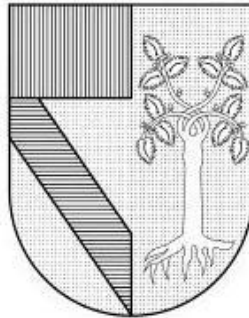


UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE FILOSOFÍA



**SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN Y SUS APLICACIONES EN EL DERECHO CIVIL**

TESIS PROFESIONAL

QUE PRESENTA

CLAUDIO JUAN RAMÓN HERNÁNDEZ DE RUBÍN

P A R A O B T E N E R E L T Í T U L O D E :

MAESTRO EN HISTORIA DEL PENSAMIENTO

DIRECTOR DE LA TESIS:

DR. MAURICIO LECÓN ROSALES

CIUDAD DE MÉXICO

13 DE JULIO DE 2018

Con mucho cariño y agradecimiento
a mi maestro, el filósofo y abogado,
Fausto Rico Álvarez.

**SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN Y SUS APLICACIONES EN EL DERECHO
CIVIL**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
LA NOCIÓN GENERAL DE 'IGUALDAD'. CRITERIOS COMPARATIVOS O TERTIUM COMPARATIONIS	6
LA NOCIÓN DE 'IGUALDAD' EN EL DERECHO	10
IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN SECUNDARIA: CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL	17
Dignidad humana	23
Subjetividad	24
Irracionalidad y desproporcionalidad	24
IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CIVIL	32
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	58
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	61

**SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN Y SUS APLICACIONES EN EL DERECHO
CIVIL**

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los conceptos de igualdad y desigualdad en los campos filosófico y jurídico, para posteriormente centrarse en el concepto jurídico de discriminación y contextualizar la actuación de los operadores jurídicos en la aplicación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a supuestos jurídicos concretos regulados por el Derecho Civil.

Igualdad y desigualdad –como dos caras de una misma moneda– constituyen un binomio inseparable. Los criterios comparativos o *tertium comparationis*, son la herramienta que permite tildar de iguales o desiguales a los entes comparados. La libertad de elección de los mismos otorga una amplísima gama de posibilidades a las relaciones de igualdad y desigualdad de los seres. En Derecho existen numerosas distinciones, pero desde luego no todas ellas pueden considerarse discriminatorias. Distinguir en lo jurídico no es solamente válido, sino incluso necesario. Como se verá más adelante, únicamente son discriminatorias y por lo tanto anticonstitucionales las distinciones que no cumplen ciertos parámetros jurídicos. Dicho de otro modo, no toda distinción resulta antijurídica ni necesariamente atenta contra la dignidad humana. El presente trabajo se centra en las reflexiones acerca de ello.

A través de este análisis se pretende destacar la conexión entre la materia de Derechos Humanos y el Derecho Civil, con las implicaciones de las últimas reformas

constitucionales en materia de igualdad y de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. El camino que se sigue para ello consiste en trasladar la aproximación filosófica de igualdad al campo del Derecho y analizar los diferentes tipos de desigualdades jurídicas, es decir, las válidas y las inválidas o discriminatorias, que adquieren tal carácter derivado de la relación entre los criterios comparativos que les dan origen y la conformidad de la consecuencia jurídica atribuida a ellos con la finalidad buscada por el ordenamiento jurídico.

Posteriormente se examina el derecho humano a la igualdad o, mejor dicho, a la no discriminación, establecido en el artículo 1º constitucional, que se sustenta en la prohibición de distinciones fundamentadas en las llamadas categorías sospechosas. Se estudia también el proceso y tipos de escrutinio que se han elaborado en Derecho, particularmente en la legislación secundaria para calificar las desigualdades. Se menciona la protección general a la igualdad contenida en los Códigos Civiles federal y local, sin dejar de destacar que la reiteración de tal protección y la inclusión en ellos de categorías sospechosas resulta inútil al tratarse de ordenamientos jerárquicamente inferiores.

Finalmente, se aplican las ideas expuestas a supuestos específicos regulados por el Derecho Civil, reflexionando con motivo de las facultades constitucionales que tienen los jueces de cualquier instancia en la República Mexicana para desaplicar una norma legal por considerarla discriminatoria, señalándose diversos artículos que contienen desigualdades normativas concretas, planteando diferentes cuestionamientos e hipótesis a propósito de su validez o invalidez, en compañía de algunos criterios judiciales que se han pronunciado en casos específicos relacionados.

LA NOCIÓN GENERAL DE ‘IGUALDAD’. CRITERIOS COMPARATIVOS O TERTIUM COMPARATIONIS

El término *igualdad* gramaticalmente significa “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”¹. Una de las notas esenciales del término es su relatividad, pues se trata de una noción que inmediatamente remite a una comparación entre distintos seres. Un objeto no es igual o desigual en sí mismo, en términos absolutos e independientes, salvo que sea representado desde un punto de vista que permita desdoblarlo en dos o más aspectos distintos (la parte en oposición al todo o la parte en oposición a otra parte, por ejemplo). En cualquier caso, la igualdad se predica de un objeto siempre en relación con otro (real o aparente). El concepto de igualdad es esencialmente relacional.

La igualdad implica también de manera esencial la diferencia entre los objetos comparados. En efecto, establecer que dos entes son iguales entre sí debe tener como presupuesto fundamental que ambos son a su vez diferentes. Dicho de otro modo, dos entes pueden compartir determinadas características en cuanto a su naturaleza, forma, calidad o cantidad, y por ello podrían ser considerados “iguales” partiendo de un determinado criterio comparativo, pero simultáneamente deben tener características o propiedades que los distingan individualmente, al menos, en el pensamiento. Lo contrario tendría forzosamente que llevar a la conclusión de que se trata ya no de dos entes iguales, sino de uno solo, individual y simple. Si dos objetos comparten

¹ Real Academia Española, 2018. Consultable en <http://dle.rae.es/?id=Kwjexzi>, consultado por última vez el 6 de mayo de 2018

absolutamente todas sus características, elementos esenciales y accidentales y no pueden siquiera separarse en el pensamiento, entonces no son dos objetos iguales, sino que se trata del mismo objeto. Solo lo diferente en algún aspecto puede ser igual, o bien, visto desde un punto de vista ontológico, no existe la igualdad absoluta; la igualdad siempre es relativa.

Al sostener que sólo puede ser igual lo que difiere, con ello queda dicho que la igualdad o la diferencia siempre se dan entre dos cosas cuando menos. En cuanto uno de los objetos comparados no es el otro, declaramos que son dos y no uno, y establecemos su dualidad por las diferencias que los separan. La diferencia es, por ende, el primer supuesto de la igualdad. Así lo indica el principio de que sólo lo diverso puede ser igual. O, para decirlo con Linke: “igual es lo diverso, en cuanto algo le es común”.²

Lo antes dicho es cierto aun en los supuestos en los que, por ser muy grande el parecido, las diferencias son aparentemente insignificantes, difíciles de hallar o prácticamente imperceptibles. Piénsese, por ejemplo, en dos tornillos (de entre varios) que han sido fabricados en serie. Ambos –en principio– coinciden exactamente en su forma, tamaño, color y peso; comparten también la materia prima de la que cada uno está hecho, marca, tipo, funcionalidad, edad y lugar de origen. ¿Puede, entonces, aun en este caso decirse que ambos tornillos no son completamente iguales? Sí se puede. Si tuvieran un número de serie variarían en ello, pero aunque no lo tuvieran diferirían en su hora de creación; e incluso si hubieran sido manufacturados exactamente al mismo tiempo, en última instancia, diferirían en el espacio que ocupan. Por su impenetrabilidad, ningún cuerpo en la naturaleza puede ocupar simultáneamente el mismo espacio que ocupa otro, y al menos en ello, por lo tanto, siempre habrá un distingo entre ambos entes.

² García Máynez, Eduardo, “La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico”, en B. Flores Imer (comp.), *Obras de Eduardo García Máynez 2. Filosofía del derecho*, El Colegio Nacional, México, 2012, p. 376.

A pesar de que ineludiblemente exista una diferencia entre cualesquiera entes comparados, esto no anula la posibilidad de predicar la igualdad de ellos en algún aspecto o criterio comparativo. Si en el caso concreto se adopta como dicho criterio la marca y el modelo, por ejemplo, entonces sí podríamos afirmar que son iguales pues ambos comparten tales características. Más aún: tal diferencia es parte esencial para que pueda predicarse la igualdad, pues como ya se dijo, si se tratara de un sólo ente igual a sí mismo, entonces, se estaría hablando de identidad y no igualdad.

Uno de los pasos fundamentales dentro del proceso para determinar la igualdad de dos o más entes u objetos consiste en el establecimiento, por parte del sujeto que efectúa la comparación, de los conocidos como *tertium comparationis*. Se trata de la determinación del o los componentes de cada ente que serán confrontados con el o los del otro u otros y darán pauta para concluir la igualdad o desigualdad entre ambos. Estos criterios comparativos o *tertium comparationis* pueden ser tan diversos como los fines que busque el sujeto comparador. En todo caso, empero, dichos criterios son siempre parciales, ya que únicamente pueden considerar algunos y no todos los componentes de cada objeto de la comparación. Si el criterio comparativo fuere integral y abarcara todos los componentes del objeto, el cotejo que en él se basara resultaría estéril al arrojar invariablemente el mismo resultado: los objetos, cualesquiera que sean, serían siempre, al final, diferentes, pues todos los objetos individualmente considerados son, en algún punto, por pequeño que pudiera parecer o por complicado que fuera de hallar, distintos a todos los demás.

Es precisamente en este punto en donde reside la esencia relativa de la igualdad. La igualdad es relativa porque dos objetos pueden ser al mismo tiempo iguales y desiguales entre sí, según el criterio comparativo que se adopte. Puede afirmarse que una manzana y una naranja son iguales entre sí si se utiliza como

tertium comparationis el género fruta semi redonda, por ejemplo. Efectivamente, tanto la manzana como la naranja son frutas semi redondas y por lo tanto, partiendo de este criterio, son iguales. Ahora bien, si cambiamos el criterio comparativo para adoptar el género frutas rojas, resulta que dicha manzana no es igual a la naranja porque sólo la primera es roja y por ello, la segunda es disconforme según el criterio adoptado. En suma, la manzana y la naranja son desiguales según el color de las frutas. Lo que salta de inmediato a la vista es que cualesquiera dos objetos pueden ser tenidos por iguales, según un determinado criterio comparativo, y también desiguales si se adopta un criterio diverso.

Lo asentado en los párrafos anteriores podría trasladarse al campo de lo humano generando las siguientes interrogantes. ¿Todos los seres humanos son iguales? Si es el caso ¿deben ser tratados exactamente igual frente a la norma jurídica o deben reconocerse las diferencias que existen entre ellos en el plano de lo social y de la naturaleza? ¿Cuáles son, entonces, los criterios comparativos válidos para distinguir a los hombres y atribuirles regímenes jurídicos diversos a sus conductas? Como se verá más adelante, la distinción jurídica basada en un criterio comparativo válido será legítima y constitucionalmente viable; en cambio, aquella basada en un criterio inválido será ilegítima y anticonstitucional. A esto último se le conoce propiamente como discriminación.

Es pertinente citar la siguiente afirmación de García Máynez:

Como todas las cosas —al menos en el orden del ser real— son, a la vez, iguales y desiguales, siempre será posible encontrar un fundamento, sea para tratarlas igualmente, sea para tratarlas en forma distinta. La aplicación de una u otra de las dos especies de justicia no está, pues, condicionada por las cosas mismas (que pueden justificar una o la otra), sino por el punto de vista que el sujeto adopta al juzgarlas.³

³ García Máynez, “La definición del Derecho...”, p. 400.

LA NOCIÓN DE 'IGUALDAD' EN EL DERECHO

Uno de los fines del Derecho debe ser la justicia y esta última se ha identificado con la máxima que ordena tratar igual a los iguales y desigual a los diferentes. El Derecho tiene la consigna de establecer la justicia en asuntos humanos, buscando la igualdad a través del reconocimiento y atribución de consecuencias a la desigualdad. Conviene recordar la famosa afirmación aristotélica: “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.”⁴

Igualdad y justicia no son conceptos iguales. La igualdad es solo uno de los elementos de los que se compone la justicia. En la historia del Derecho pueden reconocerse diversas etapas por las que ha transitado el concepto de igualdad. Como un primer acercamiento para efectos de este trabajo podemos ubicarnos en la Edad Media, en que la sociedad se encontraba rígidamente estratificada en diversos sectores y la pertenencia a cada uno de ellos estaba determinada, primordialmente, por el simple hecho del nacimiento.⁵ Los miembros del estrato alto gozaban de innumerables privilegios y prerrogativas sencillamente por nacer en él, mientras que los integrantes de los estratos bajos vivían una situación infinitamente menos favorecedora. En este sistema, la desigualdad jurídica entre los humanos era válida, ya que existían regímenes jurídicos personales diferenciados y todos ellos eran considerados justos; sin embargo, el criterio comparativo de estratos para distinguir a los hombres era sumamente arbitrario y hoy podría considerarse irracional y por lo tanto, discriminatorio.

⁴ Aristóteles, *Política*, III, 9, 1280 a.

⁵ Cf. Bloch, Marc, *La sociedad feudal. Las clases y el gobierno de los hombres*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1979.

El feudalismo de la Edad Media y sus estructuras políticas, culturales, sociales, económicas y científicas fueron transformadas durante la *Ilustración*, la cual constituyó un período cuyas manifestaciones sociales, culturales y científicas tuvieron al ser humano en el centro. La razón presuntamente se impuso en todos los órdenes de la vida sustituyendo a la fe y a la religión como motores del conocimiento y tamices de lo social.⁶ Este movimiento racionalista evidentemente también afectó el mundo jurídico. Fruto de él fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, cuyo artículo primero dispuso: *Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*. En consecuencia, puede presumirse que la igualdad jurídica entre los seres humanos es decretada por primera vez en un texto normativo como una reacción al clasismo medieval.

La igualdad jurídica pregonada descansaba en la idea de una igualdad ontológica entre los seres humanos; la cual parece originarse por una situación histórica determinada o de un esencialismo filosófico rampante que desatiende a las diferencias naturales (accidentales) entre los hombres. Dicho en otras palabras, se trata de una igualdad meramente formal y en consecuencia, impracticable. Al respecto escribió Von Ihering:

Así el derecho no sólo puede, sino que debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio á todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. De igual manera el derecho no dicta en todas partes las mismas disposiciones, las adapta al estado del pueblo, a su grado de civilización, a las necesidades de la época. Imaginarse que el derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todos los enfermos al mismo tratamiento. Un derecho universal para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde a la panacea universal para todas las

⁶ Cf. Munck, Thomas, *Historia social de la Ilustración*, Editorial Crítica, Barcelona, 2001.

enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios (Stein der Weisen), pero que solamente los locos se ocupan de buscar.⁷

En el siglo XX surge como tercer estadio el modelo jurídico denominado por Luigi Ferrajoli como de la “igual valoración jurídica de las diferencias”, que tiene como consigna no sólo el reconocimiento de las diferencias entre los humanos, sino la inclusión de éstas como parte del ordenamiento jurídico. Dice Ferrajoli:

En vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales... no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás.⁸

Esta nueva concepción es el basamento no solo de la teoría moderna de los derechos humanos, sino también de lo que se conoce como el Derecho Social. Gustav Radbruch señaló: “La idea central en que el Derecho Social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”⁹ Lo cual está en conformidad con lo que afirma Lucio Mendieta Núñez al definir el Derecho Social como “el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las

⁷ Von Ihering, Rudolf., *El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Librería General de Victoriano Suárez Calle de Preciados núm. 48, Madrid, 1883, p. 272.

⁸ Ferrajoli, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y diferencia de género*, Colección Miradas 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005, nota 6, p. 10.

⁹ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 157.

otras clases sociales dentro de un orden justo.”¹⁰

El Derecho Social consiste básicamente en el conjunto de disposiciones normativas que tienen como objetivo la protección de seres humanos pertenecientes a sectores vulnerables de la población por su condición social, económica, cultural o de cualquier otra índole que redunde en una situación de desigualdad material. Según el modelo del Derecho Social, para que el Estado cumpla con su obligación de impartir justicia es menester que emprenda acciones afirmativas y con ello genere las condiciones jurídicas, económicas, sociales y culturales necesarias para que los humanos, pertenecientes a grupos en situación de desventaja, superen las circunstancias que los limitan y alcancen el pleno desarrollo de sus capacidades. Solo de esta forma el Estado logra la verdadera igualdad, que es una igualdad material y no una simple igualdad formal. De esta manera, el Estado deja de ser concebido como un garante negativo de la igualdad. Abandona su función de actor mínimo y limitado frente a los particulares, para convertirse en un agente activo en las relaciones entre ellos, mediante la realización de acciones positivas tendientes a igualar al desigual.¹¹

¹⁰ Mendieta y Núñez, Lucio, *Derecho Social*, Porrúa, México, 1980, p. 40.

¹¹ En México, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto lo siguiente: “**DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO.- Esta modalidad del principio constitucional de igualdad jurídica impone a las distintas autoridades del Estado la obligación de llevar a cabo ciertos actos que tiendan a obtener una correspondencia de oportunidades entre distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población; por ende, se cumple a través de una serie de medidas de carácter administrativo, legislativo o de cualquier otra índole que tengan como finalidad evitar que se siga produciendo una diferenciación injustificada o discriminación sistemática o que se reviertan los efectos de la marginación histórica y/o estructural de un grupo social relevante. A estas medidas se les pueden catalogar como acciones positivas o de igualación positiva.** Ejemplos de las primeras pueden ser ciertas políticas públicas que tengan como sujetos a las mujeres o a las personas con algún grado de discapacidad y que busquen otorgarles bienes o servicios adicionales para que alcancen un mismo grado de oportunidades para el ejercicio de sus derechos; mientras que ejemplos de las segundas consisten en las cuotas o los actos específicos de discriminación inversa en favor de una persona que pertenezca a un determinado grupo social. En algunos de esos casos, se dará formalmente un trato desigual de iure o de facto respecto de otras personas o grupos, pero el mismo deberá estar justificado precisamente por la consecución de la igualdad de hecho y tendrá que cumplir con criterios

Este modelo presupone el reconocimiento de la desigualdad humana y el tratamiento jurídico desigual frente a ella. Entonces ¿cómo y cuándo se puede distinguir jurídicamente de manera válida? La validez de una distinción jurídica radica en la relación de conformidad que hay entre tal distinción y el valor jurídico que se pretende proteger con ella. Si la distinción jurídica sirve de medio para proteger el valor jurídico deseado por el ordenamiento jurídico, entonces es válida, de lo contrario no. Las distinciones antijurídicas se denominan discriminatorias.

Un ejemplo de lo anterior puede encontrarse en las distinciones que hace el ordenamiento jurídico, basándose en la edad de las personas, para atribuir distinta capacidad jurídica a mayores y menores de edad.¹² La razón por la que se considera a

de proporcionalidad. Con base en lo anterior, se estima que no existe una lista exhaustiva o definitiva sobre las medidas que puedan llevarse a cabo para la obtención de la igualdad de hecho; dependerá tanto de las circunstancias fácticas, sociales, económicas, culturales, políticas o jurídicas que imperen al momento de tomarse la decisión, como de la entidad o autoridad que vaya a llevar a cabo la medida correspondiente con un amplio margen de apreciación. Sin embargo, lo que es común a todos estos tipos de medidas es que buscan conferir un mismo nivel de oportunidades para el goce y ejercicio de los derechos humanos de los miembros de ciertos grupos sociales, los cuales se caracterizan por ser o haber sido objeto de una discriminación o exclusión recurrente y sistemática. Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, así como por su situación de subordinación y poder político disminuido frente a otros grupos; no obstante, aunque no existe una delimitación exhaustiva de tales grupos sociales relevantes para la aplicación de esta faceta del principio de igualdad, el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución Federal, ha establecido distintas categorías sospechosas que sirven como punto de partida para su identificación.” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a. XLIII/2014 (10a.) Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pag. 644. Tesis Aislada (Constitucional). [Énfasis añadido]

¹² Al respecto el Código Civil dispone:

ARTICULO 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;...

ARTICULO 412.- Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

ARTICULO 425.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código.

ARTICULO 427.- La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

los menores de edad como incapaces y se les sujeta a patria potestad es porque se les considera no aptos psicológicamente para tomar sus propias decisiones y se les protege a través de la referida institución. Los menores de edad son parte de esa población jurídicamente vulnerable que se protege con el Derecho Social, según se mencionó anteriormente. Tal distinción no es discriminatoria porque su resultado es conforme a lo buscado por el ordenamiento jurídico: a saber, proteger al débil.

En cambio, un ejemplo de un criterio de comparación discriminatorio es la norma que impedía a las mujeres dedicarse a algún empleo, oficio o profesión que perjudicara su misión consistente en estar a cargo de la dirección y cuidado de los trabajos del hogar, pudiendo incluso el marido oponerse a tal circunstancia.¹³ Esta norma jurídica fue finalmente derogada con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas el 31 de diciembre de 1974 porque en este tiempo ya se consideraba que la mujer era, al igual que el hombre, libre para decidir por sí misma.

¹³ El texto original del Código Civil local establecía lo siguiente: ARTICULO 168.- Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar. ARTICULO 169.- La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior. ARTICULO 170.- El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que subvenga a todas las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y justificadas.

El 31 de diciembre de 1974 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas al Código Civil local, resultando los artículos estudiados con el siguiente texto: ARTICULO 168.- El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente. ARTICULO 169.- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad excepto las que dañen la moral de la familia o la estructura de ésta. Cualquiera de ellos podrá oponerse a que el otro desempeñe la actividad de que se trate y el Juez de lo Familiar resolverá sobre la oposición. ARTÍCULO 170.- DEROGADO.

Finalmente, el 25 de mayo de 2000 se reformó nuevamente el citado Código para quedar los artículos estudiados con el siguiente texto, que es el vigente a esta fecha: ARTICULO 168.- Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar. ARTICULO 169.- Los cónyuges podrán desempeñar cualquier actividad siempre que sea lícita y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.

La norma era discriminatoria debido a que el criterio de comparación introducido no era acorde con el valor que se buscaba proteger por el ordenamiento jurídico, a saber, la total libertad de elección laboral y profesional tanto del hombre como de la mujer.

¿En quién debe recaer la facultad de determinar las distinciones en derecho? Un sistema jurídico que permita una abierta e ilimitada generación de *tertium comparationis* en manos de cualquier autoridad, desembocará necesariamente en una indeseable y antidemocrática discrecionalidad, debido a la amplitud que existe esencialmente en la posibilidad de establecer relaciones de igualdad y desigualdad entre los seres; la cual fue comentada líneas atrás en este trabajo. En un Estado democrático la facultad de generar distinciones jurídicas debe estar restringida en la misma forma en que lo está el poder de crear el derecho. Recordemos que el Estado democrático se caracteriza, entre otras cosas, por la actuación de sus autoridades en un marco jurídico claro, limitado y previamente establecido.

Lo deseable en cualquier ordenamiento jurídico es que la determinación de las distinciones corresponda a las mismas autoridades que deben cumplir con los mismos procedimientos con los que cotidianamente se crea el derecho. Como se ha señalado líneas atrás, la función esencial del derecho consiste en distinguir. En un sistema de corte legal, debe corresponder tal facultad principalmente al órgano legislativo. En un sistema de derecho no escrito, debe corresponder al órgano judicial a través de la jurisprudencia.

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN SECUNDARIA: CATEGORÍAS SOSPECHOSAS Y ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹⁴

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2017-09/CPEUM_15092017.pdf, consultada por última vez el 6 de mayo de 2018.

Conforme al párrafo tercero del citado numeral, todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y el Estado, además, deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a dichos derechos. Uno de estos derechos humanos es, precisamente, el derecho a la no discriminación, según el texto del último párrafo del artículo en estudio, incluido en nuestra Carta Magna a partir del 14 de agosto de 2001.

Es de hacer notar que la Constitución no contiene un concepto de discriminación, mas sí enlista lo que doctrinalmente se ha denominado como “categorías sospechosas”¹⁵. Estas categorías son un catálogo de criterios comparativos o *tertium comparationis* que generan desigualdad y se les ha calificado de sospechosas porque cargan con la presunción negativa de ser inválidas, al fundarse en características que social, histórica, cultural y económicamente han generado discriminación.

Las distinciones jurídicas pueden o no estar fundamentadas en categorías sospechosas. Las distinciones que así lo hacen, empero, no son necesariamente discriminatorias y prohibidas, solamente que generan la necesidad de un escrutinio más intenso por parte del juzgador que analice la constitucionalidad de dichas distinciones, por tener una presunción contraria a la desigualdad jurídicamente válida.

¹⁵ “El origen del concepto de categoría sospechosa se encuentra subsumido en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley.” Entre otros casos pueden mencionarse: “*United States v. Carolene Products Co*”, “*Toyosaburo Korematsu v. United States*” y “*Bolling v. Sharpe*”. Para abundar en el tema, ver: Íñiguez Manso, Andrea Rosario, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho*, v. 2 (2014), pp. 495-516. En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden consultarse los casos “*Atala Riffo y niñas v. Chile*”, “*Norín Catrimán y otros v. Chile*”, “*Almonacid y otros v. Chile*”, —entre otros—, para conocer los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a las categorías sospechosas y al escrutinio estricto que debe realizar el juzgador respecto de éstas.

A diferencia de lo anterior, el escrutinio que se hace de aquellas normas que establecen distinciones con base en una categoría no sospechosa, es menos estricto. Al respecto, la Suprema Corte ha clasificado el análisis constitucional que se efectúa de estas disposiciones en escrutinios ordinarios –para cuestiones no relacionadas directamente con los derechos humanos– y escrutinios intensos –para cuestiones, entre otras, de derechos humanos, como lo es el derecho a la no discriminación–. Específicamente ha establecido también un escrutinio estricto cuando se involucren categorías sospechosas. Lo anterior en los términos siguientes:

INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que **existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos** y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. **En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno.** En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica

sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁶

Adicionalmente, conviene invocar el siguiente texto:

CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO. La constitucionalidad de las distinciones legislativas que se apoyan en una categoría sospechosa debe analizarse a través de un escrutinio estricto, pues para estimarse constitucionales requieren de una justificación robusta que venza la presunción de inconstitucionalidad que las afecta. Para ello, en primer lugar, debe examinarse si la distinción basada en la categoría sospechosa cumple con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, es decir, debe perseguir un objetivo constitucionalmente importante y no simplemente una finalidad constitucionalmente admisible. En segundo lugar, debe analizarse si la distinción legislativa está estrechamente vinculada con la finalidad constitucionalmente imperiosa, es decir, debe estar totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, sin que pueda considerarse suficiente que esté potencialmente conectada con tales objetivos. Finalmente, la distinción legislativa debe ser la medida menos restrictiva para conseguir la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional.¹⁷

Es importante señalar que los supuestos que pueden generar una distinción discriminatoria pueden surgir también de otros artículos constitucionales, de tratados internacionales, de leyes o incluso de resoluciones judiciales, sin tener previo reconocimiento normativo expreso. En consecuencia, leyes y resoluciones podrían ser discriminatorias y consecuentemente inconstitucionales por causas diversas a las expresadas en la Carta Magna. Al respecto se ha pronunciado la Suprema Corte en este sentido:

CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. LA INCLUSIÓN DE NUEVAS FORMAS DE ÉSTAS EN LAS CONSTITUCIONES Y EN LA JURISPRUDENCIA ATIENDE AL

¹⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a. CCCXII/2013 (10a.) Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, Pag. 1052. Tesis Aislada (Constitucional). [Énfasis añadido]

¹⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a./J. 87/2015 (10a.). Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I Pag. 109. Jurisprudencia (Constitucional). [Énfasis añadido]

CARÁCTER EVOLUTIVO DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. La razón de tener un **catálogo de categorías sospechosas es resaltar de manera no limitativa** que existen ciertas características o atributos en las personas que han sido históricamente tomadas en cuenta para categorizar, excluir, marginalizar y/o discriminar a quienes las tienen o a quienes han sido asociados con estos atributos o características. Así por ejemplo, las categorías de sexo, raza, color, origen nacional, posición económica, opiniones políticas, o cualquier otra condición o situación social, han sido consideradas como las principales categorías sospechosas incluidas en los tratados internacionales y en diversas Constituciones. Ahora bien, con el paso del tiempo, se ha incluido en la jurisprudencia y/o en las Constituciones otras categorías atendiendo a otras formas de discriminación detectadas. Así pues, por un lado, **en atención al carácter evolutivo de la interpretación de los derechos humanos**, la jurisprudencia convencional y constitucional ha incluido, por ejemplo, a la preferencia sexual como una categoría sospechosa. Por otro lado, diversas Constituciones han previsto expresamente nuevas formas de categorías sospechosas, tales como la edad, la discapacidad y el estado civil -o el estado marital-.¹⁸

Por lo que se refiere a la legislación secundaria, el 11 de junio de 2003 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, misma que conforme al primer párrafo de su artículo primero, tiene por objeto “prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato”. La fracción tercera del mismo artículo define la discriminación en los siguientes términos:

Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la

¹⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a. CCCXV/2015 (10a.). Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II. Pag. 1645. Tesis Aislada (Constitucional). [Énfasis añadido]

lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo; También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.¹⁹

El texto citado reafirma lo expuesto en este trabajo: las distinciones en el Derecho pueden y deben existir, pero ellas han de ser objetivas, racionales y proporcionales para ser válidas. Tenemos entonces que son discriminatorias y por lo tanto inconstitucionales las distinciones normativas que: (i) atenten contra la dignidad humana; (ii) sean subjetivas; (iii) irracionales; y (iv) desproporcionadas; elementos que enseguida se verán a mayor detalle. En este mismo sentido se cita el siguiente criterio judicial:

PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. El principio de igualdad tiene un carácter complejo al subyacer a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y último párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los artículos referidos son normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, estos poderes, en particular el legislativo, están vinculados al principio general de igualdad establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, sino que **exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa**. Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, **salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a prever**

¹⁹ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?q=1K5PMk8y/k4kiy/XL1a05LpD+eNByx74c9Uzch2y98EQZ/PPQwfuPMzYVUBO5KYv>, consultada por última vez el 6 de mayo de 2018.

diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.²⁰

Dignidad humana

La dignidad humana es la cualidad del ser humano que genera el imperativo de ser tratado como tal -y no como un objeto-, por el simple hecho de serlo. Afirma Humberto Nogueira Alcalá que “la dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraría también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.”²¹ Los tribunales mexicanos también han expresado un concepto de dignidad humana:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a

²⁰ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 2a./J. 64/2016 (10a.), Libro 31, Tomo II, junio de 2016, p. 791, Jurisprudencia. [Énfasis añadido].

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Vol. 7, No. 2, 2009, p. 145

todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– **como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.**²²

Una distinción sería vejatoria de la dignidad humana y, por lo tanto, estaría prohibida si de cualquier modo implicara un trato no propio de un ser humano, que fuera humillante, degradante o envilecedor o se tradujera en tratar a una persona como un objeto.

Subjetividad

Una distinción es subjetiva y por lo tanto prohibida si se basa únicamente en consideraciones propias del sujeto que efectúa la distinción, en contraposición a si se basa en una norma jurídica válida que existe fuera del sujeto y con independencia de él, ya legal, ya jurisprudencial. Dicho de otra forma, la diferenciación debe tener un fundamento jurídico válido para no ser discriminatoria. Dejan de ser subjetivas las distinciones cuando existen elementos jurídicos externos al juzgador, previos y objetivamente constatables que autoricen la distinción.

Irracionalidad y desproporcionalidad

El estudio de ambos conceptos debe hacerse conjuntamente por estar estrechamente vinculados entre sí, como se verá a continuación. El concepto de racionalidad es quizá uno de los más debatidos no sólo en lo jurídico, sino principalmente en lo filosófico. Para ilustrar lo difícil que resulta conformar un

²² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 633, Jurisprudencia. [Énfasis añadido]

concepto de racionalidad, a continuación se citan las opiniones de dos doctrinarios que han expuesto los obstáculos en dicha tarea conceptual. Al efecto, Gerardo Mora Burgos a propósito del concepto general de racionalidad señala:

Por consiguiente, ¿qué debe significar la racionalidad en general? Demasiadas nociones específicas, conceptos diferenciados, sustanciales, formales y metódicos son traídos bajo esta expresión por diversos intérpretes, de manera que no se puede hablar de un significado unitario y claro. "Racionalidad en sí y en general" no parece ser un concepto unitario si uno va más allá de una intuición fundamental que puede ser delimitada en forma aproximada por medio de la expresión "racional" que se refiere de alguna manera a estrategias sistematizadas para la solución de problemas. Frecuentemente se incluye en esta intuición fundamental una medida de la eficiencia del logro de objetivos o de la argumentación, o por lo menos una orientación a puntos de vista más universales como valores, reglas generales, esquemas formales, etc.²³

Por su parte, Carlos Bernal Pulido, acercándose al concepto de racionalidad jurídica, señala:

El concepto de racionalidad es ambiguo. En el nivel más abstracto, la racionalidad alude a dos dimensiones: una teórica y una práctica. La racionalidad teórica establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado racional. La racionalidad teórica exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad práctica determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de la racionalidad que es especialmente relevante en el derecho, cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. Una misión de la teoría jurídica, y en especial de las teorías del razonamiento jurídico, ha sido enunciar las condiciones que las decisiones mediante las que se aplican las normas jurídicas deben satisfacer para ser racionales. Debe reconocerse que no existe un consenso en las teorías del razonamiento jurídico, acerca de las condiciones de racionalidad que estas decisiones deben satisfacer. No obstante, en general se acepta que para ser racional, una decisión debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las

²³ Mora Burgos, Gerardo, "Racionalidad y tipos de racionalidad", en *Revista de Filosofía*, No. 103, Vol. 41, p. 95, (2003)

reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia.²⁴

Ante la dificultad para ofrecer una definición clara y cerrada de racionalidad, debemos conformarnos con dar una descripción particular que sirva como herramienta hermenéutica de los textos jurídicos. Es decir, no cabe duda de que la racionalidad es una herramienta fundamental que debe guiar el actuar humano, encontrándose presente en todas sus áreas, pero escapa a los objetivos de este trabajo el análisis de la misma con tal amplitud.

Indiscutiblemente la racionalidad se encuentra también presente con un papel primordial en la actividad jurídica en su conjunto, pero incluso el análisis de las peculiaridades de los caracteres de la racionalidad en toda faceta jurídica sigue escapando a los alcances de este estudio.²⁵ Debemos enfocarnos en lo que caracteriza a la racionalidad que debe guiar al aplicador de la ley, particularmente a los jueces, pero no solamente a ellos, sino a todo operador jurídico que pretenda aplicar la ley a situaciones concretas.

Podríamos partir de la noción de racionalidad que la caracteriza como la herramienta del ser humano que le permite valorar y establecer una relación de medios a fines, es decir, que le permite identificar y seguir los procedimientos necesarios para alcanzar un resultado. De esta forma es posible describir la racionalidad en la aplicación de la ley como la capacidad de identificar y comprender

²⁴ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Serie Versiones de Autor 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, pp. 416–417.

²⁵ Póngase por ejemplo, el análisis de la racionalidad que debe imperar en el actuar de la autoridad legislativa al valorar los sucesos que ameritan la emisión de un nuevo cuerpo normativo, quien podría ser, incluso, el poder constituyente. Se trata de un tema muy importante, pero no corresponde a la materia de este trabajo.

las finalidades explícitas o implícitas que dieron su razón de ser a la misma, y determinar si otra norma de rango inferior es conforme o escapa a ellas.

El concepto que se propone sirve para identificar si las normas de rango inferior son conformes o no con la norma superior que les da validez. Ambas normas deben compartir la misma finalidad. La misma relación de medio a fin que debe existir entre la norma superior y su finalidad, debe existir entre la norma inferior y misma finalidad establecida por la superior. Estas normas jurídicas pueden ser otras leyes de rango inferior o normas jurídicas individualizadas, es decir, normas jurídicas emitidas por jueces, autoridades administrativas o particulares, que vinculan únicamente a sujetos individualmente determinados. Sobre la relación que debe existir entre una norma de rango superior y otra inferior, Hans Kelsen señaló:

El derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible...

...Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales -y no la norma individual- que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.²⁶

Esta especie de racionalidad busca determinar si existe o no una concordancia entre el fin buscado por la norma superior y el fin perseguido por la norma inferior. Si ambas finalidades son coincidentes, la norma inferior será válida, de lo contrario no. Otro jurista que analiza el tema es Giovanni Perlingieri quien señala al respecto:

...el control de razonabilidad...Es, por el contrario, un criterio que, respetando el principio de legalidad, contribuye a determinar en el momento aplicativo la solución -entre las abstractas y jurídicamente posibles- que entre todas es más conforme no solo con la letra de la ley sino con la lógica comprensiva del sistema y de sus valores normativos...

²⁶ Kelsen, Hans *“Teoría Pura del Derecho”*, Porrúa, México, 2015, p. 351.

...La Corte constitucional, si bien atribuyendo dos acepciones a la razonabilidad (ora refiriéndola a la llamada técnica del tertium comparationis, ora para valorar si una norma sometida a su examen se adecúa al caso concreto), acaba por resolver el control de razonabilidad en una «técnica argumentativa» para la armonización de principios y de intereses en juego de manera coherente con el sistema vigente y con sus valores. De este modo, las reglas de la argumentación jurídica satisfacen «la expectativa de un éxito razonable del juicio, de una decisión fundada en razones dialécticamente sopesadas», no porque sean «más probables y, por tanto, mejores que otras», sino porque son prioritarias respecto de otras en un dado ordenamiento jurídico históricamente individualizado...²⁷

A continuación, se señala un criterio en el que la racionalidad admite ser entendida bajo los lineamientos anteriores.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. FUNCIONES Y CONSECUENCIAS EN EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. La razonabilidad como principio aplicado al derecho, funge como herramienta: a) interpretativa, directiva o pragmática, en cuanto orienta la actividad de los creadores de las normas; b) integradora, en tanto proporciona criterios para la resolución de lagunas jurídicas; c) limitativa, ya que demarca el ejercicio de determinadas facultades; d) fundamentadora del ordenamiento, en cuanto legitima o reconoce la validez de otras fuentes del derecho; y, e) sistematizadora del orden jurídico. Además, dicho principio exige una relación lógica y proporcional entre los fines y los medios de una medida, por la cual pueda otorgársele legitimidad. Así, de dicha relación derivan las siguientes consecuencias: I) la razonabilidad reestructura la base de una serie de criterios de análisis que integran todos los juicios necesarios para comprender la validez de una medida; II) opera como pauta sustancial de validez y legitimidad en la creación normativa, en su aplicación e interpretación, y para esto, los juzgadores que tienen esta potestad deben analizar la norma de modo que ésta guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales; además, para que la norma sea válida, es necesario que esté de acuerdo con las finalidades constitucionales o de derechos humanos y con sus principios. En este sentido, un completo control de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial; y, III) busca trascender la idea de que el control de razonabilidad es una mera ponderación o análisis de proporcionalidad, entre principios, ya que si bien ésta puede ser una propuesta plausible para la razonabilidad en la interpretación, en cuanto control material de constitucionalidad y derechos humanos, **se trata más bien de una herramienta que pretende examinar la relación entre los medios y fines mediatos e inmediatos de una**

²⁷ Perlingieri, Giovanni “Aspectos Aplicativos de la Razonabilidad en el Derecho Civil”, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 43 y 68-69

medida, que debe ser proporcionada, pero no se limita únicamente a esto; además, debe analizarse la legitimidad de la finalidad, pues no cualquier finalidad propuesta es compatible con la esencia y los fines de los derechos humanos de fuente nacional e internacional y el logro de sus objetivos. Luego, para un análisis acabado, resulta imprescindible examinar si el medio afecta, limita, restringe o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales, de acuerdo con la finalidad de máxima eficacia de la Constitución y lograr la armonización de los derechos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que se opone a entender que los derechos están en conflicto. En ningún caso puede postergarse un derecho, ya que quien tiene derecho merece protección.²⁸

La proporcionalidad no es más que otra manifestación de la racionalidad como medida de análisis de la relación que hay entre las normas jurídicas como medios y los fines que persigue el derecho. A este respecto deben tenerse en cuenta las palabras de José María Soberanes Diez, cuando señala:

El estagirita considera que debe tenerse en cuenta que la igualdad distributiva implica una relación entre cuatro términos: aquéllos para quienes es justo tienen que ser por lo menos dos y las partes distribuidas también tienen que ser dos. Entre dichos elementos, indica, debe existir una proporción geométrica.

Matemáticamente una proporción es la igualdad de dos razones y una razón es la relación entre dos números. Una de las clases de razón se da mediante el cociente y se llama razón geométrica y se puede representar como $A/B = r$, en donde r es la razón geométrica. Si igualamos dos razones geométricas obtendremos una proporción geométrica, que puede expresarse como $A/B = C/D$. Un ejemplo de expresión de la proporción geométrica es $12/3 = 8/2$.

Al trasladar lo anterior a una expresión no matemática o expresión sustantiva, como proponemos denominarle, considerando que una razón es una relación entre un sujeto y una cosa, la proporción geométrica se daría cuando la relación entre una persona y una cosa se equipara a la relación entre otra persona con otra cosa.

Conforme a la doctrina aristotélica, la proporcionalidad implica comparar dos relaciones distintas: la relación de un sujeto y una cosa u honor y la relación de otro sujeto con otra cosa. La comparación de ambas relaciones arrojará un resultado de igualdad o de desigualdad. Así, la proporcionalidad constituye concepto que podría denominarse

²⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 1a. CCCLXXXV/2014, (10a.), Libro 12, Tomo I, noviembre de 2014, p. 719, Tesis Aislada. [Énfasis añadido].

relacional pues implica una “relación de relaciones”, esto es, la relación de comparación entre la situación de dos sujetos respecto a dos bienes...²⁹

Una norma jurídica resultará desproporcional si va más allá del valor protegido, es decir, si la aplicación de la medida protectora no es conforme al mismo o si genera una situación igual o más gravosa que aquella generada por la violación de la norma que protege el bien que pretende tutelar.

En lo relativo a la desproporcionalidad, el siguiente criterio ofrece un parámetro de utilidad práctica:

REASIGNACIÓN SEXO-GENÉRICA. EL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL PARA MODIFICAR LAS ACTAS DE NACIMIENTO, A EFECTO DE HACERLA CONSTAR, SUPERA EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). De conformidad con los artículos 136-A, 138, 139, 140-A y 141 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, existe un trato diferenciado para las personas transgénero, por cuanto ve al procedimiento para modificar las actas de nacimiento, a efecto de hacer constar su reasignación sexo-genérica. Esa distinción incide en el derecho de aquéllas a obtener el reconocimiento de su identidad de género, pues la legislación estatal civil vigente les obliga a acudir a un procedimiento jurisdiccional con esa finalidad, cuando tal exigencia no opera para las personas cisgénero. Empero, esa medida legislativa supera el test de proporcionalidad en sentido estricto, desarrollado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues aunque está basada en una categoría sospechosa (género), persigue una finalidad válida e importante desde el punto de vista constitucional (salvaguardar la seguridad y certeza jurídicas de los gobernados, así como el respeto a la personalidad y a la identidad tanto de terceros como del titular de los datos del registro), es idónea (la rectificación de un acta en dicha vía constituye un trámite riguroso en el que interviene una autoridad jurisdiccional para controlar los actos del estado civil y salvaguardar los fines perseguidos) y necesaria para cumplir con ese propósito (es ineludible el desarrollo de un procedimiento jurisdiccional para lograr la protección de la seguridad jurídica de los gobernados, en relación con uno de los elementos que integran su identidad, en consonancia con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad); además, **la afectación al derecho no es desproporcionada en relación con la protección del bien jurídico que la medida pretende tutelar** (la salvaguarda de la personalidad jurídica, de la seguridad y certeza jurídicas y de la identidad del solicitante, es mayor que

²⁹ Soberanes Diez, José María, “*La igualdad y la desigualdad jurídicas*”, Porrúa, México 2011, pp. 3-4

la limitación que tiene éste de tramitar la modificación de un acta en la vía administrativa, porque el fin de la medida también protege la personalidad e identidad del propio peticionario, por medio de la tramitación de un procedimiento en el que se estudie que su identidad no se alterará o suplantarán por otras personas).³⁰

³⁰ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: XVI.1o.A.147 A (10a.). Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo IV Pag. 2239. Tesis Aislada (Constitucional). [Énfasis añadido]

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Es conveniente recordar que conforme al artículo 1° constitucional es obligación de todas las autoridades del Estado la promoción y protección de los derechos humanos en general y particularmente —como resultado de ello— evitar la discriminación. Consecuentemente, las autoridades jurisdiccionales están obligadas a ejercer el “control de constitucionalidad y convencionalidad” respecto de las leyes que resultan relevantes a propósito de los asuntos respecto a lo cuales les corresponde actuar.

Lo anterior constituye una excepción al principio de imperatividad de la ley, ya que, como se sabe, las leyes en principio deben ser cumplidas por todos,³¹ incluyendo específicamente a las autoridades, las cuales, además, deben regir su actuación por el principio de legalidad, de acuerdo con el cual deben fundar y motivar todas sus actuaciones en ley. El mencionado control de constitucionalidad y convencionalidad les permite examinar la conformidad o no de las leyes que se les presentan para ser aplicadas, con los derechos humanos reconocidos en la constitución y tratados internacionales, para que en caso de que sean contrarias a los mismos, dejen de ser aplicadas en el caso a resolver. Lo anterior se explica con toda claridad en la siguiente jurisprudencia:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE

³¹ Otra excepción la constituye el actuar de los particulares, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, solo que únicamente cuando se encuentran en presencia de leyes que se encuentran fuera del Orden Público, de conformidad con la siguiente disposición del Código Civil: ARTICULO 6°.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO. Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, **obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona** sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra

condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. **De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio**, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.³²

Al ser la materia civil una materia local y, como consecuencia de ello, competencia de los jueces de cada entidad federativa, estos últimos tienen en sus manos directamente el control de la constitucionalidad y convencionalidad de todas las normas de la materia, con lo que pueden desaplicar cualquier disposición normativa que consideren discriminatoria. Respalda la anterior afirmación el siguiente criterio judicial:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS. De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están

³² Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: IV.2o.A. J/7 (10a.), Libro 1, Tomo II, diciembre de 2013, p. 933, Jurisprudencia.(Énfasis añadido)

investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); **no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.**³³

En lo tocante a los fundamentos legales de la igualdad en el Derecho Civil, el Código Civil Federal establece en su artículo 2º que “La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.”

Por su parte en el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra el siguiente numeral: “Artículo 2.– La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus

³³ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1647, Tesis Aislada. [Énfasis añadido].

derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.”³⁴ El texto de este último artículo es producto de dos reformas. La primera de ellas publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo de 2000, misma que modificó el texto original (que era idéntico al transcrito en primer término a propósito de la materia federal), para ampliar la protección legal no sólo a la mujer sino a toda persona, y no sólo por razón de su sexo, sino por todos los motivos señalados. La segunda reforma se publicó en dicha gaceta el 10 de octubre de 2008 y agregó la identidad de género y la expresión de rol de género como categorías sospechosas.

En el ordenamiento federal, el enunciado normativo de igualdad es escueto, al referirse únicamente a la relación entre el hombre y la mujer, y se encuentra rezagado respecto de la evolución nacional e internacional en materia de discriminación y derechos humanos; mientras que en el Código local, en cambio, se encuentra en un grado mucho mayor de desarrollo, aunque no deja de llamar la atención que en ninguno de los dos ordenamientos se menciona siquiera el término discriminación.

Debe destacarse que la adición de las categorías sospechosas al artículo 1º constitucional, hace que pierda toda razón de ser su regulación en los artículos mencionados, tanto en materia federal como local, ya que estos últimos ordenamientos son de menor jerarquía y el derecho humano a la no discriminación ya goza de la máxima protección que puede brindar nuestro ordenamiento jurídico, es decir, la de la Carta Magna.

Más allá de los enunciados generales que pretenden brindar una amplia regla protectora de la igualdad, lo cierto es que en el resto del Código Civil –como en otros

³⁴ En lo sucesivo, simplemente Código Civil. En el presente trabajo únicamente se estudia la legislación local de la Ciudad de México. Para el análisis de la legislación local de cada Estado habría que remitirse al Código Civil de la localidad y demás ordenamientos de ese fuero, sin perjuicio de que las disposiciones federales sobre la materia son aplicables al resto de las entidades federativas, lo mismo que los principios generales que se abordan en este trabajo.

ordenamientos jurídicos—, se pueden encontrar innumerables ejemplos de desigualdades normativas, incluso con base en la edad, discapacidad, sexo o nacionalidad. Sin embargo, esto no debe generar sorpresa alguna si se toma en cuenta la idea que ha precedido estas líneas: al Derecho le es esencial la desigualdad, no así la discriminación. La tarea primordial del intérprete se encuentra entonces no en encontrar distinciones, que siempre las habrá, sino en someterlas al escrutinio correspondiente para determinar si se trata de distinciones válidas y permitidas o de distinciones inválidas y prohibidas por discriminatorias.

A continuación se exponen algunos ejemplos de distinciones, los cuales tienen por objeto invitar al análisis crítico y a la aplicación de los conceptos antes mencionados.

En lo que respecta a la guarda y custodia de los menores en caso de divorcio, se lee en el artículo 282 del Código Civil:

Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes [...] II. – Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

El padre únicamente podría quedar como encargado del cuidado de sus hijos menores de 12 años en caso de que la madre sea violenta o un peligro “grave” para el desarrollo del hijo. ¿Y si la madre, sin ser violenta ni un peligro grave para sus hijos, es una ocupada profesionista que constituye la única fuente económica del hogar, pues el padre dedica al cuidado de la casa y a sus hijos? ¿Y si el hijo de 10 años sólo

siente una vinculación sentimental con su padre, pues su madre, sin ser violenta ni peligrosa, no le provee del mismo cariño que el padre? ¿No se le está dando al varón un trato prejuicioso al considerarlo un generador de dinero, incapaz de hacerse cargo de sus hijos menores de 12 años? El hecho es que el hombre, sólo por ser hombre, se verá privado de su derecho a la guarda y custodia de los hijos menores de 12 años. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto al resolver el Amparo Directo en Revisión 1958/2017³⁵ estableciendo que “no obstante que *son constitucionales* las normas que privilegian que los menores permanezcan hasta cierta edad con su madre, lo cierto es que el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras del interés superior del menor, estos queden bajo la guarda y custodia del padre”.

Esto pone de manifiesto a lo que hacen referencia Juan Netzahualpilli García Delgadillo y Gabriela Mendizábal Bermúdez al señalar que:

La paternidad en el derecho de familia ha cobrado gran relevancia en la actualidad, pues diariamente se discuten en los juzgados familiares el derecho de madres y padres sobre los hijos.

La legislación familiar contempla diversos procedimientos para exigir el derecho sobre los hijos; pese a ello, este tipo de acciones judiciales hasta hace poco tiempo habían sido promovidas en su mayoría por mujeres. En la actualidad, cada vez es más común que también los varones acudan a los juzgados de familia a exigir el respeto a los derechos que la norma les concede...³⁶

Es evidente entonces que las normas que otorgan preferencia a la madre en la guarda y custodia de los menores se fundamentan en la visión estereotipada de que la

³⁵ El texto completo del recurso puede ser consultado en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=213507>.

³⁶ García Delgadillo, Juan Netzahualpilli y Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: Una visión desde la masculinidad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 20, (enero-junio) 2015: [Consultado el 20 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/50016>.

mujer goza de una “aptitud específica” para cuidar a los hijos; concepción que resulta inadmisibles a la luz del principio de igualdad”. En ese sentido en la resolución que se comenta se sostuvo “que las normas, como el artículo 282 en cuestión, que otorgan preferencia a la madre en la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores se deben interpretar de conformidad con el interés superior del menor de manera que el juzgador, a través de un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género, determine cuál es el escenario que redunde en mayor beneficio para los menores”.³⁷

Son entonces dos los parámetros que deberá tomar en consideración el juez para determinar a cuál de los progenitores corresponderá la guarda y custodia de sus hijos. En primer lugar el interés superior del menor, institución acogida por el Código Civil en su artículo 416 Ter en los siguientes términos:

Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

³⁷ Énfasis añadido

En sentido similar la Suprema Corte de Justicia ha establecido que “el interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a su vida”.³⁸ En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden encontrarse diversas sentencias entre las que pueden mencionarse las siguientes: Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 134; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 163; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 152. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009 y de las que puede inferirse —en especial de la última citada en su párrafo 184— que “La prevalencia del interés superior del niño **debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños**, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”³⁹

Se puede concluir que el principio del interés superior del menor implica la tutela y protección de los derechos propios de los menores a fin de garantizar su bienestar general y libre desarrollo de forma integral y armoniosa. Por lo que hace al segundo parámetro tomado en cuenta por las anteriores resoluciones para realizar el

³⁸ “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES.” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: P./J. 7/2016 (10a.) Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I Pag. 10 Jurisprudencia(Constitucional) [Énfasis añadido].

³⁹ Énfasis añadido.

juicio de razonabilidad, debe tenerse en cuenta su objetividad, es decir, que debe ser ajeno a cualquier estereotipo de género. Se entiende por estereotipo una visión generalizada o preconcepción de actitudes o características poseídas por personas integrantes de un grupo social particular (por ejemplo, las mujeres o las indígenas) o los roles que realizan o deben realizar.⁴⁰ A este respecto Rebecca J. Cook y Simone Cusack señalan:

Ahora bien, no todos los estereotipos son malos, pues los hay descriptivos (p. ej., “el hombre es físicamente más corpulento que la mujer” o “la mujer tiene la capacidad de embarazarse”) que únicamente dibujan cómo es una persona de determinado grupo, se asignan diferencias para poder saber quién es el otro.

El problema está en los estereotipos prescriptivos (“el hombre es el proveedor del hogar” o “la mujer es más apta para cuidar a los hijos”) y en los hostiles (“la mujer debe ser casta y honesta”, “las personas indígenas son flojas y sucias”), pues pretenden establecer cómo debe comportarse y qué rol debe cumplir la persona que pertenece a este grupo, ya sea a través de normas (jurídicas, morales y/o sociales) o rechazo u hostilidad si no se cumplen.

Los estereotipos pueden ser i) de sexo (p. ej. las mujeres son débiles, son menos inteligentes, son sensibles), ii) de género (p. ej. las mujeres son madres) y iii) compuestos: mezcla de dos o más categorías (p. ej., una mujer lesbiana indígena pobre con alguna discapacidad y embarazada con VIH). En estos casos la asignación de roles suele depender de todas esas categorías.⁴¹

En ese tenor de ideas es que la norma aludida contiene un estereotipo de género que vulnera el principio de igualdad al considerar *a priori* a la madre más apta para desempeñar la guardia y custodia de los hijos por el simple hecho de ser mujer.

Probablemente el matrimonio es una de las figuras que más modificaciones ha sufrido desde su incorporación al Derecho Civil. Muchas de esas modificaciones han sido desafortunadas por carecer de la más elemental técnica legislativa y obedecer a

⁴⁰ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, citado por Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, Colección Legislar sin Discriminación, Tomo I, CONAPRED, México, 2013, p. 64.

⁴¹ Énfasis añadido. *Ibid.* p. 65.

intereses particulares de ciertos grupos de poder y que además están en detrimento incluso del principio de igualdad y del derecho a no ser discriminado. Tómese por ejemplo la reforma realizada al artículo 148 del Código Civil publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el día 13 de julio de 2016 por virtud de la cual se modificó el texto de dicho numeral para quedar redactado de la siguiente manera: “Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.”

Antes de la reforma de 13 julio de 2016, el artículo 148 del Código Civil preveía dos excepciones al requisito de edad para contraer nupcias. La primera de ellas se originaba cuando el matrimonio era celebrado por menores de edad que hubieren cumplido los dieciséis años y contaran con autorización de los que ejercían la patria potestad, el tutor, o en su caso, del Juez de lo Familiar. La segunda excepción se presentaba en caso de que los menores de 16 y mayores de 14 años quisieran contraer matrimonio si la mujer estaba embarazada y su padre o madre lo solicitaban al Juez del Registro Civil.⁴²

En líneas anteriores quedó establecido que no toda distinción normativa es discriminatoria, que constituirán discriminación aquellas que atenten contra la dignidad humana; las que carecen de objetividad, razonabilidad; y finalmente las que tienen por objeto —directa o indirectamente— obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades. En este sentido, el legislador al momento de configurar una disposición legislativa (ley en sentido formal y material) debe llevar a cabo una motivación ordinaria o reforzada dependiendo de si están o no implicadas las denominadas categorías sospechosas.

⁴² Rico Álvarez, Fausto, *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, Porrúa, México, 2016, p.67.

La motivación ordinaria “tiene lugar cuando no se presenta alguna "categoría sospechosa", esto es, cuando el acto o la norma de que se trate no tiene que pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas del caso porque no subyace algún tipo de riesgo de merma de algún derecho fundamental o bien constitucionalmente análogo; mientras que la motivación reforzada implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo; y, b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate”.⁴³

Antes de plantear algunas interrogantes específicas sobre las implicaciones de la reforma antes referida, conviene analizar al menos someramente el principio de progresividad de los Derechos Humanos. El principio de progresividad puede ser analizado desde dos puntos de vista: uno positivo y uno negativo. En su vertiente positiva implica que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el contenido de los Derechos Humanos y sus garantías conforme su evolución maximizando el uso de los recursos disponibles para ello. En su vertiente negativa prohíbe la regresividad en perjuicio de los titulares de dichos derechos.

Así podemos citar el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es del tenor siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la

⁴³ “MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.” Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tesis: P./J. 120/2009, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Pag. 1255 Jurisprudencia (Constitucional) [Énfasis añadido].

Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Concretamente en el tema que ahora se analiza estaríamos en presencia de lo que Christian Courtis denomina *regresividad normativa*. “En este sentido —no empírico sino normativo—, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”.⁴⁴

Hechas las precisiones anteriores es prudente cuestionarse si la reforma al artículo 148 del Código Civil no es discriminatoria. ¿Existen razones objetivas y razonables para prohibir el matrimonio de los menores de edad? ¿No es discriminatoria por razón de la edad la reforma al artículo 148 del Código Civil que suprime los supuestos de excepción para contraer matrimonio? ¿No se está anteponiendo la norma humana a la ley biológica que dota a los seres humanos de la posibilidad de procrear y fundar una familia desde temprana edad? ¿No se estaría violando además del principio de igualdad el derecho a una familia para los menores de edad? Aunado a lo anterior ¿Se estaría en presencia de una regresión normativa vejatoria de Derechos Humanos? ¿Qué sucedería si dos personas que no cumplen el requisito de edad quisieran contraer matrimonio? ¿Podría autorizarlo el Juez del Registro Civil? ¿Dicho matrimonio sería válido?

Por si fuera poco, la multicitada reforma trae otra consecuencia de trascendencia, ya que, de conformidad con el artículo 361 del ordenamiento civil local, “pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer

⁴⁴ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 4.

matrimonio”. Es evidente que biológicamente no es necesario estar casado para poder procrear, por lo que surgen otros planteamientos relacionados al tema de filiación. Nuevamente ¿El artículo 361 no es discriminatorio por razón de la edad y priva de un derecho a los hijos a ser reconocidos por sus padres? ¿Dicha disposición no es contraria al interés superior del menor?

Una cuestión que sin duda ha suscitado intensos debates en la Doctrina, tanto nacional como internacional, es precisamente la eficacia de los Derechos Humanos en las relaciones entre particulares. La doctrina del *Drittwirkung* surgió en la jurisprudencia alemana⁴⁵ y tiene como “idea fundamental que el gobierno puede ser responsable por omisión de impedir, por conducto de los instrumentos jurisdiccionales o cualquier otra medida, la violación de los derechos fundamentales de un individuo por otra persona privada”. En otros términos, se trata de la eficacia horizontal o mediata de los Derechos Fundamentales que deberá hacerse valer a través de la mediación judicial. Por su parte, las relaciones entre particulares se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, entendido como “la posibilidad que el ordenamiento jurídico concede a los particulares para producir normas de Derecho a partir de la manifestación de su voluntad. En materia contractual se expresa en los siguientes términos: *la suprema Ley de los contratos es la voluntad de las partes.*”⁴⁶

⁴⁵ “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso Lüth dio paso a la aplicación indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. En esta resolución, el máximo tribunal alemán determinó que si bien no se pueden hacer valer directamente los derechos humanos entre los individuos privados, el juez debe realizar una interpretación de las normas conforme a los derechos humanos” DOMINGO PÉREZ, Tomás de, “El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales. Una aproximación desde la Filosofía del derecho”, en *Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 7, núm. 11, (enero-diciembre) 2002: [Consultado el 20 de febrero de 2018] Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1528/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf?sequence=1>.

⁴⁶ Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel, *Tratado teórico-práctico de Derecho de Obligaciones*, Porrúa, México, 2013, p. 250.

En el Derecho Comparado han surgido diversos intentos por tratar de conciliar el *Drittwirkung* y la autonomía de la voluntad, lo cual no ha resultado fácil y aun menos sencillo para los intérpretes de la norma o para aquellos que se encargan de su creación. En el derecho italiano —refiriéndose preponderantemente a los contratos con oferta al público— advierte Emanuela Navarretta:

Por otro lado, la afirmación del personalismo como ulterior sustrato constitutivo de la Unión Europea ha favorecido el redescubrimiento de la capacidad del contrato para promover también valores de la persona, y del derecho civil para combatir fenómenos de racismo y de discriminación.

Con el impacto de los citados fenómenos, el eje de referencia del contrato comenzó a cambiar de la igualdad puramente formal entre los contratantes a la igualdad sustancial, abriendo el amplio y complejo capítulo de los contratos asimétricos y del control sobre la justicia contractual...

Así debe entenderse el sentido que subyace a las prohibiciones de contemplar cláusulas discriminatorias que afecten la competencia, previstas en el ámbito del abuso de dependencia económica, del abuso de posición dominante y de la cesión de productos agrícolas y agroalimentarios.

Y este es también —como luego se dirá— el sentido de la prohibición de discriminación por razones relativas a las condiciones personales del contratante: la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o las prácticas religiosas (art. 43, párr. 2, d. lgs., n.º 289 del 25 de julio de 1998); la raza o el origen racial (directiva 2000/43/CE, implementada en el ordenamiento italiano con el d. lgs. n.º 215 del 9 de julio de 2003); el sexo (directiva 2000/113/CE, implementada en el ordenamiento italiano con el d. lgs. n.º 196 del 6 de noviembre de 2007); la discapacidad (l. n.º 67 del 1.º de marzo de 2006); la religión o las convicciones personales, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (propuesta de directiva del 2 de julio del 2008 COM [2008] 426).⁴⁷

Las diversas cualidades que señala la catedrática italiana que han sido motivo de legislación en el ordenamiento civil de aquel país, corresponden a las mencionadas categorías sospechosas. Probablemente no resulta tan complicado comprobar que se está en presencia de conductas discriminatorias en los contratos que se celebran entre

⁴⁷ Navarretta, E., “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 132 y ss.

un proveedor y el gran público consumidor, sin embargo, no sucede lo mismo en el ámbito de las relaciones que no se circunscriben a tal ámbito, es decir, que se desarrollan en el estrictamente individual y/o secreto. Tómese por ejemplo el texto del artículo 2301 del Código Civil que dispone que “puede pactarse que la cosa comprada no se venda *a determinada persona*, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna”,⁴⁸ ¿sería válido y en su caso podría resultar discriminatorio el pacto que prohíbe vender un bien a personas de determinada raza o pertenecientes a determinada religión?

Otro ejemplo se presentaría si una persona se niega a celebrar un contrato de arrendamiento con otra que tiene antecedentes penales ¿se está discriminando a esta última? Si la respuesta fuere un sí ¿subsistiría la discriminación si el delito cometido fuere de carácter patrimonial? ¿Qué pasaría si el delito cometido pudiese vulnerar la percepción de seguridad de los vecinos, por tratarse, por ejemplo, de un estupro? En materia sucesoria se establece que: “Artículo 1325. Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros.”

Resulta entonces que hay quien puede ser privado completamente de su derecho a suceder a otra persona por la profesión a que se dedica. ¿Es discriminatorio que un ministro de culto católico no pueda heredar de su mejor amigo, ministro de

⁴⁸ Énfasis añadido.

culto católico también, por el simple hecho de compartir su profesión u ocupación?
¿Las razones que motivaron tal prohibición se encuentran vigentes?

Adicionalmente, en el artículo 1328 se lee que “por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado, a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, según las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los mexicanos.” ¿Es discriminatorio que un extranjero que ha radicado toda su vida en México no pueda recibir la herencia de su hijo mexicano en este supuesto? ¿Acaso no se sanciona a una persona por el hecho de otras? ¿Es ello justificable, racional y objetivamente, por la reciprocidad que debe imperar en las relaciones internacionales y por el orden público y la dignidad nacional que deben sobreponerse a la dignidad de una persona?

En relación con un caso similar señala María García Rubio:

...la decisión del Consejo Constitucional francés de 5 de agosto de 2011 (Décision n° 2011-159 QPC, Mme Elke B. Et autres), que declaró inconstitucional el artículo 2 de la ley de 14 de julio de 1819, donde se reconocía un derecho privilegiado al ciudadano francés que concurría en la misma sucesión con un extranjero, que permitía al primero reclamar sobre los bienes situados en Francia la parte sucesoria que le otorgaba la ley material francesa, aunque hubiera sido excluido de ella por la ley aplicable a esa sucesión, según el propio Derecho francés. Se trataba de una regla material que derogaba la ley extranjera designada por la regla de conflicto francesa y que, según el Consejo constitucional, violaba el principio de igualdad, puesto que solo favorece al nacional francés, y “restringe de manera injustificada la libre disposición de los bienes por el difunto, además de suponer un atentado contra la propiedad.”⁴⁹

⁴⁹ García Rubio, M.P., *Gender Stereotyping. “Recensión” a la obra The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, citado por TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Colección Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara, Madrid-México, 2016, p. 39.

Respecto de algunas cuestiones relacionadas con la denominada *libre testamentifacio* o libertad de testar, Teodora Torres García y María García Rubio⁵⁰ distinguen entre la “libertad de testar”, que consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio sin que otros se interpongan en esa actividad y la “libertad para testar” que implica la libertad toma de decisiones con plena validez jurídica. Al respecto cabe preguntarse: ¿cómo se relaciona la libertad para testar con el principio de no discriminación? En opinión de las autoras —quienes refieren la temática de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional español— “la libre voluntad del testador está limitada en todo caso por el principio de no discriminación, de modo que, como corolario, resulta sobreentenderse que si estuviera clara la voluntad discriminatoria subyacente en la voluntad testamentaria la disposición *mortis causa* tendría que ser considerada nula”.⁵¹ Señalan los siguientes ejemplos:

En concreto, vamos a aludir a los supuestos en los que la institución de heredero o el legado se efectúa con la condición de que el favorecido haga o no haga algo que puede ser considerado ilícito, inmoral, extraño, caprichoso o extravagante. Ejercita con ello el testador su libertad de testar y, al hacerlo, puede eventualmente contradecir un principio constitucional que derive de un derecho fundamental de otro sujeto; por ejemplo, si establece algo así como: instituyo heredero a mi sobrino B si se divorcia de su pareja gitana y no vuelve a convivir con ninguna mujer de etnia gitana, disposición evidentemente discriminatoria; o, instituyo heredero a mi sobrino A si se casa por la Iglesia y bautiza a sus hijos en la fe católica, lo que también puede interpretarse como discriminatorio...⁵²

El Código Civil da una solución respecto al primero de los mencionados supuestos, pero no se pronuncia respecto al tema relacionado con la fe católica de los hijos, al establecer “ARTICULO 1,358.- La condición impuesta al heredero o legatario, de tomar o dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.” Piénsese en otro

⁵⁰ *Ibid.* pp. 16-17.

⁵¹ *Ibid.* p. 32.

⁵² *Ibid.* p. 103.

supuesto, como podría ser la condición impuesta al heredero o legatario de cambiar o permanecer en una determinada religión.

Las citadas autoras manifiestan algunas ideas respecto al tratamiento que en su opinión debe darse a estos problemas:

El problema planteado se debe responder no tanto en términos de colisión de principios constitucionales, si es que esta colisión se produce efectivamente, sino del juego de las normas de Derecho civil las cuales, por así decirlo, hacen el juicio reglado de ponderación que, como manifestación de la voluntad general o del consenso democrático, conforma las reglas del juego. Esas reglas están en nuestro Derecho en el Código civil español...

La pretensión de eludir esas reglas con el recurso a principios constitucionales mucho más abstractos y moldeables significaría, en última instancia, prescindir del Derecho legislado y con ello violar las bases mínimas del juego democrático, dejando la solución de los problemas privados en manos de la escurridiza ponderación judicial, con el consiguiente peligro no solo para la seguridad jurídica, sino también para la idea misma de libertad individual...⁵³

La opinión de las autoras evidentemente nos remite a la problemática de la libertad en la apreciación de la racionalidad y el amplio facultamiento a autoridades para valorar la misma, planteadas líneas atrás. Por otro lado, el artículo 450 del Código Civil establece que tienen incapacidad natural y legal: "...II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla". Claramente hay entonces una restricción de derechos con base en la salud de las personas. ¿Esto es un supuesto de discriminación y por lo tanto de anticonstitucionalidad? ¿Atenta contra la dignidad de una persona con Síndrome de Down, por ejemplo, el privarlo de la posibilidad de celebrar un matrimonio, cuando tal vez su particular situación sí le permite

⁵³ *Ibid.* pp. 38 y ss.

comprender los alcances del acto a realizar? Por el contrario ¿podría pensarse que realmente se le está protegiendo al negarle tal posibilidad? ¿Sería la misma solución si ya es padre de familia y pretende casarse con la madre de sus hijos?

En materia de adopción el artículo 410–F establece que: “en igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros.” Con base en un criterio de nacionalidad ¿se puede disminuir la preferencia para ser adoptante por el simple hecho de no ser mexicano? ¿Es discriminación? ¿Es racional considerar en general que un mexicano puede darle mejores condiciones de vida a un hijo? ¿Tiene sentido dar preferencia a un mexicano para adoptar a otro mexicano, considerando las coincidencias culturales, por ejemplo, entre los que serían ascendientes y descendientes? ¿La disposición resulta adecuada considerando que sería únicamente en igualdad de circunstancias que se preferiría al nacional?

No existen respuestas unánimes a las interrogantes planteadas, de ahí la dificultad de un ejercicio de ponderación objetivo, razonable y proporcional. A continuación se reproducen algunos criterios judiciales vertidos en relación con casos concretos de desigualdades legislativas, que comparten en su solución los principios planteados líneas atrás en este trabajo.

ESTADO CIVIL COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA. LA IGUALDAD O DISTINCIONES DE CONDICIONES ENTRE LOS CÓNYUGES Y LOS CONCUBINOS PERTENECEN A LA CATEGORÍA DE ESTADO MARITAL, POR LO QUE LAS NORMAS QUE LAS ESTABLEZCAN DEBEN SER OBJETO DE ESCRUTINIO ESTRICTO PARA DETERMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD. El artículo 1o. de la Constitución mexicana reconoce un amplio catálogo de categorías sospechosas, dentro de las que expresamente se prevé el estado civil. En relación con dicha categoría y, más específicamente dentro de aquélla, al estado marital, ésta se encuentra relacionada estrechamente con la libertad personal, la dignidad y la libertad de pensamiento, y atiende a la decisión autónoma de entrar o no en una relación personal permanente -jurídica o de hecho- con otra persona, y de la cual se crean consecuencias de la misma índole, dependiendo de dicho estado. Así, atendiendo al principio pro persona y a la interpretación evolutiva y sistemática de los derechos humanos, para efectos de categorías sospechosas, **la igualdad o distinciones de condiciones entre los**

cónyuges y los concubinos, deben considerarse dentro de la categoría de estado marital, la cual tiene como finalidad abordar los intereses, beneficios o perjuicios de estar casado o no casado y, dentro de este último, de vivir en pareja o ser soltero. Corresponderá a cada caso específico determinar si las distinciones realizadas son o no discriminatorias. Al respecto, es importante recordar que la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada, por lo que el escrutinio estricto de las distinciones basadas en aquéllas garantiza que sólo serán constitucionales las que tengan una justificación muy robusta⁵⁴.

El criterio antes reproducido establece con claridad que para determinar si una distinción legislativa basada en la existencia de una relación marital o concubinal resulta discriminatoria o no, el juzgador tendrá que atenerse a las circunstancias específicas de cada caso concreto. Es decir, si una norma estableciera, por ejemplo, un derecho en favor de una persona por el hecho de estar casada y por el contrario, privara del mismo derecho a una persona no casada, aunque tuviera una relación de concubinato, podría resultar discriminatoria o no, según lo resuelva el juez en el caso concreto. Ante esta situación no puede establecerse una regla general. Analicemos otro criterio:

PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCEDE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución, los tribunales deben ser especialmente exigentes con el legislador, desde la perspectiva del principio de igualdad, en dos hipótesis básicas: a) cuando la norma legal analizada utiliza para la configuración de su contenido normativo los criterios clasificatorios allí enumerados y b) cuando la norma legal analizada tiene una proyección central sobre los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Federal. Determinar si en un caso la norma legal impugnada se inscribe o no en alguna de las dos hipótesis anteriores no es una operación semi-automática que el intérprete pueda hacer de manera rápida y expedita, sino una tarea que puede exigir la revisión del texto constitucional entero y el despliegue de una tarea interpretativa sensible a los fines y propósitos que dan sentido a las disposiciones constitucionales. Por lo que se refiere a las normas que usan criterios específicamente

⁵⁴ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a. CLXXIX/2016 (10a.). Libro 31, Junio de 2016, Tomo I. Pag. 695. Tesis Aislada (Constitucional). [Énfasis añadido].

mencionados como motivos prohibidos de discriminación en el artículo 1o., hay que tomar en consideración los propósitos que el constituyente persigue mediante esa mención explícita, que no son sino proteger de los eventuales y con frecuencia graves efectos del prejuicio a personas o a grupos que cuentan con una historia de desventaja o victimización, o cuyos intereses -por razones que en gran parte tienen que ver con su identificabilidad con el rasgo que la Constitución menciona- pueden no ser tenidos en cuenta por el legislador o los demás poderes públicos del mismo modo que los intereses de todos los demás. Sin esta operación interpretativa previa, el ejercicio de aplicación del artículo 1o. podría desembocar fácilmente en absurdos. Por poner un ejemplo, el artículo 1o. dispone expresamente que "queda prohibida toda discriminación motivada por ... las preferencias". Sin embargo, es claro que sería absurdo pensar que la Corte debe revisar con especial cuidado las leyes que organizan su contenido normativo haciendo distinción entre los que tienen la "preferencia" de robar y los que no albergan esta preferencia, o entre los que tienen la preferencia de incendiar bosques y los que no. En cambio debe hacerlo respecto de personas o colectivos identificados socialmente en alusión a ciertas preferencias sexuales. **En este país como en otros, hay pautas culturales, económicas, sociales -históricamente rastreables y sociológicamente distintivas- que marcan a personas con orientación u orientaciones sexuales distintas a las que se perciben como mayoritarias. El escrutinio cuidadoso o intenso de las normas legales que tuvieran que ver con este factor estaría plenamente justificado.** En contraste, pero por las mismas razones, el artículo 1o. no da motivo para someter a escrutinio intenso las clasificaciones legislativas incluidas en leyes o actos de autoridad encaminadas a luchar contra causas permanentes y estructurales de desventaja para ciertos grupos. Existen medidas pro-igualdad que difícilmente podrían instrumentarse sin recurrir al uso de criterios de identificación de colectivos tradicionalmente discriminados, cuyas oportunidades el derecho trata de aumentar -pensemos, por ejemplo, en las normas que reservan cuotas en los cuerpos legislativos o en las instituciones de educación superior para sus miembros-. Sería erróneo que el juez constitucional contemplara dichas medidas con especial sospecha.⁵⁵

Para efectos de nuestro estudio, lo que resulta relevante de la tesis expuesta es la inclusión de “pautas culturales, sociales y económicas” en la determinación del principio de igualdad, poniendo de relieve, en el caso que se trata en el criterio mencionado, la orientación sexual como categoría sospechosa.

⁵⁵ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tesis: 1a. CIV/2010. Tomo XXXII, Septiembre de 2010. Pag. 183. Tesis Aislada(Constitucional). [Énfasis añadido].

En cuanto a la perspectiva de género que debe tener en cuenta todo órgano jurisdiccional, se establece:

ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, **el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género.**⁵⁶

Finalmente, se puede añadir también lo siguiente:

AGENTES DE TRÁNSITO. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 8.19 BIS DEL CÓDIGO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE MÉXICO, AL DEFINIR CON ESA CALIDAD ÚNICAMENTE A LAS MUJERES, TRANSGREDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. El derecho fundamental a la igualdad, que a la vez constituye un principio recogido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se traduce en la garantía de que no se instauren excepciones o privilegios que exceptúen a unos individuos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias; sólo se autoriza un trato diferente si está

⁵⁶ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: 1a./J. 22/2016 (10a.). Libro 29, Abril de 2016, Tomo II. Pag. 836. Jurisprudencia (Constitucional). [Énfasis añadido].

razonablemente justificado en la necesidad de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, respecto de personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad. A su vez, el derecho fundamental a la no discriminación previsto en el artículo 4o. constitucional, consiste en impedir que se restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable. En ese sentido, la prohibición de discriminación por razón de género implica que el hombre y la mujer deben ser tratados por igual ante la ley y busca garantizar la igualdad de oportunidades para que ambos intervengan activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna. Con base en lo expuesto, se concluye **que la fracción I del artículo 8.19 Bis del Código Administrativo del Estado de México, transgrede los derechos fundamentales indicados, dado que en la conceptualización de "agentes de tránsito" define con esa calidad únicamente a las mujeres, excluyendo a los varones la posibilidad de tener dicho cargo, sin que esa diferencia de trato esté justificada por perseguir una finalidad constitucionalmente válida.** Es así, porque en la iniciativa correspondiente se precisó que su finalidad era garantizar la seguridad de la ciudadanía y el combate a la corrupción en la prestación del servicio de tránsito, evitando el abuso a la ciudadanía y a los automovilistas, al tiempo que se fomente la denuncia de este tipo de hechos, para lo cual se consideró pertinente que las infracciones en materia de tránsito vehicular sean aplicadas por mujeres, quienes contarán con patrullas y uniformes que las distinguirán de los demás servidores públicos relacionados con la seguridad pública. Además, la norma cuestionada, más que impulsar el género femenino mediante una oportunidad laboral, **genera la exclusión del masculino en el ejercicio de la función como agente de tránsito en el Estado de México, lo cual no es razonable en relación con su finalidad, puesto que el género de las personas no puede ser considerado como un factor determinante para evitar actos de corrupción,** ya que sería tanto como aceptar que los varones no podrían desempeñar cargos públicos en el Estado por provocar su conducta actos de corrupción y de abuso de autoridad.⁵⁷

Una norma -en este caso, la definición de los agentes de tránsito únicamente como mujeres- resulta discriminatoria, ya que no es racional la ponderación hecha por el legislador al preconceptualizar a las mujeres como incorruptibles y a los varones como corruptos.

⁵⁷ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época. Tesis: II.1o.A. J/2 (10a.). Libro 11, Octubre de 2014, Tomo III. Pag. 2350. Jurisprudencia(Constitucional). [Énfasis añadido].

CONCLUSIONES

El escrutinio de racionalidad en materia de discriminación presupone el análisis de conceptos jurídicos, sociales, políticos, culturales, económicos y otros de naturaleza esencialmente cambiante, por lo que se torna estéril intentar dar una respuesta válida en términos absolutos a las preguntas vertidas a propósito de las disposiciones del Código Civil comentadas en las líneas anteriores. La autoridad judicial en materia civil se encuentra facultada, en ejercicio y cumplimiento del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, para de oficio valorar y resolver sobre la no aplicación a casos concretos de las disposiciones legales que considere discriminatorias por irracionales, y por lo tanto, violatorias de Derechos Humanos.

Se trata de un acertado matiz al sistema legalista en beneficio de la judicialización del Derecho Civil mexicano. Lo anterior redundará en beneficio de la ciudadanía, pues constituye una nueva herramienta para reafirmar el respeto y vigencia de los Derechos Humanos. Es sin duda un paso en la dirección correcta: la maximización en la protección y promoción de los derechos fundamentales, pero dicha facultad requiere de parámetros y limitaciones que hoy en día distan mucho de ser los ideales. Sin menospreciar los avances que la jurisprudencia ha logrado en la materia, resulta fundamental que exista mayor claridad en las reglas y límites a la poderosa facultad de que gozan los juzgadores, y lograr con ello, en la medida de lo posible, objetivar el proceso analítico seguido para determinar si una disposición normativa o resolución contiene o no una desigualdad jurídica inválida.

El escrutinio de racionalidad constituye una categoría abierta, cuyos alcances todavía no se encuentran claramente establecidos, por lo que su aplicación práctica pondrá a prueba la eficacia de los medios de control de la juridicidad de las

resoluciones de autoridades, para que permanezcan siempre apegadas a derecho, evitando la discrecionalidad, fiel compañera de la tan dañina corrupción que en los últimos años ha aquejado de manera escandalosa a nuestro país. Estamos frente a un nuevo modelo de juridicidad que impone el reto de revisar todas nuestras opiniones y actuación con el objeto de replantearlas a través del crisol de los derechos humanos. La anterior situación presupone el conocimiento y cultura de fomento al respeto de los derechos humanos por parte de todo intérprete y aplicador del derecho. La cultura de protección y promoción de los derechos humanos no se limita a jueces y autoridades, por lo que muchas de las consideraciones vertidas en este trabajo nos son aplicables a todos los operadores jurídicos. Al efecto resulta sumamente importante la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos, y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad, en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce del derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando primeramente está dirigida a los órganos del Estado, **también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta obligación alcanza la manera en que las autoridades entienden las restricciones a los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación (Poder Judicial).**⁵⁸

⁵⁸ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10ª Época, Tesis: XXVII.3o. J/23 (10a.), Libro 15, Tomo III, febrero de 2015, p. 2257, Jurisprudencia. [Énfasis añadido].

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ARISTÓTELES, *Política*, traducción y notas de M. García Valdés, Gredos, Madrid, 2004.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*, Serie Versiones de Autor 4, UNAM: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.
- BLOCH, Marc, *La sociedad feudal. Las clases y el gobierno de los hombres*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1979.
- COOK, Rebecca J. y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, citado por Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, Colección Legislar sin Discriminación, Tomo I, CONAPRED, México, 2013, p. 64.
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia derechos sociales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 4.

- FERRAJOLI, Luigi, “Igualdad y diferencia”, en *Igualdad y diferencia de género*, Colección Miradas 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005.
- GARCÍA DELGADILLO, Juan Netzahualpilli y Mendizábal Bermúdez, Gabriela, “Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: Una visión desde la masculinidad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 20, (enero-junio) 2015: [Consultado el 20 de febrero de 2018] Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/50016>.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico”, en B. Flores Imer (comp.), *Obras de Eduardo García Máynez 2. Filosofía del derecho*, El Colegio Nacional, México, 2012.
- GARCÍA RUBIO, M.P., Gender Stereotyping. “Recensión” a la obra *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, citado por TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Colección Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara, Madrid-México, 2016, p. 39.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 176 y ss. Disponible en: http://sistemas2.dti.uaem.mx/evadocente/programa2/201639/documentos/EL_CONCEPTO_DE_DERECHO – HERBERT L A HART.pdf.
- ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho*, v. 2 (2014), pp. 495-516.
- KELSEN, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, Porrúa, México, 2015, p. 351.
- MORA BURGOS, Gerardo, “Racionalidad y tipos de racionalidad”, en *Revista de*

Filosofía, No. 103, Vol. 41, pp. 93-100.

MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *Derecho Social*, Porrúa, México, 1980.

MUNCK, Thomas, *Historia social de la Ilustración*, Editorial Crítica, Barcelona, 2001.

NAVARRETTA, E., “Principio de igualdad, principio de no discriminación y contrato”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, pp. 132 y ss

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Vol. 7, No. 2, 2009.

PERLINGIERI, Giovanni, “Aspectos Aplicativos de la Razonabilidad en el Derecho Civil”, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016, pp. 43 y 68-69

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 6ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 21ª edición, Porrúa, México, 2013.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, Porrúa, México, 2016, p. 67.

RICO ÁLVAREZ, Fausto, Garza Bandala, Patricio, Cohen Chicurel, Mischel, *Tratado teórico-práctico de Derecho de Obligaciones*, Porrúa, México, 2013, p. 250.

SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, Porrúa, México, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.

VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez, Librería General de Victoriano Suárez Calle de Preciados núm. 48, Madrid, 1883.

WILLIAMS, Bernard, *En el principio era la acción. Realismo y moralismo en el argumento político*, Traducción de Adolfo García de la Sienna, Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

- Código Civil Federal
- Código Civil del Distrito Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación