del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito. 21 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García.⁶⁰

Esta tesis es importante porque se refiere a un derecho (la posesión) que es objeto de protección constitucional en los artículos 14 y 16 y porque además distingue explícitamente entre la “dimensión horizontal” y la “dimensión vertical” del derecho. Lo curioso de la tesis es que, una vez que establece las dos dimensiones del derecho a la posesión, la Corte desprende de ello un deber para los poderes públicos: concretamente, el deber de proteger la posesión frente a intromisiones injustificadas.

Se trata de un ejemplo paradigmático de lo que la teoría ha llamado la “eficacia horizontal *indirecta*” de los derechos, que es aquella que no traslada consecuencias jurídicas directamente a los particulares, sino que se refiere al deber de las autoridades de evitar que los mismos consumen violaciones a los derechos fundamentales. Este criterio arroja como consecuencia que la eficacia horizontal esté mediatizada (para decirlo de alguna manera) por los poderes públicos, y singularmente por el Poder Judicial,⁶¹ que es frente a quien se podrá impugnar o demandar la violación que un particular lleve a cabo de un derecho fundamental de otro particular. A esta visión se le ha llamado también “tesis de la eficacia mediata” de los derechos fundamentales frente a particulares.⁶²

Rubro: Protección a la salud de los no fumadores en el Distrito Federal. La obligación que la ley relativa impone en su artículo 3, fracción 1, a los propietarios, poseedores o responsables y empleados de los locales y establecimientos cerrados, de coadyuvar activamente en la vigilancia de su cumplimiento, no viola los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Texto: La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en diversos precedentes que esos principios son respetados por las autoridades legislativas cuando, además de actuar dentro de los límites que constitucionalmente les fueron conferidos (fundamentación) y de emitir leyes referidas a relaciones sociales que reclaman ser jurídicamente reguladas (motivación), las disposiciones de observancia general que emiten, por una parte, crean certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias de su conducta y, por otra, tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, acotan en la medida necesaria y razonable esa atribución, en forma tal que impida a la respectiva autoridad actuar de manera arbitraria o caprichosa en atención a las normas a las que debe sujetarse al ejercer dicha potestad. En esa tesitura, la cir-

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXI, marzo de 2005, p. 359. Tesis 2a. xxvii/2005, aislada, administrativa.

⁶¹ Aunque entre los teóricos de la eficacia horizontal se discute sobre si en esta tarea debe tener preeminencia el juez o el legislador, es decir, si debe de ser a través de la ley o a través de las sentencias y la jurisprudencia la forma en que se “reciban” y corrijan las violaciones a los derechos fundamentales cometidas por particulares. La experiencia comparada, en este punto, admite ambas soluciones, si bien es cierto que la intervención judicial –en un momento o en otro– siempre termina siendo necesaria.

⁶² Javier Mijangos y González, *op. cit.*, pp. 18 y siguientes; Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, op. cit.*, pp. 325 y siguientes.

cunstancia de que en el artículo 3, fracción I, de la ley de que se trata, se establezca que los propietarios, poseedores o responsables y empleados de los locales y establecimientos cerrados que el propio ordenamiento señala, deben coadyuvar activamente en la vigilancia del cumplimiento de ésta, no viola esos principios constitucionales, porque este deber no implica de manera alguna que se deleguen en dichos sujetos las atribuciones y obligaciones que el mismo ordenamiento impone en su artículo 2, al jefe de Gobierno del Distrito Federal a través de los órganos políticos administrativos de las demarcaciones territoriales y las instancias administrativas correspondientes, en sus respectivos ámbitos de competencia, de aplicar y vigilar el cumplimiento de la ley, ya que la coadyuvancia no debe interpretarse como la subrogación de los particulares al principio de autoridad y vigilancia, pues la autoridad no pierde la potestad del ejercicio de sus facultades.

La colaboración de los particulares en ese aspecto sólo significa una ayuda o cooperación para la vigilancia en el cumplimiento de la ley, lo cual atiende a la posición que guardan los propietarios, poseedores, responsables y empleados de los locales y establecimientos cerrados frente a los sujetos transgresores de la ley, que fumen tabaco en lugares prohibidos, ya que resulta materialmente imposible que las autoridades competentes supervisen permanentemente cada uno de los locales o establecimientos para verificar que se acaten tales disposiciones, situación que de alguna manera previó el legislador, y por ello impuso a las personas que de manera directa atiendan esos lugares, para que coadyuven en la aplicación y observancia del mandato legal. Además, cabe destacar que las obligaciones que la ley relativa impone a los propietarios, poseedores o encargados de los establecimientos mercantiles, son deberes que pueden catalogarse como propios de una cooperación de los particulares en la realización de los fines del Estado, circunstancia que en la legislación positiva mexicana está plenamente permitida.

Décimo Quinto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo en revisión 54/2004. Operadora Bros, S.A. de C.V. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.⁶³

El tema en cuestión en esta tesis es el derecho a la salud, al que busca proteger la ley que fue reclamada en amparo la cual ordena a los particulares que supervisen ciertos aspectos de su cumplimiento. Aunque no se trata de un caso claro de eficacia horizontal, la cita de la tesis es interesante —creo— debido a que involucra a los particulares en una tarea de protección de un derecho fundamental (la salud), frente a otros particulares. De esta manera, tanto la ley como la tesis transcrita parecen aceptar que los derechos fundamentales pueden tener ciertos aspectos de los que se desprendan “deberes” u obligaciones para los particulares. En el caso concreto de los dueños de establecimientos mercantiles, para el efecto de que sean ellos quienes hagan observar la normativa que protege la salud de sus clientes, frente a los actos de otros particulares (que pueden ser clientes o empleados del propio establecimiento mercantil).⁶⁴

⁶³ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XX, diciembre de 2004, p. 1413. Tesis I.15o.A.13 A, aislada, administrativa.

⁶⁴ Una tesis relacionada con la que se acaba de transcribir, que también es interesante para nuestro tema de estudio, es la siguiente: -

“Rubro: protección a la salud de los no fumadores en el Distrito Federal. El artículo 16 de la ley relativa, al considerar responsables subsidiarios a quienes no coadyuven con la autoridad para hacer cumplir sus disposiciones, no viola la garantía de seguridad jurídica prevista en los artículos 14 y 16 de la *Constitución* federal. -

Artículo 14 constitucional. Debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares. *El artículo 14 de la Constitución federal, debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares u organizaciones privadas de toda índole*, toda vez que si conforme a dicha garantía individual, para la aplicación de toda sanción o la privación de un derecho, mediante acto de autoridad, es menester que la persona afectada fuere previamente oída y vendida en juicio, en el cual se satisfagan los requisitos esenciales del procedimiento, con más razón cuando la sanción la va a aplicar una organización de carácter privado como lo es *el Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, el cual no puede privar a sus agremiados, aun cuando para ello le autorizaren sus estatutos, de esa garantía constitucional que confiere el derecho de ser oído en defensa*, de donde se infiere que para que un trabajador pueda ser expulsado del sindicato a que pertenece mediante la aplicación de la correspondiente cláusula de exclusión, es menester que el trabajador afectado haya sido citado para concurrir al juicio sindical respectivo, en el cual sea debidamente oído en defensa, dándosele la oportunidad de aportar las pruebas que estimare pertinentes, tendientes a desvirtuar los cargos en los que se pretende apoyar la expulsión, pues de no llenarse tales requisitos, es evidente que se priva al afectado de la garantía constitucional a que se ha venido haciendo mérito; si la Junta responsable no lo consideró así, puesto que estimó inoperante la acción de nulidad que ejercitó el demandante y hoy quejoso del procedimiento relativo a la aplicación en su perjuicio de la cláusula de exclusión, apoyando su fallo absolutorio en el inciso “c” adicionado al artículo 171 de los Estatutos

”Texto: El artículo 16 de la *Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores* en el Distrito Federal, que prevé la responsabilidad subsidiaria de los propietarios, poseedores o responsables de los locales y establecimientos, por no coadyuvar con la autoridad para hacer cumplir la norma, no contraviene los artículos 14 y 16 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, pues todo ciudadano tiene la obligación de coadyuvar con la autoridad para lograr el cumplimiento de la ley; de tal suerte que las obligaciones establecidas en el citado precepto no deben entenderse como una violación a la seguridad jurídica, pues en el procedimiento que ese mismo artículo prevé se desprende que el propietario, poseedor o responsable de un local o establecimiento deberá exhortar a quien fume fuera de las áreas autorizadas a que se abstenga de hacerlo o proceda a trasladarse a los lugares destinados para tal fin; que en caso de negativa, lo invitará a abandonar las instalaciones; si se resiste, deberá solicitar el auxilio de un elemento de la fuerza pública, a efecto de que ponga al infractor a disposición del juez cívico competente, concluyendo con tal proceder su responsabilidad. De ahí que la responsabilidad del particular sujeto a la norma es una consecuencia directa de no actuar conforme lo dispone la propia legislación.

”Séptimo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito.

”Precedentes: Amparo en revisión 2607/2004. Hotel Flamingos Plaza, SA de CV. 11 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez.

”Amparo en revisión 2357/2004. Manuel Ignacio Corral Mier. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Silvia Fuentes Macías.

”Amparo en revisión 2777/2004. Paraíso Perisur, SA de CV, 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: María del Carmen Alejandra Hernández Jiménez.

”Amparo en revisión 2807/2004. Chalet Suizo, SA de CV y otras. 18 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretaria: Amelia Vega Carrillo.

”Amparo en revisión 2747/2004. José Guadalupe Ríos Roldán. 22 de septiembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Adela Domínguez Salazar. Secretaria: Aurora del Carmen Muñoz García”.

En Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXI, mayo de 2005, p. 1354. Tesis I.7o.A. J/24, jurisprudencia, administrativa.

que rigen la vida interna del Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, no obstante que el procedimiento que señala ese inciso está en pugna con el texto del artículo 14 constitucional, puesto que priva a los miembros del sindicato de la garantía de audiencia que consigna dicha disposición constitucional, es de concluirse forzosamente que la Junta responsable al estimar inoperante las acciones ejercitadas en el juicio laboral y absolver a la parte demandada de tales prestaciones incurrió en las violaciones que se comentan.

Amparo directo 3855/62. Manuel Martínez Carrasco. 7 de marzo de 1963. Cinco votos. Ponente: Agapito Pozo.⁶⁵

Esta tesis, que fue emitida hace ya algunos años, durante la llamada “Sexta época” del *Semanario Judicial de la Federación*, tiene interés en la medida en que sin rodeos señala la obligación de los particulares de respetar el artículo 14 constitucional. La tesis se refiere específicamente al Sindicato de Trabajadores Ferrocarrileros de la República Mexicana, el cual debe respetar el derecho de audiencia que establece el mencionado artículo 14.

Hay que destacar el hecho de que la Suprema Corte en ese momento decide imponer un derecho fundamental al interior de una organización, que es otro de los ejemplos clásicos de eficacia horizontal, como ya se ha explicado en alguno de los apartados precedentes. Al hacerlo, reconoció la vinculación de los grupos sociales a los derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de aquellos que son vehículos necesarios para el ejercicio de un derecho fundamental (los sindicatos, en este sentido, tienen la función de permitir el ejercicio de la libertad sindical y de los derechos que son inherentes a tal libertad). Con el tiempo, un criterio parecido sería reconocido para el funcionamiento interno de los partidos políticos, si bien en este caso se trata de agrupaciones que el artículo 41 constitucional califica de “interés público”.⁶⁶

Es importante que los jueces pongan especial énfasis en hacer que las organizaciones que pueden imponer su voluntad sobre otros particulares o que son el instrumento idóneo (o incluso único) para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, sean responsables por su eventual violación. Éstos, sin duda alguna, rigen también dentro de las organizaciones sociales de derecho público y —con algunos matices, como se ha expresado— de derecho privado.

Comunicaciones privadas. El derecho a su inviolabilidad, consagrado en el artículo 16, párrafo noveno, de la Constitución federal, es oponible tanto a las autoridades como a los gobernados, quienes al transgredir esta prerrogativa incurren en la comisión de un ilícito constitucional. Del análisis de lo dispuesto en diversos preceptos de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, se advierte que la misma contiene mandatos cuyos destinatarios no son las autoridades, sino que establece *deberes a cargo de los gobernados*, como sucede, entre otros casos, de lo dispuesto en sus artículos 2, 4 y 27, en los que la prohibición de la esclavitud, el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, sexta época, tomo LXIX, quinta parte, p. 10.

⁶⁶ Al respecto, véase Leonel Castillo González, *Los derechos de la militancia partidista*, México DF, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

mental, así como los límites a la propiedad privada, constituyen actos u omisiones que deben observar aquéllos, con independencia de que el mandato constitucional constituya una garantía exigible a las autoridades y que, por ende, dentro de su marco competencial éstas se encuentren vinculadas a su acatamiento. En tal virtud, *al establecer el Poder revisor de la Constitución, en el párrafo noveno del artículo 16 de la Constitución general de la República, que las “comunicaciones privadas son inviolables”, resulta inconcuso que con ello estableció como derecho fundamental el que ni la autoridad ni los gobernados pueden intervenir una comunicación*, salvo en los casos y con las condiciones que respecto a las autoridades establece el propio numeral y, por tanto, *la infracción de los gobernados a tal deber conlleva la comisión de un ilícito constitucional*, con independencia de los efectos que provoque o del medio de defensa que se prevea para su resarcimiento, en términos de la legislación ordinaria correspondiente.⁶⁷

Comunicaciones privadas. Las pruebas ofrecidas dentro de un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin respetar la inviolabilidad de aquéllas, constituyen un ilícito constitucional, por lo que resultan contrarias a derecho y no deben admitirse por el juzgador correspondiente. El artículo 16, párrafo noveno, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* establece que las comunicaciones privadas son inviolables; que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada; que dicha petición deberá ser por escrito, en la que se funden y motiven las causas legales de la solicitud, expresando el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración; y que no se podrán otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. El párrafo décimo de dicho numeral señala que las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, y que los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. Ante ello, debe estimarse que *fue voluntad del Poder revisor de la Constitución establecer como derecho fundamental la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en contrapartida, la obligación exigible tanto a las autoridades como a los gobernados de respetar dicha prerrogativa, lo que da lugar a que si un gobernado realiza la intervención de alguna comunicación privada sin el consentimiento expreso e irrefutable de los que la entablan, incurrirá en un ilícito constitucional*; por ende, si dentro de un juicio civil, en cualquiera de sus especies, una de las partes ofrece como prueba la grabación de una comunicación privada que no fue obtenida legalmente, tal probanza debe estimarse contraria a derecho y, por tanto, no debe admitirse por el juzgador correspondiente, pues ello implicaría convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.⁶⁸

El par de tesis que se acaban de transcribir quizá son las más importantes para determinar la manera en que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede ser recogida dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En las dos tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte (derivadas de un asunto en el que el ministro ponente fue Guillermo Ortiz M.), se hace alusión a un concepto que podemos calificar como novedoso en nuestro panorama constitu-

⁶⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XII, diciembre de 2000, p. 428, tesis aislada. Tesis 2a CLX/2000.

⁶⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XII, diciembre de 2000, p. 428, tesis aislada. Tesis 2a CLXI/2000.

cional y que, bien empleado, puede generar importantes innovaciones hermenéuticas. Me refiero a la noción de “ilícito constitucional”, que hace referencia –si mal no entiendo– a todos aquellos hechos jurídicos que se han producido violando una norma constitucional, con independencia del carácter público o privado (o incluso mixto) que tenga el sujeto activo o violador de la carta magna. De hecho, el concepto de ilícito constitucional se puede circunscribir un poco más, pues en el criterio de la Corte se produciría solamente cuando se viola un “deber constitucional”.

Las tesis provienen de un juicio de amparo interpuesto en un caso de la jurisdicción civil que trataba de un divorcio necesario.⁶⁹ En el curso del juicio uno de los cónyuges presentó como prueba una cinta de audio del otro en la que hablaba con una tercera persona. El cónyuge cuya voz se oía en la cinta promovió un juicio de amparo pidiendo que no fuera considerada como prueba la propia cinta en el juicio; el juez de amparo le dio la razón, pero su contraparte promovió un recurso de revisión que llegó al conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte en virtud de que se requería de una interpretación directa del artículo 16 constitucional.

En esa oportunidad, como ya se ha dicho, la Corte introdujo el concepto de ilícito constitucional, que como acertadamente destaca Mijangos, no tiene precedentes en nuestra jurisprudencia constitucional ni tampoco a nivel doctrinal.⁷⁰ Por “ilícito constitucional” la Corte entiende la omisión de los actos ordenados o la ejecución de los actos prohibidos por la *Constitución*. Es importante destacar que la Corte señala que un ilícito constitucional puede ser cometido tanto por autoridades como por particulares “con total independencia del procedimiento que se prevea para el resarcimiento correspondiente”; es decir, distingue la cuestión sustantiva (lo que Mijangos llama “el problema de construcción”) de la cuestión procesal (llamada por el mismo autor el “problema de la protección”),⁷¹ lo cual es muy adecuado para hacer planteamientos correctos sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

La consecuencia de los criterios referidos, como consta expresamente en la segunda de las tesis que estamos comentando, es que si una prueba fue obtenida a través de la comisión de un ilícito constitucional, no puede ser tomada en cuenta por juez alguno en un procedimiento jurisdiccional.⁷²

⁶⁹ Para la exposición de los detalles véase Javier Mijangos y González, *op. cit.*, pp. 62 y siguientes. El mismo autor ha analizado el caso en su ensayo: “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México DF, 2003.

⁷⁰ Javier Mijangos y González, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, *op. cit.*, p. 63.

⁷¹ *Ibid.*, p. 65.

⁷² El criterio sobre la inadmisibilidad judicial de las pruebas obtenidas ilícitamente es muy conocido en los ordenamientos jurídicos modernos. Algunos países lo han elevado incluso a rango constitucional; tal es el caso de la *Constitución* brasileña de 1988, cuyo artículo 5 dispone en la fracción LV1 que “son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”. Esta concepción permite extender la eficacia horizontal de los derechos fundamentales al ámbito probatorio.

Lo importante, a partir de las tesis citadas, es que la Corte ya asume con todas sus consecuencias la eficacia entre particulares de al menos ciertos derechos fundamentales. Este criterio se proyecta de forma inmediata hacia todas las autoridades judiciales del país (por mandato de los artículos 192 y siguientes de la *Ley de Amparo*), pero puede ser de gran utilidad también para los órganos administrativos, que están en condiciones de aplicar esa jurisprudencia en un buen número de procedimientos. Así por ejemplo, las tesis mencionadas pueden ser de utilidad para las actividades del CONAPRED, en tanto que eventualmente son aplicables como apoyo a sus decisiones en los procedimientos de queja de que conoce.

Desde luego, del estudio de las tesis transcritas y de algunos otros precedentes judiciales que existen sobre el tema se debe concluir que la eficacia horizontal es un tema sobre el que todavía hace falta mucho estudio y reflexión. En este sentido, cabe a la teoría constitucional la gran responsabilidad de construir referentes teóricos que den soporte y orienten las decisiones que, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, se vayan tomando sobre el tema.

Una nota de derecho comparado -

COMO SE HA PUESTO EN EVIDENCIA EN VARIOS DE LOS APARTADOS anteriores, la experiencia mexicana acerca de la aplicación entre particulares de los derechos fundamentales en general, y del derecho a no ser discriminado en concreto, es muy escasa. Se trata de un tema que solamente de forma muy incipiente ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales y de análisis teóricos. En este contexto, quizá puede ser útil mencionar algunos casos interesantes tomados del derecho comparado, tanto en el ámbito del derecho nacional de otros países como en el del derecho internacional de los derechos humanos. No se trata de hacer un recuento completo del derecho comparado en esta materia, lo que requeriría de esfuerzos que superan con mucho el objetivo del presente ensayo, sino de resaltar las experiencias que pueden tener mayor interés para el caso mexicano.

La eficacia horizontal en los textos constitucionales

La mejor forma de zanjar las discusiones sobre los efectos horizontales de los derechos fundamentales consiste en disponer por mandato constitucional tales efectos. Esto es lo que hace, por ejemplo, la *Constitución* de Portugal de 1976, cuyo artículo 18.1 señala: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y privadas”.

Otros textos constitucionales prefieren reconocer la procedencia de acciones judiciales (de amparo o de un tipo parecido) por actos de particulares que presuntamente violen derechos fundamentales. Este es el caso de la *Constitución* de Argentina, que luego de la reforma integral de 1994 dispone en su artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares”.⁷³ Disposiciones parecidas se encuentran en un buen número de las constituciones de las provincias que integran el Estado argentino.⁷⁴

En sentido parecido, la *Constitución* de Colombia de 1991 establece en el último párrafo de su artículo 86 que “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave

⁷³ El segundo párrafo de este artículo señala: “Podrán interponer esta acción contra cualquier *forma de discriminación*”.

⁷⁴ La enumeración de las mismas puede verse en Diego Valadés, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, op. cit., pp. 22-23.

y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. La mejor doctrina constitucional colombiana ha señalado que, pese al avance que este precepto representa, en realidad confía el tema de la eficacia horizontal a la competencia del legislador, lo cual pone de manifiesto lo excepcional que es la oposición de los derechos fundamentales frente a los particulares.⁷⁵

Con todo, el artículo 86 de la *Constitución* colombiana es interesante porque a pesar de que se dirige en primer término a una cuestión procesal (referida a la procedencia de la acción de tutela), en realidad incide también en aspectos sustantivos cuando enumera algunos casos específicos, que sin duda tienen una alta relevancia para la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

En efecto, que éstos puedan hacerse valer frente a particulares que prestan servicios públicos es un tema de la mayor importancia a la luz de los grandes procesos de privatización que se han dado en muchos países de América Latina, incluyendo el caso de México.⁷⁶

Suele suceder que los Estados se reserven la titularidad de algún servicio público, pero trasladen a los particulares su prestación; en estos casos, si bien formalmente se trata de simples particulares, los derechos fundamentales deben valer —por un lado— a causa de la función de interés público que llevan a cabo y —por otro— en razón de las medidas que pueden desarrollar frente a otros particulares, respecto de las cuales sería muy ingenuo pensar que se dan relaciones simétricas e iguales entre los sujetos involucrados.

La aplicación jurisprudencial que del mandato del artículo 86 que estamos comentando ha hecho la Corte Constitucional colombiana permite advertir dos principios hermenéuticos: a) “el particular que presta un servicio público se equipara a la autoridad pública y por ende es destinatario de la acción de tutela en los mismos supuestos en que lo es la autoridad pública, es decir, ante la violación de cualquier derecho fundamental”; y b) sin importar de qué servicio público se trate, cabe la acción de tutela en contra del particular encargado de su prestación.⁷⁷

Los otros dos supuestos señalados por el artículo 86 de la *Constitución* colombiana también son muy importantes. Se trata, en primer lugar, del caso en que un particular con su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. En tal supuesto pueden encontrarse

⁷⁵ Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, op. cit., pp. 229-230. El desarrollo legislativo del artículo 86 fue realizado por medio del *Decreto Ley 2591* de 1991, que a la postre fue declarado parcialmente inconstitucional, debido a que limitaba algunos de los supuestos señalados por el precepto de la *Constitución*.

⁷⁶ Ingo von Münch sostiene que “la privatización de los servicios públicos, por ejemplo las telecomunicaciones o las universidades, reducirá el ámbito de aplicación del derecho público y, simultáneamente, ampliará el ámbito de aplicación del derecho privado. En la misma proporción se expandirá la *drittwirkung*”, en “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, op. cit., p. 32.

⁷⁷ Alexei Julio Estrada, op. cit., pp. 235-236.

las empresas contaminantes⁷⁸ y los particulares que afecten el patrimonio urbano, histórico o artístico.⁷⁹

La tercera previsión del artículo 86 se refiere a las relaciones jurídicas en que una persona se halle en estado de subordinación o de indefensión; se puede aplicar este supuesto a las relaciones de los particulares con las grandes corporaciones, que tampoco pueden considerarse como simétricas (por ejemplo cuando éstas imponen la firma de contratos “de adhesión”, en los cuales las cláusulas están determinadas por una de las partes y respecto de las cuales la otra solamente puede someterse o no participar en la relación jurídico-contractual). La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la subordinación y la indefensión son características fácticas que deben ser precisadas caso por caso.⁸⁰

Regulaciones semejantes a las de Argentina y Colombia pueden encontrarse en otros textos constitucionales de América Latina, como los de Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú.⁸¹

La eficacia horizontal en pronunciamientos jurisprudenciales

Los casos que acabamos de comentar se refieren a previsiones establecidas directamente por los textos constitucionales. Sin embargo, la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha sido desarrollada en muchos países a través de criterios jurisprudenciales (como en el caso de México, según lo que ya vimos en el apartado anterior). Conviene mencionar los pronunciamientos más conocidos.

Quizá el caso más citado sobre nuestro tema (o al menos uno de los más difundidos) fue resuelto en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y se le conoce como *caso Lüth*.⁸² Su origen se encuentra en la exhortación que un particular hizo para que el público boicoteara una película realizada por otro particular. El primero de ellos fue demandado civilmente y condenado por los tribunales ordinarios. Al conocer del recurso extraordinario el Tribunal Constitucional afirmó que la *Constitución* alemana “no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral”; por el contrario, el orden de valores que impone, el cual “encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, como decisión constitucional fun-

⁷⁸ La Corte Constitucional ha emitido sentencias referidas a ruidos molestos producidos por establecimientos de diversión o por empresas que trabajan cerca de zonas residenciales, por emisión de malos olores, por el vertido de desechos químicos, etcétera. Véase *ibid.*, p. 241.

⁷⁹ Aunque en el caso de Colombia su utilización está limitada, ya que existe en su ordenamiento jurídico otra vía procesal de protección de este tipo de intereses o bienes jurídicos, que son las acciones populares previstas en el artículo 88 de su *Constitución*.

⁸⁰ Alexei Julio Estrada, *op. cit.*, pp. 244 y siguientes.

⁸¹ Diego Valadés, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, *op. cit.*, pp. 28-29; y Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, tercera edición, México DF, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 788.

⁸² Un análisis del caso y del debate que suscitó posteriormente en la dogmática constitucional alemana puede verse en Alexei Julio Estrada, *op. cit.*, pp. 68 y siguientes.

damental, *debe ser válido para todas las esferas del derecho*; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso. Así influye evidentemente también en el derecho civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él”.⁸³

En el ámbito de América Latina destaca el pronunciamiento de la Corte Suprema de Argentina en el conocido como *caso Kot*, en el cual reconoció que los derechos fundamentales de un empresario podían ser violados por un grupo social determinado (se trataba de un sindicato). En la sentencia relativa la Corte sostuvo que

Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poder material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.⁸⁴

Este caso tuvo importantes repercusiones para la configuración del juicio de amparo en Argentina, tanto a nivel federal como provincial, así como en otros países de la región.⁸⁵

En Estados Unidos la Suprema Corte ha mantenido un criterio parecido al que ya hemos citado de los tribunales mexicanos, en el sentido de reconocer que la afectación de los derechos fundamentales solamente se presenta cuando existe un “acto de autoridad”; el concepto empleado en ese país es el de *state action*.⁸⁶ En ausencia de esa acción estatal no puede demandarse la violación de un derecho fundamental.

Sin embargo, de forma indirecta se han podido obtener algunos pronunciamientos que al menos han reconocido fenómenos discriminatorios por parte de los particulares. Ya hemos citado el sentido de varios pronunciamientos sobre la eficacia horizontal del derecho de asociación. Entre los más importantes en esta materia se encuentra la sentencia del caso *Roberts versus United States Jaycees*, de 1984, respecto a la no admisión de mujeres en ciertas asociaciones privadas. En un caso parecido (*Board of Directors of Rotary International versus Rotary Club of Duarte*, de 1987) la Corte impuso la obligación de los clubes de Rotarios (muy conocidos en Estados Unidos y en México) de aceptar a mujeres; es decir, en ambos casos sostuvo que la discriminación por razón de sexo no puede imponerse frente al derecho de libre asociación. El mismo criterio fue sostenido, con diversos matices, en casos posteriores.⁸⁷

⁸³ Los pasajes más importantes de la sentencia se encuentran en traducción al español en la obra de Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 133-137.

⁸⁴ Texto tomado de Héctor Fix Zamudio, “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión”, en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, segunda edición, México, DF, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 161-162.

⁸⁵ Véase Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 786 y siguientes.

⁸⁶ Un análisis de este concepto y de los matices con los que ha sido aplicado por los tribunales estadounidenses puede verse en Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

⁸⁷ Véase Karen O'Connor, “Private Discriminatory Associations”, en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, segunda edición, Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 786-787.

En otras sentencias, la Corte de Estados Unidos ha declarado la inconstitucionalidad de normativas locales de desarrollo urbano que exigían o permitían la segregación racial en la urbanización de barrios. Un pronunciamiento pionero en este tema se encuentra en la sentencia del caso *Buchanan versus Warley*, de 1917. La extensión de este criterio a actos de particulares no sucedió, sin embargo, sino hasta 1968, cuando en la sentencia del caso *Jones versus Alfred H. Mayer Co.* la Corte sostuvo que la discriminación racial estaba prohibida tanto para las autoridades como para los particulares (el caso se había originado por la negativa del propietario de una vivienda para vender la misma a una pareja, dado que el marido era una persona afroamericana).⁸⁸

A escala internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido también la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales en varios de sus pronunciamientos, tanto en sentencias como en opiniones consultivas.⁸⁹ En concreto, considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que supondrían, llegado el caso, incurrir en una responsabilidad internacional. La Corte afirma, a propósito de los derechos de los trabajadores, que:

En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (*Opinión Consultiva núm. 18*, párrafo 140).

En el mismo sentido, la Corte considera que:

La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de esos derechos (*Opinión Consultiva núm. 18*, párrafo 147).

En un pronunciamiento muy parecido, dentro de un caso contencioso, la Corte ha sostenido que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo por ser obra de un particular o por no ha-

⁸⁸ Una narración de estos y otros precedentes puede verse en Gerald N. Rosenberg, “Housing Discrimination”, en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, op. cit., pp. 475-476.

⁸⁹ Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana tienen un especial interés para México, ya que resultan obligatorios en términos del artículo 133 constitucional y de la tesis 77/99 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los preceptos correspondientes de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y de la propia *Convención Americana de Derechos Humanos*, que fue el instrumento de creación de la Corte.

berse identificado al autor de la agresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención [*Americana de Derechos Humanos*].”⁹⁰

⁹⁰ Véase *Caso Velásquez Rodríguez*, párrafo 173, el cual puede consultarse en Sergio García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 81.

Conclusión -

LA TEORÍA CLÁSICA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES es insuficiente en la actualidad para explicar una serie de violaciones a los mismos, que ya no solamente pueden provenir de las autoridades sino también de los particulares. Dicha teoría ha tenido una gran influencia en México y ha sido aceptada por la mayor parte de la teoría constitucional, por la legislación (a través de la *Ley de Amparo*) y por la jurisprudencia.

Se requiere un cambio de grandes proporciones que permita asegurar la eficacia horizontal de los derechos, de modo que tengan efecto no solamente en las relaciones entre autoridades y particulares, sino también –con los matices que sean necesarios– en las relaciones jurídicas entre particulares.

La tendencia en México parece acompañar los avances que se han producido en otros países. Algunas tesis jurisprudenciales de nuestros tribunales ya admiten la eficacia horizontal de los derechos, como lo hace también –desde una perspectiva bastante moderna– la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*.

En el futuro será necesario profundizar en el estudio de la eficacia de los derechos entre particulares, definiendo para el caso de cada derecho en concreto los alcances que podría tener según que se proyecte a relaciones entre particulares y autoridades o solamente entre aquéllos. Para realizar esa tarea será de gran utilidad la comprensión y el análisis de lo que se ha hecho en otros países, sobre todo en los que el tema ha sido estudiado desde hace décadas.

Para el derecho a la no discriminación en particular es muy importante reconocer la posibilidad de que se aplique a las relaciones entre particulares, pues la discriminación es sobre todo –hoy en día– un fenómeno que tiene gran arraigo en la sociedad mexicana. Sostenener que ese derecho solamente puede ser eficaz frente a las autoridades es dejar de lado la enorme evidencia que nos demuestra su presencia y sus efectos perniciosos en las relaciones sociales. Pensemos simplemente en los ámbitos laboral, educativo e indígena. En ellos es evidente la existencia de una discriminación *socializada*, que casi siempre perjudica a grupos en situación de alta vulnerabilidad. El presente ensayo quiere servir como una herramienta modesta para alimentar un debate necesario e incluso urgente en México, que tiene que ver –en el fondo– con la posibilidad de que los derechos fundamentales sean algo más que meras declaraciones retóricas que adornan nuestro texto constitucional y puedan convertirse en instrumentos para que florezcan en la sociedad mexicana la igualdad y la libertad en todas sus expresiones.

Bibliografía -

ÁLVAREZ, SILVINA

2002 - “Los derechos de la mujer en un pañuelo”, *Claves de razón práctica*, núm. 123, Madrid, junio.

BERNAL PULIDO, CARLOS

2003 - *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA

2003 “Prohibición de la discriminación y derecho de admisión en los establecimientos abiertos al público”, ponencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, España, 3-5 de diciembre.

1997 *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill.

1997 *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA y FERNANDO REY MARTÍNEZ

1988 - “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional”, en Manuel Aragón (coord.), *La Constitución y la práctica del derecho*, Madrid, Aranzadi-BCH.

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG

1993 - *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

BURGOA, IGNACIO -

2002 *Las garantías individuales*, 32ª edición, México DF, Porrúa. -

CARBONELL, MIGUEL

2005 - *Los derechos fundamentales en México*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos.

2005 - *Una historia de los derechos fundamentales*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos.

2004 - *Igualdad y Constitución*, México DF, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

2002 - “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México.

DE VEGA, PEDRO

2002 - “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en varios autores, *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México.

FERRAJOLI, LUIGI

2002 - “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, segunda edición, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

2002 - “Garantías”, *Jueces para la democracia*, núm. 38, Madrid, julio.

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR

2003 - “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Eduardo Ferrer MacGregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cuarta edición, tomo I, México DF, Porrúa, 2003.

2003 - *Ensayos sobre el derecho de amparo*, tercera edición, México DF, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.

1999 - “La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión”, en Héctor Fix Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, segunda edición, México DF, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, PILAR HERNÁNDEZ y

ALFREDO SÁNCHEZ CASTAÑEDA

2001 - “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. III, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

HESSE, KONRAD -

1995 *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995. -

IRONS, PETER

2002 - *Jim Crow's Children. The Broken Promise of the Brown Decision*, Nueva York, Penguin Books.

JULIO ESTRADA, ALEXEI

2000 - *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

KLUGER, RICHARD

2004 - *Simple Justice. The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Vintage Books.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER

2004 - *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México DF, Porrúa.

2003 - "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México DF.

O'CONNOR, KAREN

2005 - "Private Discriminatory Associations", en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, segunda edición, Nueva York, Oxford University Press.

PATTERSON, JAMES T.

2001 - *Brown v. Board of Education. A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Oxford, Oxford University Press.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO

2005 - *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, DF, Consejo Nacional para la Prevenir de la Discriminación.

1996 - *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill.

ROSENBERG, GERALD N.

2005 - "Housing Discrimination", en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, segunda edición, Nueva York, Oxford University Press.

VALADÉS, DIEGO

2005 - *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México DF, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

VELASCO, JUAN CARLOS

1997 - "El crucifijo en las escuelas. Sobre una sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania", *Claves de razón práctica*, núm. 72, Madrid, mayo.

VON MÜNCH, INGO

1997 - "Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania", en Pablo Salvador Coderch (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas.

YOUNG, IRIS MARION -

2000 - *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra. -

ZALDÍVAR, ARTURO

2002 - *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México DF, Universidad Nacional Autónoma de México.

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL TEXTO
DE LA *CONSTITUCIÓN* MEXICANA:
ANÁLISIS Y PROPUESTA DE REFORMA -

Miguel Carbonell

Introducción -

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

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

El mandato de igualdad -

SI ACUDIMOS AL *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA* podemos encontrar que el vocablo “igualdad” proviene del latín *aequalitas* y tiene dos significados generales y uno específico en matemáticas; en general significa “Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”, así como “Correspondencia o proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo”; en matemáticas significa “equivalencia de dos cantidades o expresiones”.

¿Qué significa decir que dos personas o dos objetos son iguales? Para que así los califiquemos deben cumplir con tres propiedades: ser reflexivos ($A=A$), ser simétricos ($A=B$, $B=A$) y ser transitivos (si $A=B$, $B=C$, entonces $A=C$).¹

El concepto de igualdad, desde el punto de vista normativo, es un concepto indeterminado, que requiere de un esfuerzo creativo importante por parte del intérprete al momento de juzgar si una determinada norma o situación pueden lesionarlo. Tiene razón Francisco Rubio Llorente cuando afirma que

[...] la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre 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.²

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

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

² Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 640.

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

que existiera una diferencia entre los hombres y mujeres al momento de establecer la titularidad del derecho de sufragio; de la misma forma, todavía hasta la mitad del siglo xx existía en Estados Unidos una separación entre personas de raza blanca y personas de raza negra en el sistema escolar o en el sistema de transporte público; hoy en día, sin embargo, a nadie en su sano juicio se le ocurriría defender que los criterios del sexo o la raza son válidos para tratar de distinta forma a una persona.

En un segundo sentido, el principio de igualdad es un principio abierto debido a que no es posible enumerar o hacer un listado de los rasgos que han de ser considerados irrelevantes y que, por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para dar un trato diferente a dos o más personas.

Al proponer que la *Constitución* regule de determinada manera el principio de igualdad o la prohibición de discriminar, lo que estamos haciendo es precisar históricamente nuestro entendimiento de los rasgos que pueden o no ser utilizados para distinguir o tratar igual a las personas. Algunos a partir de los cuales tradicionalmente se distinguía a las personas hoy en día han quedado superados; así por ejemplo, y en términos generales, el color de la piel, el sexo, el origen étnico, etcétera. Otros rasgos, que suponen el reflejo de claros fenómenos de discriminación, siguen alojados en la mentalidad social y en los textos constitucionales; así por ejemplo, la homosexualidad y la distinción por razón de ciudadanía, entre otros.

¿Qué diferencias son relevantes? -

EN LA PRÁCTICA, TANTO AL MOMENTO DE ESCRIBIR un texto constitucional o legal, como al aplicarlos a un caso concreto, la pregunta que surge es: ¿cuáles son las diferencias que pueden ser relevantes entre las personas para producir un trato distinto entre ellas? O dicho en otras palabras: ¿cómo sabemos cuándo está permitido tratar de forma distinta a dos personas?, ¿cómo justificamos que una persona tenga un mejor sueldo que otra o que un empresario deba pagar más impuestos que un desempleado?, ¿qué es lo que justifica que los menores de edad no puedan ser titulares del derecho al sufragio o que las personas que tienen una discapacidad psíquica no puedan realizar por sí mismas contratos de compra-venta?, ¿es correcto o justo que quienes deciden compartir su vida con una persona de su mismo sexo no puedan casarse y tener los mismos derechos que las personas heterosexuales?

Una parte de la teoría constitucional de nuestros días reconoce que un concepto útil para contestar a esas preguntas es el de *juicios de relevancia*. A partir de éstos podemos razonar de la siguiente forma: el principio de igualdad nos indica que si entre dos personas existen diferencias *irrelevantes*, entonces debemos darles un tratamiento igual; pero también nos exige que si esas personas mantienen diferencias *relevantes*, entonces el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue también debe ser distinto.⁴ No se trata de otra cosa sino de la conocida fórmula expresada por Aristóteles en *La política* cuando afirmaba lo siguiente: “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”.

Para no tratar de resolver estos importantes aspectos del principio de igualdad en abstracto quizá sea mejor pasar a comentar enseguida las diversas expresiones que tal principio tiene en el texto constitucional mexicano. Al hilo de la exposición se harán las propuestas de reformas que se consideran más útiles en la materia.

⁴ - Una exposición somera de los criterios que se utilizan en las teorías de la justicia para precisar los juicios de relevancia puede verse en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, 2005, pp. 170-173.

Igualdad en derechos fundamentales -

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

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

En otros países los textos constitucionales han introducido la cláusula del *contenido esencial* de los derechos para reforzar esta idea de indisponibilidad de los derechos frente a los poderes constituidos. En este punto los modelos a seguir se encuentran en la *Constitución* alemana de 1949 (artículo 19.2), portuguesa de 1976 (artículo 18.3) y española de 1978 (artículo 53.1), entre otras.⁵

El artículo 19.2 de la *Constitución* de Alemania dispone lo siguiente: “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”. El artículo 53.1 de la *Constitución* española, en la parte conducente, establece que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.⁶ Por su parte, el artículo 18 de la *Constitución* de Portugal en sus párrafos dos y tres señala que:

2. - La ley sólo podrá restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la *Constitución*, debiendo las restricciones limitarse a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos.

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

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

3. - Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deberán revestir carácter general y abstracto y no podrán surtir efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el ámbito del contenido esencial de preceptos constitucionales.

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

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

⁷ Véase Luis Prieto Sanchís, *ibidem*.

El principio de no discriminación -

Cuestiones generales

Una de las expresiones más conocidas del principio de igualdad en los textos constitucionales consiste en la prohibición de discriminar, es decir, de tratar de forma diferente a dos o más personas con base en algún criterio que se juzgue no razonable. Lo más común es que las constituciones y los tratados internacionales en la materia enuncien una serie de rasgos que no pueden ser utilizados para efecto de tratar de forma diferente a las personas. También suele ser frecuente que tales enunciaciones se dejen abiertos, pues el marcado pluralismo que puede tener el trato desigual injustificado aconseja permitir un espacio de creatividad para el intérprete constitucional en este punto.

En México fue con la reforma del 14 de agosto de 2001 cuando se incorporó en la *Constitución* un tercer párrafo a su artículo 1 para establecer el principio de no discriminación, en los siguientes términos: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Su introducción en el texto constitucional debe juzgarse como muy positiva. Se trata de una de las reformas más importantes de las últimas décadas y su potencial de movilización a favor de los derechos fundamentales puede ser de vastas dimensiones. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se trate de un texto mejorable y que no se le deban agregar en consecuencia cuestiones que actualmente no prevé o enunciar de mejor forma otras que sí establece.

Cláusulas como la que contiene el artículo 1 párrafo tercero de la *Constitución* mexicana son muy comunes tanto en el derecho constitucional de otros países como en el derecho internacional de los derechos humanos. Por citar solamente dos ejemplos podemos recordar que el artículo 2.1 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966 dispone que: “Los Estados parte en el presente *Pacto* se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (véase también el artículo 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966); por su parte, la *Carta de Derechos*

Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece sobre nuestro tema lo siguiente: “Artículo 21. Igualdad y no discriminación: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

No discriminación en materia lingüística

Si tomamos en cuenta estos y otros ejemplos de derecho comparado que podrían citarse,⁸ veremos que la lista de rasgos con base en los cuales no puede tratarse de forma diferente a dos o más personas es incompleta y que, en consecuencia, sería positivo agregar nuevos rasgos prohibidos o incluso precisar alguno de los actuales que puede presentar cierta ambigüedad.

Entre los que se podrían agregar cabe mencionar a la lengua. La protección frente a discriminaciones lingüísticas es una de las más importantes desde varios puntos de vista. Por un lado, parece de una evidente y manifiesta injusticia el tratar diferente a dos o más personas solamente con base en el idioma que hablan (y lo mismo sucede cuando se impide a una persona disfrutar de un derecho fundamental por esa razón). La protección contra discriminaciones por razón de lengua es importante, en el caso mexicano, si tomamos en cuenta que un porcentaje de la población del país es, cuando menos, plurilingüe, es decir, que no todos los que habitan en el país tienen un idioma común. Por otro lado, la protección frente a discriminaciones lingüísticas serviría para evitar tratos injustificados a nacionales de otros países que se encuentren en territorio mexicano y que no conocen el español.⁹

La propuesta de incluir la prohibición de discriminar por razón de lengua es congruente con lo que dispone la fracción IV del apartado A del artículo 2 de la *Constitución*. Dicha fracción reconoce como un derecho de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas de México el de “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”.

La prohibición de discriminar por razón de lengua se encuentra en la *Constitución* alemana (artículo 3), la de Finlandia (artículo 5), la de Italia (artículo 3), la de Portugal (artículo 13), la de Bolivia (artículo 6), la de Colombia (artículo 6), la de Ecuador (artículo 23), la de Nicaragua (artículo 27) y la de Perú (artículo 2), entre otras.

Algunos textos constitucionales no se limitan a proteger los derechos lingüísticos mediante un mandato de no discriminación, sino que abundan sobre el importante aspecto de la oficialidad lingüística, es decir, sobre el reconocimiento de lenguas distintas a la que habla la

⁸ Una lista más o menos amplia de las cláusulas de igualdad y no discriminación puede verse en los cuadros contenidos en Miguel Carbonell, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, segunda edición, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 141-152.

⁹ Para la fundamentación teórica de los derechos lingüísticos y sus consecuencias puede verse Will Kymlicka y Alan Patten (comps.), *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

mayoría de la población como lengua oficial.¹⁰ Al respecto puede citarse el caso de Colombia, cuya *Constitución* señala en el artículo 10 que “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

Otra regulación interesante se encuentra en el artículo 6 de la *Constitución* italiana, que ordena lo siguiente: “La República protegerá mediante normas adecuadas a las minorías lingüísticas”.

A diferencia del Poder reformador de la *Constitución*, el legislador ordinario mexicano sí alcanzó a observar la omisión de la lengua en el listado del artículo 1 párrafo tercero constitucional e incluyó su protección en el artículo 4 de la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (LFPED).

No discriminación por xenofobia

Además de la cuestión lingüística, se podría agregar al listado del artículo 1 la prohibición de la xenofobia, como ya lo hace el segundo párrafo del artículo 4 de la LFPED.¹¹ La inclusión en el artículo 1 constitucional de la prohibición de discriminar por cuestiones xenofóbicas no es una idea solamente teórica, sino que es una respuesta práctica a una realidad muy grave y preocupante. Según lo acredita la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*,¹² existen en nuestro país sentimientos, percepciones y actitudes bastante generalizadas que son claramente discriminatorias hacia los extranjeros, al grado que no es exagerado suponer que los no nacionales se encuentran dentro de los grupos sociales más discriminados en el territorio nacional, junto con las personas homosexuales, las mujeres, los indígenas y las personas con discapacidad.

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

¹¹ En este punto la LFPED recoge una de las grandes tendencias que se observan en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LFPED puede encontrarse en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la Organización de Naciones Unidas (ONU) en esa ciudad de Austria en 1993; en tal documento puede leerse que: “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la *xenofobia* y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta *Declaración* tuvo continuidad en los trabajos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la *Declaración de Viena* como las conclusiones de la Conferencia de Durban pueden consultarse en Miguel Carbonell, Sandra Moguer y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, segunda edición, Porrúa-CNDH, 2003, tomo II, pp. 1311-1424.

¹² La *Encuesta* fue publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en junio de 2005. También puede ser consultada en la página electrónica de la Secretaría: www.sedesol.gob.mx.

En el documento mencionado se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranjero y 42% contestó que no; ese porcentaje solamente es superado en el caso de los homosexuales (48%).

Esto nos indica la pertinencia de incluir una mención constitucional sobre la xenofobia. Además de elevar a rango constitucional una tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, esta propuesta tendría evidentes consecuencias sobre la legislación ordinaria, que sigue manteniendo inaceptables distinciones (discriminaciones, mejor dicho), en contra de los no nacionales. La legislación mexicana en materia de migración y naturalización no supera el mínimo estándar antidiscriminatorio internacional; es seguro que si dicha legislación existiera por ejemplo en Estados Unidos el gobierno mexicano ya habría promovido diversas quejas diplomáticas.

Una proyección del sesgo xenofóbico del ordenamiento jurídico mexicano se encuentra en el artículo 33 constitucional, a cuyo estudio dedicaremos un apartado posterior.

No discriminación por preferencias sexuales

Además de la prohibición de discriminar por razón de lengua o por xenofobia, también sería útil precisar los términos “preferencias” y “capacidades diferentes”, que se encuentran actualmente en el párrafo tercero del artículo 1 constitucional. Aunque haciendo un sencillo ejercicio interpretativo podemos concluir que en realidad la *Constitución* se refiere a las preferencias sexuales y a las discapacidades, no estaría de más hacer la puntualización para ofrecer mayor claridad a todos los lectores de la carta magna.

El tema de la protección frente a la discriminación por motivos de preferencia sexual es especialmente importante, también por razones no solamente teóricas sino sobre todo prácticas. La sociedad mexicana, según lo acredita la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México* a la que ya nos hemos referido, es profundamente discriminadora hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual. Esto se refleja en actitudes y conductas sociales muy diversas (incluso en los estereotipos que suelen repetir inopinadamente los medios de comunicación acerca de los homosexuales), algunas de las cuales han sido prohibidas por la LFPED en el artículo 9 (ver por ejemplo sus fracciones II, XV, XXIII, XXVII y XXVIII).

La prohibición de discriminar por razón de preferencia sexual debe ser la punta de lanza para alcanzar una plena equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Ésta podría deducirse actualmente de diversos compromisos internacionales que han sido firmados por el Estado mexicano y quizá también del párrafo primero del artículo 4 constitucional,¹³ interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de estado civil, pero serviría de mucho contar con la expresa precisión en el artículo 1 constitucional.

¹³ Véase al respecto el argumento que se expone en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 233-235.

En el derecho comparado es abundante la información tanto legislativa como jurisprudencial que nos permite tener una visión más amplia de la no discriminación por razón de preferencias sexuales. Por un lado, el criterio de las preferencias sexuales aparece con frecuencia en los listados de características con base en las cuales está prohibido tratar de forma diferente a las personas. Por otro, los tribunales constitucionales de otros países o las cortes internacionales han ido apuntalando criterios interpretativos para evitar ese tipo de discriminación. En Estados Unidos, la Suprema Corte sostuvo en 1986 la constitucionalidad de las leyes que sancionaban penalmente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos (en el caso *Bowers versus Hardwick*), pero este criterio fue abandonado en junio de 2003, en un caso en el que la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que contenía ese tipo de sanciones para tales conductas (*Lawrence versus Texas*).¹⁴ Desde 1996, sin embargo, la Corte había aceptado que no pueden existir normas que prohíban tomar medidas a los órganos públicos a favor de las personas homosexuales (en *Romer versus Evans*, donde se discutía la constitucionalidad de una enmienda a la *Constitución* de Colorado que impedía que cualquier órgano público concediera ningún tipo de derecho especial o ayuda a las personas homosexuales, lesbianas o bisexuales).

En un sentido parecido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias protegiendo a personas homosexuales. Por ejemplo, en el caso *Salgueiro da Silva* (de 1999) aprecia una violación al *Convenio Europeo de Derechos Humanos* debido a que a un padre homosexual se le haya negado la custodia de su hija alegando justamente tal condición. En otro caso reconoce el derecho de un homosexual a continuar con el arrendamiento de una vivienda que había compartido con su compañero (caso *Karner*, de 2003).¹⁵

Las sentencias que se han mencionado sirven para ilustrar los importantes pasos que deben darse a fin de tutelar el principio de no discriminación por razón de orientación o preferencia sexual. En orden a conseguir ese objetivo es que se recomienda incluir en el texto constitucional mexicano la mención expresa y clara de que está prohibido discriminar por razón de preferencias sexuales.

No discriminación por discapacidad

Por lo que hace al tema de la discapacidad (hoy recogido de manera ambigua en el artículo 1 párrafo tercero bajo el concepto de “capacidades diferentes”), existen en el derecho constitucional comparado ejemplos de regulación relativamente amplia o en todo caso más completa que la que figura en el artículo 1 de la *Constitución* mexicana. Esto se debe a que en algunos

¹⁴ Sobre el caso *Bowers* puede verse Miguel Carbonell, “*Bowers versus Hardwick*: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y análisis*, núm. 119, México, mayo de 2005, pp. 33-35. Sobre *Lawrence* hay un importante trabajo de Laurence Tribe, “*Lawrence v. Texas*: the ‘Fundamental Right’ that Dares Not Speak its Name”, *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1893 y ss.

¹⁵ Citados en David Giménez Gluck, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 246.

países se tomó la decisión de no limitar la protección constitucional para las personas con discapacidad a la prohibición de discriminar. Yendo más allá de ésta, ciertos ordenamientos constitucionales disponen de tareas concretas a cargo del Estado para proteger a las personas con discapacidad o para asegurarles una mayor igualdad de oportunidades en áreas como la laboral o la educativa.¹⁶

Un ejemplo de lo que se acaba de decir, que tiene el defecto de emplear una terminología poco moderna, lo encontramos en el artículo 49 de la *Constitución* española de 1978, que dispone lo siguiente: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.¹⁷ Por su parte, la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* establece en su artículo 26 que: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

Otros modelos de regulación de los derechos de las personas con discapacidad pueden encontrarse en el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque se trata de textos más largos que los que se han citado y que por tanto quizá no quepan en un texto constitucional, que siempre debe intentar ser escueto, lo cierto es que en ellos podemos observar algunos aspectos esenciales útiles para emprender una futura reforma constitucional sobre el tema. Al respecto se puede citar, entre otros, el artículo 18 del *Protocolo de San Salvador* a la Convención Americana de Derechos Humanos (de 1969, conocida como *Pacto de San José*), el cual dispone que:

Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a) -ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

¹⁶ Para un panorama teórico del tema puede acudirse a Christian Courtis, “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudia Martín *et al* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara-UIA, 2004, pp. 641 y ss., así como Jorge Cardona Lloréns y Amparo Sanjosé Gil, “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal”, en Christian Courtis y otros (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, pp. 147 y ss.

¹⁷ Quizá este artículo fue la fuente de inspiración del artículo 47 de la *Constitución* colombiana de 1991, cuyo texto es el siguiente: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

- b) proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c) incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
- d) estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena.

En términos generales, cuando se estudia la regulación de los derechos de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos hay que recordar que en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, emitido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se recogieron algunos señalamientos interesantes. Así por ejemplo, en ese documento se precisa que: “El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales, psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad” (párrafo 64).

Algunos elementos adicionales a los ya citados pueden encontrarse en las *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*, dictadas por la Asamblea General de la ONU en 1993.¹⁸

Las *Normas uniformes* (UN) conforman el cuerpo normativo más completo que existe sobre el tema de la discapacidad, hasta donde tengo información. Aunque, como se señala en el propio texto, no son obligatorias en sentido jurídico, la Asamblea General de la ONU reconoce que se pueden convertir en derecho internacional consuetudinario cuando un número importante de países decida aplicarlas (párrafo 14 de la Introducción).

El artículo 1 de las NU se refiere a la necesidad de una mayor toma de conciencia de los problemas de las personas con discapacidad. Con el fin de que ésta se produzca, el texto señala la obligación del Estado de distribuir información actualizada acerca de los programas y servicios disponibles para esas personas, para sus familias, para los profesionales que trabajen en esta esfera y para el público en general (artículo 1.1). Es necesario también llevar a cabo campañas informativas sobre los derechos de las personas con discapacidad y alentar a los medios de comunicación a que presenten una imagen positiva de ellas (artículo 1.2 y 1.3).

En cuanto a la atención médica, las NU señalan que los Estados deben proporcionar programas de detección precoz, evaluación y tratamiento de las deficiencias (artículo 2.1). Para ello es necesario capacitar a trabajadores comunitarios locales, asegurarse de que las personas con discapacidad reciban atención médica de igual calidad que el resto de la población y dentro del mismo sistema general, contar con personal médico y paramédico debidamente

¹⁸ Las *normas uniformes* se encuentran en el anexo de la *Resolución 48/96* de la Asamblea General de la ONU, de 20 de diciembre de 1993.

capacitado y equipado para atender a las personas con discapacidad, así como prestar asesoría a los padres a fin de que no limiten las opciones de sus hijos con discapacidad (artículo 1, párrafos 2 a 5).

Las NU también establecen los servicios de apoyo que deben prestarse a las personas con discapacidad. Los Estados se comprometen a proporcionar equipo y recursos auxiliares, asistencia personal y servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad (artículo 4.1), así como apoyar el desarrollo, fabricación, distribución y reparación de esos equipos y recursos auxiliares (artículo 4.2).

Las necesidades especiales de las personas con discapacidad hacen necesario tomar en cuenta una serie de cuestiones para facilitarles el acceso a los bienes y servicios a los que, como el resto de la población, tienen derecho. Las NU se refieren ampliamente a lo que se debe hacer para mejorar las “posibilidades de acceso” de las personas con discapacidad al entorno físico. La adaptabilidad de éste puede traducirse en leyes que regulen de forma adecuada la construcción de viviendas, los servicios de transporte y los establecimientos que dan servicio al público (restaurantes, cines, teatros, etcétera).

En el ámbito de la educación las NU señalan en su artículo 6 la necesidad de que, en la medida de lo posible, las personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema educativo general y sólo de forma excepcional concurren a escuelas de educación especial. En el caso de estas últimas el presupuesto asignado deberá ser al menos el mismo que el del resto de las escuelas (en términos porcentuales, como es obvio).

También el tema del empleo recibe un amplio tratamiento en las NU. Se trata de un aspecto, junto al de la salud y la educación, central para la vida digna de las personas con discapacidad, pues es justamente en el ámbito laboral donde existen limitaciones muy importantes para ellas que pueden dar lugar incluso a discriminaciones. El objetivo de los Estados, señala el artículo 7 de las NU, debe ser apoyar activamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral abierto; solamente de forma excepcional se podrán crear empresas o ámbitos de actividad profesional especialmente dedicados a su contratación. El apoyo de las instituciones estatales se puede concretar en programas de capacitación profesional, planes de cuotas basadas en incentivos,¹⁹ el empleo reservado, préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, exenciones fiscales, etcétera (artículo 7.2).

Aparte de las normas uniformes, una futura reforma a la *Constitución* mexicana en materia de discapacidad podría nutrirse de lo que se señala en la *Observación General número 5* (“Personas con discapacidad”) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de

¹⁹ Señalando, por ejemplo, que las empresas que cuenten entre sus empleados con más de 5% de personas con discapacidad tendrán un trato fiscal favorable, o incluso estableciendo que el Estado se hará cargo de las cuotas de la seguridad social de las personas con discapacidad que las empresas contraten.

la propia ONU, emitida en 1994.²⁰ También puede ser de interés la consulta de la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, vigente en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) y adoptada en la ciudad de Guatemala en junio de 1999.²¹

No discriminación genética

El texto de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* nos suministra otro criterio interesante para evitar posibles violaciones a la dignidad humana por trato discriminatorio: las cuestiones genéticas. Recordemos que en su artículo 21, que ya se ha transcrito, dispone que está prohibido discriminar por “características genéticas”.

Este concepto es muy relevante en la medida en que los avances de la biología y del estudio de la genética humana permiten intromisiones hasta hace poco insospechadas en nuestra intimidad. De hecho, se comienza a observar en diversos ordenamientos nacionales e internacionales la tendencia a regular los avances genéticos, no como un mecanismo para impedir el desarrollo de la investigación científica, sino para prevenir que éste pueda conculcar derechos fundamentales y producir nuevos fenómenos de discriminación.

Pensemos por ejemplo en las consecuencias que sobre el ámbito de los derechos fundamentales puede tener la determinación del código genético de una persona, los avances en materia de clonación o el desarrollo que se ha dado en la tecnología para el trasplante de órganos. En el campo más reducido de la reproducción humana pensemos en las consecuencias que pueden tener las técnicas de fertilización *in vitro*, de congelación de espermatozoides, de inseminación artificial, de diagnóstico prenatal, etcétera.

Como se apuntó, en algunos textos constitucionales ya se hace referencia a cuestiones genéticas y de medicina reproductiva. Una de las regulaciones más detalladas es la contenida en el artículo 119 de la *Constitución* helvética, que establece lo siguiente:²²

Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. 1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. Corresponde a la Confederación legislar sobre el patrimonio germinal y genético humano. A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetará en particular los siguientes principios: a) se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos; b) el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste; c) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el

²⁰ Véase Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *op. cit.*, tomo 1, pp. 511-525.

²¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de marzo de 2001; en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *op. cit.*, tomo 1, pp. 305-311.

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

peligro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata; d) la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas; e) no se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión; f) el patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley; g) todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia.

Aparte de lo que se ha mencionado en los párrafos anteriores, habría que ponderar la necesidad de mencionar de manera expresa la prohibición de discriminar por razón de embarazo, que es un tema que afecta profundamente a las mujeres sobre todo en el ámbito laboral.

Si las propuestas que se acaban de hacer y las que se realizarán a continuación fueran en el futuro aprobadas, se ampliarían considerablemente y se mejorarían las posibilidades de tutela que ofrece en la actualidad el artículo 1 constitucional. Pero junto con la inclusión de nuevos criterios (lengua, xenofobia, características genéticas, embarazo, etcétera) y la correcta enunciación de los ya existentes (preferencias sexuales, discapacidades), es importante considerar dos temas importantes que todavía no figuran en el texto de la *Constitución* mexicana y que sin embargo gravitan indudablemente en el debate contemporáneo sobre la igualdad y la no discriminación; me refiero a la *discriminación indirecta* y al concepto de *igualdad sustancial*. A estos temas se dedican respectivamente los dos siguientes apartados.

La discriminación indirecta -

UN CONCEPTO QUE A VECES PASA INADVERTIDO pero sobre el que vale la pena llamar la atención es el de la llamada discriminación indirecta. Este tipo de discriminación es el que resulta de aplicar medidas que son formalmente neutras pero que perjudican a grupos en situación de vulnerabilidad.

Para prevenir justamente este tipo de discriminación, en una propuesta ciudadana de ley contra la discriminación se consideró pertinente incluir un párrafo con el siguiente texto: “Asimismo, será considerada discriminatoria toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.²³ Este párrafo podría perfectamente incluirse en el texto constitucional, figurando al final del artículo 1.

Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como “aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”.²⁴

²³ El texto completo del anteproyecto puede consultarse en Miguel Carbonell, “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, y en Miguel Carbonell, “Propuesta de ley contra la discriminación”, en *Propuestas de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, tomo 1, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Themis, México, 2002.

²⁴ Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64; el concepto de discriminaciones indirectas fue introducido en la jurisprudencia constitucional española —en términos muy parecidos a los de la definición que se acaba de transcribir— por medio de la sentencia 145/1991.

Igualdad sustancial -

LA IDEA DE LA IGUALDAD SUSTANCIAL parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden.

La cuestión interesante para el derecho constitucional es si por medio de normas jurídicas se pueden y se deben revertir esas desigualdades o si el ordenamiento jurídico tiene que limitarse a prohibir cualquier forma de discriminación por medio de previsión de igualdad formal. Hay una importante cantidad de autores y analistas que sostienen que el ordenamiento jurídico, comenzando por el propio texto constitucional, debe promover positivamente la igualdad real de oportunidades, no debiendo limitarse a prohibir los fenómenos discriminatorios.

Esa determinación se plasma en los textos constitucionales que junto a los preceptos que recogen el principio general de igualdad o la prohibición de discriminar incluyen cláusulas de igualdad material o igualdad sustancial.

Dentro del género de normas jurídicas que contienen mandatos de este tipo se pueden identificar al menos dos distintos modelos de preceptos; unos que se podrían llamar de “primera generación” y otros que tal vez puedan ser calificados como de “segunda generación”.

Entre los primeros se encuentran, por ejemplo, los artículos 9.2 de la *Constitución* española o 3.2 de la *Constitución* italiana. Aquél dispone que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. De forma parecida, el segundo señala que “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Entre los modelos de artículos sobre la igualdad sustancial que podríamos llamar de “segunda generación” está el importante y polémico agregado de 1999 al artículo 3 de la *Cons-*

titución francesa, que ha dado lugar a importantes cambios en la legislación electoral de ese país; el texto en cuestión dispone que “La ley favorece el igual acceso de las mujeres y de los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas”. Este precepto se complementa con un añadido al artículo 4 de la misma *Constitución*, de acuerdo con el cual los partidos políticos deben contribuir a la puesta en acción del mandato del artículo 3 dentro de las condiciones que establezca la ley.

En el ámbito regional de América Latina se puede tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 75, inciso 23, de la *Constitución* argentina, que faculta al Congreso de ese país para “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta *Constitución* y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.²⁵ Más específicamente, la carta magna de Argentina establece un mandato de igualdad real en materia electoral, que está contenido en su artículo 37 párrafo segundo, cuyo texto es el siguiente: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.²⁶

De forma parecida a lo que sucede en Argentina, la *Constitución* de Venezuela de 1999 señala en su artículo 21.2 que “La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su *Observación general número 18* (sobre no discriminación, adoptada en su 37º periodo de sesiones, 1989)²⁷ señala que

[...] el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el *Pacto*. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al

²⁵ En el mismo sentido, pero siguiendo quizá más de cerca a los textos constitucionales de Italia y España, el párrafo tercero del artículo 11 de la *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires* dispone que: “La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad”.

²⁶ Este precepto es bastante completo porque se refiere no únicamente a las acciones positivas para los cargos de elección popular sino también a los cargos partidistas, con lo cual lleva la idea de la igualdad real no sólo hacia dentro de las instituciones públicas, sino también al ámbito de los partidos políticos.

²⁷ Véase Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *op. cit.*, tomo I, pp. 422 y ss.

sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al *Pacto* (párrafo 10).

En sentido parecido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, en su *Recomendación general número 5* (sobre medidas especiales temporales, adoptada en su 7º periodo de sesiones, 1988),²⁸ recomienda que los Estados parte de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (entre los que se encuentra México), “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”.

Esta recomendación encuentra sustento en el artículo 4.1 de la propia *Convención*, que dispone lo siguiente: “La adopción por los Estados parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de *facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente *Convención*, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.

En el caso concreto de las acciones afirmativas en beneficio de las personas con discapacidad tenemos que la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad* señala que:

No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación (artículo 1.2.B).

Tomando en cuenta lo anterior, quizá sería interesante incluir como párrafo cuarto del artículo 1 de la *Constitución* mexicana una cláusula de igualdad sustancial que combinara los mejores elementos de los preceptos citados. En caso de que se acepte esta idea se debería pensar al menos en las siguientes cuestiones: a) ¿es conveniente especificar los grupos sociales en situación de vulnerabilidad a los que protegería una cláusula de igualdad sustancial o es mejor enunciarla en términos generales?; b) ¿es oportuno señalar alguna medida de acción positiva, por ejemplo en materia electoral, o dejar abierta la puerta para que el legislador pueda instrumentar las medidas positivas que juzgue más necesarias?²⁹

²⁸ Véase *ibid.*, pp. 641-642.

²⁹ Recordemos que en México ya existen cuotas electorales por razón de género en el *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* y en varias legislaciones electorales de las entidades federativas. Las cuotas electorales de género surgen a partir de la constatación del bajo índice de mujeres que acceden a cargos públicos representativos. El promedio mundial de parlamentarias en el mundo ronda 12%; en Europa se ubica sobre 15%, pero

Para estar en capacidad de contestar con fundamentos a la segunda pregunta, conviene recordar que algunos autores distinguen entre las acciones positivas y las medidas de igualdad positiva. Éstas se pueden definir como “los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan”.³⁰ Ejemplo de este tipo de medidas son las becas, la progresividad del impuesto sobre la renta, los descuentos en el acceso a servicios públicos, los beneficios en prestaciones públicas, etcétera. De alguna manera, tales dispositivos a favor de la igualdad sustancial ya están previstos en la *Constitución* mexicana. Por ejemplo la progresividad en el impuesto sobre la renta puede deducirse del mandato del artículo 31 fracción IV de la carta magna. Los beneficios en las prestaciones públicas puede desprenderse del régimen general de intervención del Estado en la vida económica establecido en los artículos 25, 26 y 28 de la propia *Constitución*.

El objetivo de las acciones positivas es la igualdad real entre los grupos sociales, mientras que el de las medidas de igualdad positiva es el de lograr la igualdad real entre los sujetos de los derechos fundamentales, considerados en forma individual.

Dentro de las acciones positivas se puede distinguir entre acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.³¹ Las primeras buscan favorecer al valor de la igualdad sustancial a través de medidas de igualdad que permitan remover los obstáculos que impiden a los miembros de grupos discriminados llegar a procesos de selección social (escuela, trabajo, acceso a servicios sanitarios, etcétera), en condiciones de igualdad con el resto de las personas. Las segundas son concretamente las cuotas que se reservan a diversos grupos discriminados para alcanzar bienes sociales escasos (lugares en la universidad, puestos públicos, listas electorales, etcétera).

Las acciones positivas moderadas están enfocadas a conseguir objetivos (*goals*), mientras que las medidas de discriminación inversa tienen metas menos flexibles, expresadas frecuentemente como porcentajes de las cuotas para los bienes sociales que ya se han mencionado.

Teniendo presente lo anterior podremos contestar a las preguntas que se hacían párrafos arriba y que ahora podemos reformular de la siguiente manera: a) ¿es deseable y/o legítimo contemplar acciones afirmativas en el texto constitucional?; b) si la respuesta es afirmativa, tales acciones ¿deben ser mencionadas por la *Constitución* en términos generales o deben ser precisados alguno o algunos de sus tipos y alcances?; c) en caso de que deban ser precisados

en los países árabes apenas es significativo. En México dicho porcentaje alcanzó 16% en la LVII Legislatura del Congreso de la Unión (1997-2000).

³⁰ David Giménez Gluck, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 58.

³¹ *Ibid.*, pp. 75 y ss.

algunos de sus tipos, ¿la nueva redacción del texto constitucional debe señalar los objetivos de las medidas de forma general o incluir también metas concretas a alcanzar? Estas son las preguntas que deberá responder una reforma constitucional seria en materia de igualdad sustancial.

La discriminación en materia de propiedad -

EL DERECHO DE PROPIEDAD ES UN IMPORTANTE PUNTO de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga de él dependerá la definición del sistema económico (capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de varios derechos fundamentales. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica. Su regulación constitucional, debido justamente a su importancia, debe hacerse de tal manera que no genere discriminación.

Por desgracia, no es el caso de la *Constitución* mexicana, que en alguno de sus artículos trata de forma discriminatoria a los no nacionales por cuanto hace a la titularidad del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 27 fracción I constitucional señala que:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De este párrafo resulta discriminatoria su última parte, ya que establece una imposibilidad absoluta e injustificada para que los extranjeros adquieran propiedades en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Puede entenderse que existió en algún momento de la historia de México una posible justificación para este tipo de regulación. Por ejemplo, se pudo haber pensado que de esta forma se evitaría que los extranjeros que tuvieran propiedades en las fronteras o en los litorales mexicanos cooperaran con una posible invasión extranjera. Pero hoy en día, siendo realistas, ¿se justifica tener una limitación en el texto constitucional basada en la nacionalidad de las personas? Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva rendida precisamente a instancias del gobierno mexicano, ha realizado diversas consideraciones acerca del estatuto jurídico de los extranjeros que residan en territorio de alguno de los Estados parte de la *Convención Americana de Derechos Humanos*; se trata de la *Opinión Consultiva 18/2003*.

En ella la Corte estima que la situación migratoria de una persona “no es condición necesaria para que [un Estado] respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que [...] dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio” (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte, “sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*” (párrafo 119, cursivas añadidas; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

En consecuencia con lo anterior, la Corte afirma que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos” (párrafo 134).

Lo dicho hasta aquí dentro del presente apartado ofrecería una justificación normativa suficiente para proceder a la reforma de la última parte del artículo 27 constitucional, pero a ese tipo de razones deben añadirse al menos las del sentido común y las de carácter económico. Respecto de las primeras hay que considerar que hoy en día ya no existen las razones que pudieran haber justificado una regulación como la mencionada durante los siglos XIX y XX.

A falta de dicha justificación, el Estado mexicano no puede remontar la carga de la prueba que siempre existe respecto de un trato desigual por razón de nacionalidad; dicho con otras palabras, la presunción de discriminación que se produce cuando el Estado trata de forma desigual a dos personas es suficiente para acreditar actualmente el carácter violatorio de diversos pactos y tratados internacionales de derechos humanos que tiene la última parte de la fracción I del artículo 27 constitucional. Es de puro sentido común pensar en una disposición de otro tipo si lo que se busca es evitar que el territorio mexicano pueda ser invadido y que los extranjeros residentes en México colaboren en dicha invasión (situación esta última bastante alejada de la realidad).

Desde el punto de vista económico, es obvio que regulaciones discriminatorias y poco modernas como la del artículo 27 fracción I de la *Constitución* inhiben las inversiones extranjeras en materia turística y alientan diversas formas de *fraude a la ley*, por medio de las cuales grandes grupos de inversionistas extranjeros construyen y administran complejos hoteleros y turísticos tanto en las playas como en las fronteras mexicanas.

Por lo anterior, debe considerarse la posibilidad de modificar el texto constitucional en la parte señalada, a fin de que se trate en igualdad de circunstancias a los nacionales y a los extranjeros respecto del derecho de propiedad en la zona litoral y fronteriza. Esto no quiere decir que se deje de aplicar la cláusula respecto de la cual los extranjeros se sujetan, en cualquier litigio sobre dichas propiedades, a la autoridad del gobierno mexicano, renunciando a

cualquier posible intervención del gobierno de su país (excepto para el caso del derecho a la asistencia consular, sobre el que se abunda en el siguiente apartado al analizar el artículo 33 constitucional).

El artículo 32 constitucional y la discriminación por origen nacional

EL ARTÍCULO 32 CONSTITUCIONAL señala lo siguiente:

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente *Constitución*, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patronos, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

Como puede verse, el contenido de este precepto establece varias cuestiones discriminatorias. Al inicio de este ensayo decíamos que el principio de no discriminación estaba recogido de manera limitada dentro del texto constitucional mexicano. Limitada y contradictoria, podríamos añadir en este momento, a la luz del ejemplo que nos proporciona el artículo 32 constitucional, al menos por lo que hace a su párrafo segundo. En efecto, este párrafo contradice al primer párrafo del artículo 1 constitucional en la parte que establece la prohibición de discriminar por razón de “origen nacional”. Éste no es ni puede ser otra cosa más que el lugar de nacimiento de una persona. Cuando el artículo 32 autoriza a que las leyes del Congreso de la Unión establezcan como requisito para ejercer los derechos subjetivos el de ser mexicano por nacimiento, está contradiciendo de manera clara lo señalado por el artículo 1 constitucional, además de un buen número de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México.

Lo menos que puede decirse sobre el contenido del artículo 32 es que refleja una postura anticuada, impropia de un texto constitucional que quiere estar al servicio de un Estado democrático. Pero además, desde una óptica estrictamente jurídica, puede afirmarse que una parte del artículo en cuestión podría incluso estar derogada, pues su contenido proviene del texto original de la *Constitución mexicana*³² y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, tal como ya ha sido explicado, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1 para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala precisamente que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de “origen nacional”. Como ya se ha dicho, la no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32 cuando señala que el legislador podrá determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a señalar en qué cargos se requiere ser “mexicano” para poder ocuparlos, pues el artículo 1 de la carta magna no señala a la “nacionalidad” como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean “mexicanos por nacimiento” y quienes simplemente sean “mexicanos”. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla; en el primer caso se está utilizando el criterio de la “nacionalidad”, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del “origen nacional”, que es uno de los prohibidos por el artículo 1 constitucional en su párrafo tercero.

Decimos que el párrafo segundo del artículo 32 constitucional está derogado con base en los siguientes argumentos jurídicos. Al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).³³ Para el caso que nos ocupa, el criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máximo rango dentro del sistema jurídico nacional), ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente en el tiempo deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1 constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 constitucional. En esa virtud, todas las normas de rango subconstitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser “mexicano por nacimiento”

³² El texto original de la *Constitución* puede consultarse en Miguel Carbonell, Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla (comps.), *Constituciones históricas de México*, segunda edición, México, UNAM-Porrúa, 2004, pp. 493 y ss.

³³ Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, sexta edición, México, UNAM-Porrúa, 2004, capítulo iv.

se oponen al artículo 1 constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.³⁴

Ahora bien, para evitar la aplicación interesada del criterio hermenéutico que se acaba de enunciar, lo mejor sería derogar el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, guardando de esa forma plena coherencia textual entre lo que dispone el artículo 1 párrafo tercero y lo que establece dicho precepto. Es probable que, por razones muy parecidas, deban ser derogados también los dos últimos párrafos del mismo artículo 32 constitucional, que contienen criterios premodernos, inapropiados para un texto constitucional del siglo XXI. Además, su mala redacción ni siquiera permite precisar el universo de sujetos a los que se dirigen. Algún intérprete podría preguntarse: ¿quiénes son los mecánicos a los que se refiere el penúltimo párrafo?, ¿deben ser mecánicos dedicados a tiempo completo a mantener y reparar embarcaciones o aeronaves o también deben quedar comprendidos en el supuesto de la norma quienes solamente reparen aeronaves de medio tiempo o cuando tienen ratos libres? Y por otro lado, ¿a qué embarcaciones se refiere el mismo párrafo?, ¿a todas con independencia de su peso y medidas?, ¿también a un pequeño bote de pesca con el que un turista sale a navegar los domingos en el litoral mexicano?

Sobre el último párrafo del artículo 32 más vale no hacer comentario alguno. Refleja sin duda un complejo de inferioridad respecto a quienes no son nacionales al que ya hicieron referencia durante varias décadas del siglo XX Samuel Ramos y Octavio Paz, entre otros. Pero además se trata de una prevención inútil, puesto que el requisito que pone para que puedan ser preferidos los mexicanos frente a los extranjeros es fácilmente burlable: la “igualdad de circunstancias”. Es obvio que este tipo de enunciados constitucionales se prestan para todo tipo de aplicaciones interesadas, sin que puedan servir al objetivo que se proponen. Hay que derogar lo antes posible el párrafo en cuestión.

³⁴ Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1) entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

El artículo 33 constitucional y la expulsión de extranjeros -

EL ARTÍCULO 33 CONSTITUCIONAL tiene el siguiente texto:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título primero, de la presente *Constitución*; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (aunque no justificar) por qué sigue presente en nuestro texto constitucional y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar, hay que decir que la razón por la que este precepto está en nuestra carta magna es de orden histórico.³⁵ Desde los años inmediatamente posteriores a la Independencia hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país. Así por ejemplo, en los *Elementos constitucionales*, de Ignacio López Rayón, se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos “bajo la protección de las leyes”.

En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis que desemboca en la anexión por Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, se recrudece la idea de facultar al gobierno para que pueda expulsar a los extranjeros. Por esa razón las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* ya facultaban al presidente para “Espeler de la República á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella” (*sic.*), de acuerdo con su artículo 87 fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada relación entonces existente entre México y Estados Unidos, sobre todo a la luz de los “ánimos expansionistas” del vecino del norte.

³⁵ Sigo en esta parte el análisis expuesto en Manuel Becerra Ramírez, “El artículo 33 constitucional en el siglo XXI”, en David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruíz. Derecho constitucional y política*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005, pp. 60 y ss.

A fin de cuentas, regulaciones como la de las *Bases Orgánicas* desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la *Constitución Federal* de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al vigente. La diferencia principal quizá sea que la redacción de aquélla se refiere a la facultad no del presidente sino del “gobierno” y que tal facultad consiste en “expeler al extranjero pernicioso”.³⁶

Con esos antecedentes llegamos hasta el proyecto de reformas a la *Constitución* de 1857 que presentó Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.³⁷ En ese proyecto el jefe del Ejército Constitucionalista recogió la esencia del artículo 33 de la *Constitución* de 1857, pero agregó algunas modificaciones importantes. Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no residía en “el gobierno”, sino en el presidente. Además, tal facultad permitía al mandatario no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino expulsarlos de manera “inmediata” y “sin necesidad de juicio previo”. Finalmente, el proyecto establecía que “Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno”. Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente no se limitara a los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímiles de personas como “los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)”, “los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo”, “los que representen capitales clandestinos del clero”, “los ministros de cultos religiosos” y “los estafadores, timadores o caballeros de industria”.³⁸ Por fortuna un texto de esta especie no fue aprobado porque de otra manera México y su *Constitución* de Querétaro, en tantos otros temas ejemplar, hubieran entrado directamente en la historia de las infamias constitucionales. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido nos demuestra que la facultad del Poder Ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones subsisten o no en la actualidad.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

³⁶ Actualmente la única referencia a “extranjeros perniciosos” que subsiste en el texto constitucional es la que figura en la parte final del artículo 11. Sobra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

³⁷ Cuyo texto se puede consultar en Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, quinceava edición, México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss.

³⁸ Manuel Becerra Ramírez, *op. cit.*, p. 65.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre ellas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.³⁹ Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad (“ofensas”, “amenazas”), constituye sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del Poder Ejecutivo. El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo presente que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado deben aplicarse en distintos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría “expulsar” o “deportar” a un mexicano, sí se le podría extraditar.⁴⁰

En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos diversas disposiciones que regulan la estancia de extranjeros en los Estados parte. Es el caso de los artículos 12 y 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El primero de tales preceptos dispone que:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente *Pacto*.

Este artículo ha sido objeto de análisis en una importante *Observación general* del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.⁴¹ Vale la pena detenernos en algunos de sus aspectos más destacados.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (por ejemplo, observar en la definición el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

³⁹ *Ibid.*, p. 69.

⁴⁰ Manuel Becerra nos indica que “la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación”, *ibidem*.

⁴¹ Se trata de la *Observación general número 27*, aprobada en el 67° periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *op. cit.*, tomo I, pp. 462-468.

La situación de ilegalidad de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá juzgarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 [del *Pacto*]” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

Por su parte, el artículo 13 del *Pacto* dispone que

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente *Pacto* sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Aunque México, al momento de suscribir el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* interpuso una reserva respecto del artículo 13, al parecer habría elementos para considerar que tal reserva no puede ser válida, ya que va en contra precisamente del objeto y fin del tratado internacional.⁴²

Otra reserva destinada a proteger la arbitraria utilización del artículo 33 constitucional fue interpuesta por el gobierno de México al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También ésta se puede juzgar como nula, puesto que el momento elegido por México para interponerla no fue el correcto. Lo adecuado hubiera sido, en su caso, formular la reserva cuando se suscribe la *Convención Americana de Derechos Humanos*, no cuando se reconoce la competencia de la Corte.⁴³

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que realizaban actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerable del Estado mexicano.

A la luz de todo lo anterior, lo correcto sería reformar integralmente el artículo 33 de la *Constitución*, de manera que se precisara lo siguiente:

⁴² Véase Manuel Becerra, *op. cit.*, p. 73.

⁴³ *Ibid.*, p. 74.

- a) los extranjeros podrán ser expulsados solamente por orden del presidente de la República;
- b) la expulsión de extranjeros solamente se podrá realizar cuando se acredite que su presencia en el país pone en peligro la seguridad nacional, debido a que el extranjero en cuestión haya realizado actividades de espionaje o vinculadas con el terrorismo;
- c) la expulsión podrá ser impugnada, como cualquier otro acto de autoridad, por medio del recurso legal ordinario que disponga la *Constitución* y las leyes (puede ser el juicio de amparo si el quejoso estima que están violando sus derechos fundamentales);
- d) Dentro del mencionado recurso se respetarán al extranjero todas las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, se deberán observar todos los elementos que componen el “debido proceso legal” (*due process of law*);
- e) no podrán hacerse expulsiones masivas o sin que se haya determinado la identidad precisa de las personas a expulsar.
- f) en la medida de lo posible se deberá dar siempre el derecho a la asistencia consular a favor del extranjero.⁴⁴

Respecto del derecho a la asistencia consular hay que recordar el hecho de que el gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en la materia. El procedimiento fue desahogado en la *Opinión Consultiva 16/1999*.⁴⁵ En ella la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Tal derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la *Opinión Consultiva 16*, sostuvo que a veces era complicado de-

⁴⁴ Un panorama sobre este derecho puede verse en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 664 y ss.

⁴⁵ Consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), op. cit., tomo II, pp. 1003-1097.

terminar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informar del derecho de comunicación consular, de modo que debe comunicar ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Por todo lo que se ha dicho se puede concluir señalando que el objetivo de la reforma que se propone al artículo 33 constitucional consiste en reducir la discrecionalidad del presidente de la República al momento de expulsar a extranjeros que se encuentren en territorio nacional y en someter dicha facultad a un permanente escrutinio de los tribunales mexicanos e internacionales. En otras palabras, se trata de pasar de una facultad arbitraria e incontrolada como la que existe hoy en día, a una facultad sometida al imperio de los principios del Estado de derecho, en cuyo ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas no nacionales que se encuentran en territorio mexicano.

La discriminación en el juicio de amparo -

EN MÉXICO EL INSTRUMENTO TRADICIONAL DE PROTECCIÓN de los derechos fundamentales, incluyendo a los derechos de igualdad en general y al derecho a no ser discriminado en particular, ha sido el juicio de amparo. Creado a mediados del siglo XIX, éste representa prácticamente la única vía judicial a la que pueden recurrir los habitantes del país para defenderse en contra de los actos de autoridad que violen sus derechos fundamentales. Por desgracia, uno de los principios rectores del juicio de amparo genera hoy en día un profundo efecto discriminatorio, ya que permite un trato desigual hacia las personas a partir de las leyes que se les pueden aplicar.

En efecto, la fracción II del artículo 107 constitucional contiene lo que se denomina, por razones de orden histórico, *fórmula Otero*, que no es otra cosa más que la disposición por medio de la cual los efectos de la sentencia de amparo que declaren la inconstitucionalidad de cualquier norma general (ley, tratado internacional, reglamento, directiva, norma oficial mexicana, decreto, etcétera) son relativos, toda vez que solamente se aplican a las partes que concurrieron al juicio sin que, por regla general, puedan extenderse a otros supuestos o a otros agraviados que no hayan sido parte. El primer segmento del texto de la fracción II del artículo 107, que es el que ahora interesa, dispone lo siguiente: “La sentencia [en el juicio de amparo] será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada inconstitucional se sigue aplicando a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías.⁴⁶ Esto supone la *consagración jurídica de la desigualdad*, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos. En este sentido, se puede sostener que la fórmula Otero choca con uno de los principios más elementales de la democracia: aquel de acuerdo con el cual la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual, evitando situaciones que pueden representar una discriminación *de iure* entre ellos.

⁴⁶ Véase Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, segunda edición, México, IIJ-UNAM-Porrúa, 1999, p. 231.

La solución para hacer frente a esta notoria situación discriminatoria puede tener varias vertientes. Una de ellas consiste en dejar tal cual está actualmente la fracción II del artículo 107 constitucional pero agregándole un segundo párrafo en el siguiente tenor: “Cuando la Suprema Corte de Justicia establezca jurisprudencia en la que resuelva que una norma general es inconstitucional o determine una interpretación conforme con la *Constitución*, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad o la de interpretación conforme, en la cual fijará sus alcances y condiciones en términos de la ley reglamentaria”. Este párrafo fue propuesto por la comisión convocada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para redactar una nueva ley de amparo.⁴⁷

Otra posible solución reside simplemente en modificar la fracción II del artículo 107 constitucional para que se reconozca expresamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma general realizada por la Suprema Corte tendrá por efecto la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, por lo cual no podrá volver a ser aplicada en ningún caso a partir de dicha declaración.

Un ejemplo de regulación un poco más detallada se puede encontrar en el artículo 58 de la *Ley 1836* del Tribunal Constitucional de Bolivia. En ese precepto se precisan los efectos abrogatorios (si se declara la inconstitucionalidad de toda la norma), derogatorios (si la declaratoria de inconstitucionalidad afecta solamente a una parte de la misma) y de inconstitucionalidad conexa (si alguna otra norma depende para su validez de la norma declarada inconstitucional), que pueden tener las sentencias del Tribunal Constitucional.

En cualquier caso lo importante es dejar en claro que no puede haber normas generales que hayan sido declaradas inconstitucionales y sin embargo sigan vigentes. Esto lo expresó con gran claridad Hans Kelsen cuando en su más conocido ensayo sobre la jurisdicción constitucional afirmó que “Una *Constitución* en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos –sin poder anular su inconstitucionalidad– equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.⁴⁸

⁴⁷ *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, p. 220. Sobre el tema de la nueva *Ley de Amparo* y sus alcances, véase Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, IJ-UNAM, 2002, particularmente pp. 107 y ss. para el análisis de la declaración general de inconstitucionalidad.

⁴⁸ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 95.

La elevación a rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos

AUNQUE NO TIENE RELACIÓN EXCLUSIVAMENTE con la protección frente a actos discriminatorios, una medida importante para evitar justamente el trato desigualitario que genera la discriminación podría consistir en elevar a rango constitucional los tratados internacionales en materia de derechos humanos y todo el derecho que deriva de los mismos.

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

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

La *Constitución* de Guatemala de 1985 establece la preeminencia de los tratados internacionales aceptados y ratificados por ese país por encima del derecho interno (artículo 46). Una disposición muy parecida se encuentra en el artículo 93 de la *Constitución* colombiana de 1991, que se encarga de enfatizar que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La *Constitución* de Ecuador de 1998 dispone que los instrumentos internacionales vigentes en su territorio serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, tribu-

nal o autoridad. El mismo documento precisa que, en materia de derechos y garantías constitucionales, se dará preferencia a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (artículo 18).

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

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

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

Aparte de la jerarquía constitucional y del mecanismo de incorporación y reconocimiento de las sentencias de cortes internacionales en México, también se podría incorporar en el artículo 133 constitucional una norma que obligara a las autoridades nacionales a interpretar todo el sistema de derechos fundamentales con base en lo que establecen los tratados internacionales y el derecho de ellos derivado. Es decir, se trataría de contar en el texto constitucional con un mandato de “interpretación conforme”, de acuerdo con el cual la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales tendría que hacerse de tal manera que fuera congruente con las disposiciones internacionales en la materia. Esta idea ya se encuentra recogida en la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, cuyos artículos 6 y 7 establecen lo siguiente:

⁴⁹ Véanse por ejemplo las propuestas contenidas en Loretta Ortiz Ahlf *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004.

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

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

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

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

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

- A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).
- B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*.

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

Constitucionalización del combate a la discriminación como política de Estado

UNA POSIBLE REFORMA CONSTITUCIONAL en materia de no discriminación, que podría sumarse a las que se han esbozado en los apartados anteriores, sería la que introdujera en el texto de la carta magna el mandato para todas las autoridades del Estado mexicano (es decir, para las autoridades de todos los niveles de gobierno), de instrumentar en el ámbito de sus respectivas competencias políticas públicas de no discriminación.

Desde luego, una reforma en ese sentido quizá no pueda ser ubicada dentro del capítulo de la *Constitución* relativo a los derechos fundamentales, puesto que se trata de una norma de mandato dirigida a regular la actividad de las autoridades más que a reconocer u otorgar un derecho fundamental.

La utilidad de la reforma que se propone reside en involucrar a todos los niveles de gobierno en la lucha contra la discriminación, de forma que el objetivo de alcanzar una sociedad más igualitaria sea un compromiso de Estado en México y no una moda coyuntural e incluso sexenal, lo que sería peor aún.

La mejor ubicación para una reforma de este tipo sería dentro de los artículos que asignan obligaciones de carácter general para el Estado mexicano. Por ejemplo, en el artículo 25 de la *Constitución*. También puede incluirse en el artículo 26, pero precisando que en el sistema nacional de planeación (que se materializa en el Plan Nacional de Desarrollo y en los respectivos planes estatales de desarrollo), se deberá de tomar en cuenta la no discriminación como un factor esencial en todas las políticas públicas del Estado mexicano.

Conclusiones y propuestas -

EN LAS PÁGINAS ANTERIORES SE HA INTENTADO OFRECER dos tipos de argumentos alrededor de la regulación constitucional del principio de no discriminación. Por un lado, se han explicado los alcances semánticos y normativos de las normas que actualmente recogen ese principio. Por otro, se han realizado propuestas para extender dicho alcance, ya sea previendo supuestos que actualmente están mal redactados o que pueden parecer dudosos, o bien incluyendo cuestiones que hasta el momento no figuran dentro del texto constitucional.

En este contexto, conviene aclarar que la regulación minuciosa de la no discriminación no sería tan necesaria en México si tuviéramos una tradición más consolidada en materia de interpretación constitucional. Por desgracia, en el país las grandes transformaciones constitucionales se han dado por vía de la reforma al texto de la carta magna y no a través de los pronunciamientos interpretativos de los tribunales.⁵² En Estados Unidos, donde la *Constitución* ha sido reformada apenas en 27 ocasiones desde 1787, la Suprema Corte ha desarrollado una sólida jurisprudencia sobre el tema de la igualdad y la no discriminación, partiendo de la escueta cláusula de trato igual prevista en la enmienda XIV. En México, sin embargo, la labor de los tribunales ha sido por décadas y sigue siendo en la actualidad muy restringida. Las causas de dicha restricción son muy variadas y su análisis excede con mucho el objeto de estudio del presente ensayo.

Es pertinente hacer las aclaraciones anteriores en virtud de que quizá algún observador podría juzgar como poco acordes con los principios de la técnica legislativa las propuestas que se han hecho a lo largo de este trabajo. En efecto, serían poco pertinentes dichas propuestas si tuviéramos una jurisdicción constitucional mucho más activa y decidida a dar pasos adelante en la igual protección y defensa de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a no ser discriminado. Mientras eso sucede quizá la vía para asegurar un mejor régimen constitucional para ese derecho sea la de la reforma constitucional.

A continuación se sintetizan las reformas que se han propuesto a lo largo de las páginas anteriores:

⁵² Un panorama de la forma en que se ha interpretado la *Constitución* en México, con un buen repertorio de casos prácticos comentados, puede verse en José Ramón Cossío, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002; del mismo autor véase, sobre el tema, *Bosquejos constitucionales*, México, DF, Porrúa, 2004.

- a) - Incorporar en el párrafo tercero del artículo 1 la no discriminación por razón lingüística, por xenofobia, por preferencia sexual, por discapacidad, por embarazo y genética.
- b) - Respecto de la no discriminación por razón de discapacidad quizá podrían precisarse algunas cuestiones más concretas, de acuerdo con lo que fue señalado en el apartado conducente de este trabajo. Lo mismo podría considerarse para el supuesto de la no discriminación por razones genéticas, ya que su relativa novedad y su eventual ambigüedad al momento de ser aplicada a un caso concreto justificarían una regulación más detallada.
- c) - Recoger una cláusula que no permita las discriminaciones indirectas, que han sido poco estudiadas en México, pero que sin duda existen y causan graves perjuicios a los grupos en situación de vulnerabilidad.
- d) Establecer una cláusula de igualdad material, de acuerdo con las variantes que fueron discutidas en el apartado dedicado al tema dentro de este trabajo. Puede ser una cláusula general, siguiendo el modelo de las constituciones de España e Italia, o bien una cláusula que prevea acciones positivas en concreto o acciones positivas a favor de grupos determinados.
- e) - Derogar la discriminación en contra de los extranjeros por lo que respecta al derecho de propiedad en playas y fronteras.
- f) - Derogar el párrafo segundo, cuarto y quinto del artículo 32 constitucional, puesto que utilizan como criterio de distinción entre las personas el del lugar de nacimiento, que es un criterio prohibido por el artículo 1 párrafo tercero constitucional, y por numerosos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en México.
- g) - Reformar el artículo 33 constitucional para eliminar la facultad arbitraria del presidente de la República de expulsar a extranjeros del territorio nacional. Tal facultad debe ejercerse en el marco de supuestos concretos, no permitiendo, como hasta ahora, la libre apreciación del titular del Poder Ejecutivo federal acerca de la “inconveniencia” de que un extranjero permanezca en el país. Además, como cualquier otro acto de autoridad, la determinación de expulsar a una persona debe poder ser revisada por los tribunales nacionales e internacionales.
- h) Eliminar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido como *fórmula Otero*, a fin de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma general proteja por igual a todos los destinatarios de la misma norma y no solamente a quienes obtuvieron una sentencia de amparo favorable.
- i) - Reformar el artículo 133 constitucional a fin de reconocerles jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, recibir ampliamente y sin obstáculos las sentencias de los tribunales internacionales y obligar a las autoridades de todos los niveles de gobierno a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con

lo que disponen los instrumentos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (tomando en cuenta no solamente los tratados, sino también el derecho derivado de los mismos, que hoy en día tiene la mayor relevancia, como ya se ha explicado).

- j) - Introducir en la *Constitución* un mandato dirigido a todas las autoridades con el fin de prever mecanismos de no discriminación en todo el sistema de planeación nacional del desarrollo (Plan Nacional y planes estatales), haciendo de la lucha contra la discriminación una política de Estado permanente.

Bibliografía básica -

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

ALBERT LÓPEZ-IBOR, ROCÍO

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

AÑON, MARÍA JOSÉ -

2001 *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara. -

Aparisi Miralles, Ángela

1995 - "Notas sobre el concepto de discriminación", *Derechos y libertades*, núm. 5, Madrid, julio-diciembre.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA -

2005 *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Cátedra. -

BALLESTER, MARÍA AMPARO

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

BECERRA RAMÍREZ, MANUEL

2005 - "El artículo 33 constitucional en el siglo XXI", en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, (David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera, coords.), México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

BERNAL PULIDO, CARLOS

2002 - "El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en Juan Vega Gómez, y Edgar Corzo Sosa, (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

CARBONELL, MIGUEL, compilador

2005 - *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa,

- 2005 “Bowers *versus* Hardwick: cuando el derecho entra en la recámara”, *Lex. Difusión y análisis*, núm. 119, México, mayo.
- 2003 *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, DF, Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- 2002 “Legislar contra la discriminación”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México.

CARBONELL, MIGUEL

- 2003 - ...Sandra Moguel, y Karla Pérez Portilla, (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, segunda edición, México, DF, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Porrúa, 2 tomos.

CARDONA LLORÉNS, JORGE y AMPARO SANJOSÉ GIL.

- 2005 - “La promoción y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal”, en Christian Courtis, *et al.*, (comps.), *Protección internacional de derechos humanos. Nuevos desafíos*, México, DF, Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

CARPIO MARCOS, EDGAR -

- 2004 *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra. -

COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

- 2001 *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, DF.

COSSÍO, JOSÉ RAMÓN -

- 2005 *Bosquejos constitucionales*, México, DF, Porrúa. -
- 2002 *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, DF, Fontamara. -

COURTIS, CHRISTIAN

- 2004 - “Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Claudia Martin, *et al.*, (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, DF, Fontamara-Universidad Iberoamericana.

ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA

- 2003 - *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERRAJOLI, LUIGI y MIGUEL CARBONELL.

- 2005 - *Igualdad y diferencia de género*, México, DF, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

FERRER MACGREGOR, EDUARDO (coord.) -

- 2005 *Interpretación constitucional*, México, DF, Porrúa, dos tomos. -

FIX ZAMUDIO, HÉCTOR

1999 - *Ensayos sobre el derecho de amparo*, segunda edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa.

GIMÉNEZ GLÜCK, DAVID

2004 *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

1999 *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER

1983 - “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, Madrid.

KYMLICKA, WILL Y ALAN PATTEN (comps.) -

2004 *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press. -

LAPORTA, FRANCISCO J. -

1994 - “Problemas de la igualdad”, en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias.

1985 - “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, núm. 67, Madrid.

LERNER, NATAN

2002 - *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, segunda edición, México, DF, Comisión Nacional de Derechos Humanos.

MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES -

2003 *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas. -

MCCRUDDEN, CHRISTOPHER (ed.) -

1991 *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press. -

ORTÍZ AHLF, LORETTA *et al.* -

2004 - *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, DF, Porrúa-Universidad Iberoamericana.

PÉREZ PORTILLA, KARLA

2005 *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

2003 “Acciones positivas”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM-Porrúa.

PITCH, TAMAR

2003 - *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, prólogo de Luigi Ferrajoli, epílogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO

2005 - *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, DF, Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL Y MARÍA F. FERNÁNDEZ LÓPEZ

1986 *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA

2003 - “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en varios autores, *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ROSENFELD, MICHEL

1991 - *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Nueva Haven, Yale University Press.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO

2001 - “Igualdad”, en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Madrid, Civitas.

RUÍZ MIGUEL, ALFONSO

1996 - “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, núm. 19, Alicante.

1994 - “Discriminación inversa e igualdad”, en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Editorial Pablo Iglesias.

TENA RAMÍREZ, FELIPE -

1989 *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, quinceava edición, México, DF, Porrúa. -

TRIBE, LAURENCE -

2004 - “Lawrence v. Texas: the ‘Fundamental Right’ that Dares Not Speak its Name”, *Harvard Law Review*, núm. 117, Boston.

VALADÉS, DIEGO

2005 - *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, DF, Academia Mexicana de la Lengua-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

WESTEN, PETER

1990 - *Speaking of Equality. A Analysis of the Rhetorical Force of ‘Equality’ in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, ARTURO, -

2002 *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. -

YOUNG, IRIS MARION -

2000 *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra. -

El derecho a no ser discriminado entre particulares y Ê
La no discriminación en el texto de la Constitución mexicana, Ê

Colección “Estudios”, número 3, editado por la
DIRECCIÓN GENERAL ADJUNTA DE VINCULACIÓN,
PROGRAMAS EDUCATIVOS Y DIVULGACIÓN,
del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED),
se terminó de imprimir en diciembre de 2006
en Impresora y Encuadernadora Progreso SA de CV,
tirándose 3,000 ejemplares más sobrantes para reposición. Ê

