

CURSO “LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO”, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA

ENSAYO QUE PRESENTA LA LICENCIADA VIOLETA ADRIANA BARRADAS GARCÍA, ADSCRITA A LA SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, QUIEN ASISTIÓ COMO BECARIA.

“EL CONCEPTO DE IGUALDAD EN EL MARCO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: UNA REFLEXIÓN COMPARATIVA DE CRITERIOS”

“El derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación es, sin lugar a dudas, el elemento básico de cualquier sistema jurídico occidental. La igualdad tiene una calidad metajurídica. Se trata de un concepto que atraviesa todo el saber occidental, pasando por evidentes problemas filosóficos, de teoría política y, aún de economía”

*Henrik López Sterup
(Profesor de Teoría General de Estado y Derecho Constitucional,
Universidad de los Andes, Bogotá)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2 PERSPECTIVA DE GÉNERO.- 3. DERECHO DE IGUALDAD.- 3.1. IGUALDAD FORMAL Y MATERIAL.- 4. DISCRIMINACIÓN.- 5. EL TEST DE IGUALDAD.- 6. UN CRITERIO DE EQUIDAD DE GÉNERO EN EL SENTIDO COMPENSATORIO.- 7. UN CRITERIO SOBRE VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO (MÉXICO).- 8. ¿CUÁNDO ES DISCRIMINATORIO UN TRATO DESIGUAL POR RAZÓN DE GÉNERO?.- 9. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En torno al concepto de igualdad, los tribunales internacionales, extranjeros y nacionales se han pronunciado en múltiples ocasiones; debiendo tener en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso. Resulta interesante que ha dependido del momento histórico-social y de las circunstancias dadas, que tanto los alcances del concepto de igualdad, como de los factores que se le relacionan, toman diversos matices, al grado de inclinar la balanza de la justicia en muy diferentes direcciones.

Frente al ejercicio del derecho de igualdad, se encuentra la discriminación, la cual se ha suscitado en la historia de la humanidad por muy diversos factores por todos conocidos, siendo el del sexo uno de muy interesante trayectoria histórica, pues la igualdad entre el hombre y la mujer parece más bien un tema de vanguardia, lo que sin lugar a dudas resulta paradójico en un mundo que se encuentra muy avanzado en muchos otros conceptos.

El problema de la discriminación por razón del sexo se ha estudiado desde distintos puntos de vista, especialmente sociológicos, pero ha tenido una incidencia muy importante en el mundo jurídico, específicamente, en la aplicación de la justicia.

Los criterios jurisprudenciales en esta materia se han debido enmarcar en un concepto de equidad de género y desarrollar la posibilidad de la equidad, la justicia y la corrección en la aplicación de las normas, tanto para mujeres como para hombres.

Así, la equidad de género se orienta a dar a cada quien lo que le pertenece, reconociendo las condiciones y características específicas de cada persona o grupo humano. Reconocer la diversidad, sin que ello signifique razón para la discriminación.

La equidad de género se sitúa en el marco de la igualdad y abandera el tratamiento diferencial de grupos para finalizar con la desigualdad y suponiendo que los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de las mujeres y los hombres se consideren, valoren y promuevan de igual manera.

En suma, la equidad de género aplicada en el principio genérico de igualdad, busca la justicia en el tratamiento de mujeres y hombres, de

acuerdo con sus respectivas necesidades; utilizando procedimientos diferenciales para corregir desigualdades de partida.

Orientar bajo este marco las decisiones judiciales ha resultado una tarea constante de las instituciones de justicia.

En este trabajo, se reflexiona sobre los distintos criterios que casos similares pueden suscitar, dependiendo del contexto fáctico de cada pronunciamiento, pero sobre todo, del camino evolutivo de criterios internacional y nacionalmente aceptados respecto de un trato igual a hombres y mujeres, teniendo en cuenta sus desigualdades.

Con este propósito, los temas que se tocan parten de los conceptos básicos directamente relacionados con el de equidad de género y, sobre todo, con el respeto al derecho a la igualdad, occidentalmente elevado a los rangos normativos más altos, para después retomar dos resoluciones judiciales, una del Tribunal Constitucional en España y, otro, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, suscitados en momentos distintos, pero finalmente no tan lejanos.

2. PERSPECTIVA DE GÉNERO

Todo ser humano, desde el momento mismo de su nacimiento, cuando es definido como mujer u hombre, es asignado a uno de los géneros en una operación social en la que se ha pretendido definir su destino. Así comienza a desarrollar una perspectiva de género.

Los análisis sociales a partir de una perspectiva de género surgen en la segunda mitad del siglo XX, particularmente en la Teoría de Género y se inscribe en el paradigma teórico histórico-crítico. Responde a la necesidad de abordar de manera integral, histórica y dialéctica la sexualidad humana y sus implicaciones económicas, políticas, psicológicas y culturales en la vida

social de los géneros y de los particulares, es decir, en la organización patriarcal de la sociedad. Se estructura a partir de la ética y conduce a una filosofía que es poshumanista por su crítica de la concepción androcéntrica de humanidad.

Lo interesante de estos análisis es que no son estáticos, y no que enfocan a mujeres y hombres como seres dados, eternos e inmutables, sino como sujetos históricos, contruidos socialmente, producto de la organización de género dominante en la sociedad. Esta teoría ubica a las mujeres y a los hombres en su circunstancia histórica; por ello, puede darse cuenta de las relaciones de producción y de reproducción social como espacios de construcción de género.

Desde la perspectiva de género se rebasa la ancestral concepción del mundo fundamentada en la idea de la naturaleza y la biología como argumento absoluto para explicar la vida de los seres humanos, su desarrollo, sus relaciones y hasta su muerte.

Comprender el género, permite visualizar a la humanidad y a cada quien en su dimensión biológica, psicológica, histórica, social y cultural, y hallar explicación y líneas de acción para la solución de desigualdades e inequidades que enmarcan y determinan al presente.

La perspectiva de género permite entender que la vida y sus condiciones y situaciones son transformables para el bienvivir si se construye en la igualdad, la equidad y la justicia.¹

3. DERECHO A LA IGUALDAD

Inmersos en el análisis sociológico desde una perspectiva de género, los juristas han podido determinar en la solución de casos las dimensiones del

¹ Cfr. CAZÉS, Daniel. “Nociones y definiciones básicas de la perspectiva de género” Obras feministas de François Poulain de la Barre, México, UNAM, 2007.

derecho a la igualdad, que se encuentra reconocido internacionalmente y en cada una de las constituciones occidentales.

En efecto, los actuales sistemas jurídicos occidentales, sean de corte continental o anglosajón, son impensables sin el respeto por el derecho a la igualdad. Su real existencia constituye un requisito *sine qua non* para el funcionamiento jurídico de nuestras sociedades. Todos los sistemas jurídicos, sean locales, nacionales, supranacionales o internacionales, tienen como supuesto la aplicación de este derecho. Tan fuerte es el derecho en cuestión, que incluso algunas relaciones privadas se ven afectadas por la obligación de tener presente este derecho.

En el plano constitucional y, en general, en todo ámbito teórico jurídico, la manera en que opera la igualdad y la forma en que se inserta en el sistema jurídico, dependen por entero de su configuración normativa. Esto es, se trata de un problema eminentemente positivo, lo que no implica que a la hora de intentar una aproximación al derecho a la igualdad, aprovechemos los desarrollos filosóficos y morales sobre ella, pero debemos intentar un acercamiento jurídico-normativo al tema, en oposición al análisis axiológico.

Es decir, el derecho a la igualdad no es concebido más como una máxima intangible o un ideal de justicia; sino que es una prerrogativa constantemente aplicada, pero de manera relacional. Es decir, si bien su aplicación se deriva de la norma establecida, ésta debe encarar las circunstancias fácticas que han justificado racional y razonable su aplicación en uno y otro caso.

La igualdad se define a partir de un quién y un qué. En el sentido jurídico, (y parece que en muchos más) las personas no son iguales a nadie. Simplemente son. Esto nos obliga a tener presente la realidad histórica y cultural en la cual se hace el análisis de igualdad.

Así, el principio de igualdad significa que a supuestos de hecho iguales se le debe aplicar consecuencias jurídicas también iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia. Se trata de una igualdad de oportunidades, lo que va más allá del trato, al grado que los tribunales del orbe occidental se han pronunciado ya por su función equiparadora o compensadora, distinguiendo dentro de esta última un bloque de medidas diferenciadoras por razón de sexo, consideradas paternalistas o falsamente protectoras, de otras medidas consideradas compensadoras o remediadoras de la marginación social y laboral de las mujeres.²

3.1. Igualdad formal y material

En la dogmática constitucional, se pueden identificar dos conceptos básicos de igualdad: la igualdad formal y la igualdad material.

La **igualdad formal** exige que todos aquellos que sean destinatarios de las normas sean tratados igualmente por las mismas. Es decir, habiéndose establecido un cambio de aplicación de la norma (los supuestos de hecho normativos) quienes caen dentro del supuesto no pueden ser tratados de manera distinta. Se trata que quienes estén bajo ciertas hipótesis normativas sean tratados igual. Quienes están fuera de las hipótesis deben ser objeto de un tratamiento diferencial.

El problema que se plantea en el marco de este concepto formal de igualdad es quiénes son incluidos dentro de la hipótesis normativa y cuál debe ser el tratamiento que deben recibir por esa condición.

² Cfr. **GONZÁLEZ MARÍN, Nuria**. “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: Especial referencia a la situación jurídica de la mujer.” Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 2

Así, los problemas constitucionales que llegan a surgir frente al derecho a la igualdad ante la ley, se solucionan, generalmente, con el control sobre los criterios de inclusión y exclusión de la hipótesis normativa.

Por otra parte, el derecho a la igualdad material apunta a enfrentar problemas fácticos de los destinatarios de las normas. Se trata de un derecho directamente ligado a la satisfacción de necesidades básicas de la población. En esta perspectiva, no se enfrenta un problema normativo-conceptual, sino uno normativo-factual.

La realidad personal o grupal, en muchas ocasiones falsea la igualdad formal, con lo que resulta necesario disponer de tratamientos especiales a efecto de garantizar la aplicación de una igualdad real.

En otras palabras, bajo el concepto formal, se parte de la igualdad; mientras que bajo el concepto material, se busca.³

Podremos reflexionar sobre la importancia de esta distinción en la aplicación de razonamientos conducentes a partir de ella, o buscarla si no se le identifica, en la resolución de casos.

4. DISCRIMINACIÓN

Frente al derecho de igualdad, se antepone la discriminación, que desde un sentido amplio, se ha conceptualizado como todo tratamiento desigual injustificado; es decir, violatorio de la Constitución o de los tratados sobre derechos humanos que sean vinculatorios. En un sentido estricto, se trata de tratamientos desiguales que tienen como factores normativamente prohibidos. En el primer caso es discriminatoria toda violación al derecho a

³ Cfr. **LÓPEZ STERUP**, Henrik. “Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia”, Programa Andino de Derechos Humanos, Análisis sobre discriminación, exclusión y racismo. *Revista Reportes Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar. Abril 2004.

la igualdad, y en el segundo sólo son discriminatorios cierto tipo de tratos desiguales que merecen un reproche específico.

Por ejemplo, en el plano internacional, la Carta de las Naciones Unidas hace referencia al principio de discriminación, así como lo hace el Tribunal Internacional de la Haya, aluden a un sentido restringido del término. Los criterios de distinción prohibidos responden a criterios que históricamente se consideran inadmisibles.

5. EL TEST DE IGUALDAD

A partir de la solución de casos concretos, tanto la jurisprudencia internacional como la nacional han debido ocuparse de hacer juicios de salvaguarda del derecho a la igualdad, frente a posibles actos de discriminación, ya sea por parte de órganos estatales, como de particulares. Este análisis puede identificarse como la práctica del test de igualdad.

Se trata del juicio de igualdad que parte de la obligación de brindar igual trato a todas las personas. Estudia si el trato desigual resulta ilegítimo o si, dadas las circunstancias, era exigible un trato desigual. A fin de lograr que el estudio de estos temas sea racional, ha de preguntarse qué se busca con una norma, cómo se va a lograr lo buscado, y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado.

En un juicio estricto sobre igualdad se hace necesario el análisis de lo razonable y de lo racional de la medida, además de la necesidad de la misma y su proporcionalidad. Que sea razonable significa que sea constitucionalmente admisible y legítima, y que sea racional se traduce en que sea lógica.⁴

⁴ Cfr. **LÓPEZ STERUP**, Henrik. “Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia”, Op. Cit. Pp. 3 y ss

La necesidad alude a la inexistencia de otros medios para lograr el fin buscado y, la proporcionalidad, al grado en que se sacrifican otros derechos en aras de lograr el fin constitucional.

Este tipo de juicios se aplica generalmente cuando está de por medio la violación de derechos probable ante una discriminación específica, cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías, cuando la medida afecta el goce de un derecho constitucional fundamental y cuando se examina una medida que crea un privilegio.

6. UN CRITERIO SOBRE EQUIDAD DE GÉNERO EN EL SENTIDO COMPENSATORIO (ESPAÑA)

El 16 de julio de 1987, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional español se pronunció en la sentencia número 128/1987, para resolver el recurso de amparo número 1123/1985.⁵

El recurso de amparo fue promovido contra la sentencia de 11 de noviembre de 1985, de la Magistratura de Trabajo de Ávila; desestimando la demanda en reclamación de cantidad por no reunir el actor, casado y con una hija, los requisitos para la percepción de complemento en concepto de guardería, reconocido a todas las mujeres trabajadoras en centros del INSALUD, que tengan hijos menores de seis años y a los viudos con hijos de la misma edad. Se alegó discriminación, vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y la inexistencia de una medida tendente a favorecer el acceso al trabajo de un grupo, en clara desigualdad social.

Los antecedentes del caso fueron los siguientes:

⁵ STC 128 de 1987, GUARDERÍAS ACCIÓN POSITIVA. Tribunal Constitucional de España. RTC 1987/128, Sala Segunda, 16 de julio 1987. Recurso de Amparo 1123/1985, Ponente: D. Luis López Guerra

1. El actor prestaba sus servicios, con la categoría profesional de Ayudante Técnico Sanitario, desde el 17 de noviembre de 1981, en el Hospital de la Seguridad Social de “Nuestra Señora de Sonsoles”, integrado en el Instituto Nacional de la Salud, sito en Ávila.
2. En el hospital existía un complemento retributivo de 4,000 pesetas mensuales en concepto de guardería, reconocido a todas las mujeres que se encontrasen trabajando al servicio del centro hospitalario y tuviesen hijos menores de 6 años, y que se reconocía también a los hombres con hijos menores de 6 años si se encontraban en estado civil de viudedad.
3. El demandante, casado y con una hija nacida el 7 de abril de 1983, no percibía dicho complemento, por lo que interpuso en 1985 la reclamación previa ante la Dirección General del INSALUD, en la que solicitaba se le reconociese el derecho a percibir el indicado complemento, siéndole denegado por silencio administrativo.
4. La Magistratura de Trabajo de Avila dio entrada a la posterior demanda del señor, en reclamación de cantidad. Dictó sentencia el 11 de noviembre de 1985, desestimando la demanda del actor porque “si el pago de una cantidad por concepto de guardería viene condicionado al requisito de ser mujer que trabaja en Instituciones cerradas de la Seguridad Social, de hombres viudos también en plantilla con hijos menores de 6 años... resulta evidente que el actor no reúne tales requisitos y, al no estar en la misma situación, no puede alegar vulneración al principio de igualdad ni discriminación.

Los **argumentos alegados en el recurso** radicarón en la vulneración del artículo 14 de la Constitución española, que determina la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El abono de la cantidad estipulada en concepto de guardería está condicionado por el requisito de ser mujer o ser hombre en estado de viudedad. Si el estado civil de la mujer (casada, viuda o soltera) o la situación laboral del esposo es indiferente para recibir la mencionada prestación por cada hijo menor de 6 años, no ocurre lo mismo con el hombre, al que se requiere, para acceder a esta percepción, que se trate de un viudo.

Así, realizando el mismo trabajo, la mujer con hijos menores de 6 años percibe una mayor remuneración que el hombre casado que realiza idénticas funciones y que tienen o puede tener los mismos hijos a su cargo.

Si en determinado momento se concedieron prestaciones protectoras a las mujeres, por existir una discriminación frente a éstas, ante los cambios legislativos y sociales producidos, al acceder la mujer al mundo laboral en las mismas condiciones que los hombres, la educación y el cuidado de los hijos pesa sobre ambos, luego, si se compensa a la mujer por la falta de atención a los hijos, ha de compensarse igualmente al hombre.

Por su parte, el Instituto Nacional de la Salud alegó que la discriminación por razón de sexo no se surte, puesto que la ayuda se concede a varones y mujeres, con la única excepción de los casados, cuyas esposas pueden atender a los hijos pequeños, circunstancia que no concurre en los anteriores beneficiarios de la ayuda. Además, existe la posibilidad de un tratamiento diverso para situaciones distintas, justificando tal desigualdad si es razonable, y el Instituto trata de modo diverso la distinta situación de la mujer y del viudo que tienen hijos, de la situación del casado cuya mujer puede atender a esos menores.

Señala que además no se trata de una remuneración salarial, sino de una ayuda graciable para quienes cumplan determinados requisitos.

El Tribunal Constitucional resolvió que el recurrente no podía considerarse discriminado por el hecho de no percibir la prestación, al no encontrarse en los supuestos que se prevén para ello, pues el artículo 14 de la Constitución de España establece en un primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, pero procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional no implica la creación de una lista cerrada de supuesto de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona.

La situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas en el orden laboral, que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora, pero hay que distinguir entre las medidas adoptadas desde la perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral, que aunque parezcan de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina. Estas medidas son consideradas por el Tribunal como ilegítimas desde el punto de vista constitucional.

La protección del mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer en cuanto tal.

No obstante, no puede deducirse sin más que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría definido por el sexo resultará vulneradora de la Constitución. La presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a

un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, pues el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra, como son la justicia y la igualdad real y efectiva.

Así, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino por el contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes.

Se excluye que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, pues no puede considerarse como razón para establecer esta diferenciación que los hombres casados con hijos, cuenten con una esposa que pueda cuidarlos, ya que con ello se ignora la posibilidad de que la esposa pueda ejercer a su vez labores extradomésticas.

No obstante, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene. No se puede ignorar que pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo.

Es indiscutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y desde luego, tampoco residen en que la mujer tenga superiores obligaciones de orden

jurídico o moral que el hombre respecto de los hijos. La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en el que ya tiene, y mientras esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social.

Por tanto, el recurrente no se encuentra en la misma posición del conjunto social que toma como punto de referencia y el tratamiento desigual otorgado a éste no constituye por tanto una discriminación prohibida.

7. UN CRITERIO SOBRE VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE IGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO (MÉXICO)

El 17 de septiembre de 2008, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el Amparo en Revisión 664/2008, derivado del Juicio de Amparo Indirecto 711/2007-III, en un asunto cuyos antecedentes fueron los siguientes:⁶

1. El quejoso promovió amparo ante un Juez de Distrito en el León, Guanajuato, reclamando la inconstitucionalidad del artículo 130 de la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 21 de diciembre de 1995.
2. Reclamó también la resolución del Jefe del Departamento de Pensiones Subdelegacional del Instituto Mexicano del Seguro Social en León, Guanajuato, de 1º de junio de 2007, que le negó el otorgamiento de la pensión de viudez.
3. Las garantías que se señalaron violadas fueron las contenidas en los artículos 1º, 14 y 123 apartado A, fracción XXIX de la Constitución Federal.

⁶ Sentencia de 17 de septiembre de 2008, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo en Revisión 664/2008, Ponente: Min. José Fernando Franco González Salas.

4. El Juez de Distrito sobreseyó el juicio de garantías señalando que el Jefe de Departamento de Pensiones no es autoridad responsable para efectos del amparo, por derivar el asunto de una relación jurídica de coordinación entre particulares en que el Instituto actúa como asegurador y el quejoso como beneficiario, por lo que están en el mismo plano de igualdad.
5. En revisión, un Tribunal Colegiado declaró fundado el recurso e infundada la causa de improcedencia, pues el Jefe de Departamento sí es autoridad responsable porque ejerce facultades de decisión, conferidas en los ordenamientos legales.
6. Superados los temas de procedencia, el Tribunal Colegiado ordenó enviar los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque sobre el tema de constitucionalidad del artículo impugnado no existe jurisprudencia.
7. El precepto reclamado regula la pensión de viudez y por tratarse de un asunto de seguridad social relacionado con el laboral, correspondió conocer a la Segunda Sala, además de que existían precedentes sobre la materia.
8. El artículo 130 de la Ley del Seguro Social condiciona el otorgamiento de la pensión de viudez del varón, a la dependencia económica de su cónyuge, en tanto que tratándose de la esposa sobreviviente de un trabajador asegurado fallecido, no se le exige dicho requisito.
9. La resolución del Jefe de Departamento de Pensiones Subdelegacional del Instituto Mexicano del Seguro Social negó al quejoso la pensión de viudez como esposo de su extinta mujer, porque aquél no dependía económicamente de ésta y, por tanto, no satisfizo el requisito previsto en el artículo 130 de la Ley del Seguro Social.

Razonamientos de la resolución

El artículo 130 impugnado regula aspectos relativos al seguridad de vida, con los concernientes a quiénes tienen derecho a la pensión de viudez y los requisitos:

- Cuando quien fallece es el varón, tiene derecho a la pensión por viudez la esposa o concubina. Si tenía varias concubinas, ninguna tiene derecho a recibir la pensión.
- Si quien fallece es la mujer, la pensión por viudez corresponde al viudo o concubinario, que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada.

El artículo 1° constitucional establece una cláusula de igualdad para todos los individuos en los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que gozarán de las garantías que en la Constitución se otorgan, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Sin embargo, el Tribunal Pleno ha establecido que éste no implica necesariamente que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho supuesto se refiere a la igualdad jurídica, consistente en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquéllos que se encuentran en similar situación de hecho.⁷

Esto es, no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello justificación razonable e igualmente objetiva.

El propio artículo 1° constitucional prohíbe toda discriminación, entre otras causas, motivada por el género.

A su vez, el artículo 4° constitucional establece la igualdad entre el varón y la mujer ante la ley.

⁷ Se cita como referencia el amparo en revisión 220/2008, respecto del principio de igualdad ante la ley.

Existen tesis de la propia Segunda Sala en que se ha definido el alcance constitucional de la discriminación, estableciéndola como una verdadera garantía individual, consistente en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que sus semejantes y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias, de la misma forma en que está prohibida toda discriminación que atente contra la dignidad humana, anule o menoscabe los derechos y libertades del varón y la mujer, porque ambos deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna, independientemente de su género y, por ello, deben gozar de los mismos derechos y de la igualdad de oportunidades para ejercer las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra.⁸

Con estos elementos, la Sala razonó:

1. Se elevó a rango constitucional la igualdad jurídica entre el varón y la mujer
2. Se ordenó la protección constitucional de la organización y desarrollo de la familia, porque es en ésta donde se generan las auténticas aspiraciones y transformaciones sociales.
3. Constitucionalmente, la familia se funda en la pareja, integrada por padres e hijos.
4. La igualdad constitucional entre el hombre y la mujer tiene mayor importancia en el ámbito del derecho del trabajo y de la solidaridad social, cuya finalidad es lograr el bienestar personal y familiar de los trabajadores y trabajadoras.
5. La igualdad entre hombre y mujer eliminó los actos discriminatorios para ésta y amplió su acceso al mercado de trabajo e, incluso, procuró la igualdad de oportunidades en materia laboral, con la salvedad relativa a los ciclos de gestación y lactancia.

⁸ Tesis CXVI/2007

6. El derecho a la protección de la organización y el desarrollo de la familia es una garantía social, tutelada con el establecimiento de un régimen completo de seguridad y justicia social, protector de los trabajadores, cuyos beneficios se extienden a sus familiares.
7. El artículo reclamado condiciona el otorgamiento de la pensión de viudez a que el viudo acredite su dependencia económica respecto de la fallecida, en su carácter de trabajadora asegurada o pensionada por invalidez, requisito que no exige a la esposa, cuando es el varón quien muere, sin que el texto o literalidad de la norma justifique este trato distinto en otra razón que no sea, exclusivamente, la diferencia de género, proscrita por el orden fundamental.
8. El otorgar al viudo el derecho a la pensión de viudez, añadiendo un requisito que la viuda no debe acreditar, implica que sean tratados en forma distinta a pesar de estar en la misma situación por:
 - a. Tener y compartir el mismo estado civil y, por ende, igual posición al seno de la familia.
 - b. Ser cónyuges supérstites del asegurado (a) o pensionado (a) por invalidez.
 - c. Porque el asegurado (a) o pensionado (a) por invalidez cotizaron para tener acceso a los derechos otorgados por la Ley del Seguro Social.

De la resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte que se comenta, se desprendieron las tesis aisladas que en adelante se citan, y que sintetizan los criterios adoptados respecto de la violación de las garantías de igualdad y de no discriminación:

No. Registro: 167,886, Tesis aislada, Materia(s):Constitucional, Laboral, Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIX, Febrero de 2009, Tesis: 2a. VI/2009, Página: 470

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en los artículos 1o.,

párrafo tercero y 4o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se contienen las garantías individuales de igualdad y de no discriminación, que tutelan el derecho subjetivo del gobernado a ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias, lo que proscribiera todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana y anule o menoscabe los derechos y libertades del varón y la mujer, porque ambos deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna. En ese contexto, el artículo 130, segundo párrafo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de la pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, a diferencia de la viuda o concubina de un asegurado, a quien no se le exige ese requisito, sin otra razón que las diferencias por cuestión de género y las económicas, viola las citadas garantías individuales, al imponer al varón una condición desigual respecto de la mujer.

Amparo en revisión 664/2008. Abraham Carranco Sánchez. 17 de septiembre de 2008. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado.

No. Registro: 167,887. Tesis aislada. Materia(s):Constitucional, aboral
Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXIX, Febrero de 2009, Tesis: 2a. VII/2009, Página: 470

PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 130, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, AL CONDICIONAR SU OTORGAMIENTO A QUE EL VIUDO O CONCUBINARIO ACREDITE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA RESPECTO DE LA TRABAJADORA ASEGURADA FALLECIDA, VIOLA EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XXIX, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. La citada disposición constitucional contempla la garantía social que tutela a la familia bajo un régimen de seguridad y justicia social, al proteger a los trabajadores y trabajadoras pensionados y, en vía de consecuencia, a sus beneficiarios, entre los cuales se ubican sus cónyuges y, en su caso, concubina o concubinario. En esa virtud, el artículo 130, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de la pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola la mencionada garantía social, pues si durante su vida laboral la extinta trabajadora cotizó para que quienes le sobrevivieran y tuvieran derecho a ello disfrutaran de los seguros previstos en la ley, entonces la pensión por viudez no es una concesión gratuita, sino un derecho generado durante su vida productiva con el objeto de garantizar, en alguna medida, la subsistencia de sus beneficiarios.

Amparo en revisión 664/2008. Abraham Carranco Sánchez. 17 de septiembre de 2008. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Roberto Rodríguez Maldonado.

8. ¿CUÁNDO ES DISCRIMINATORIO UN TRATO DESIGUAL POR RAZÓN DE GÉNERO?

Los razonamientos jurídicos desde la perspectiva de género se encuentran contextualizados en una visión más amplia, que abarca todos los temas

sociales que pueden converger en el análisis de la condición del hombre y la mujer en los distintos medios en que se desenvuelven.

Sociológica y jurídicamente es imposible afirmar una igualdad absoluta entre hombre y mujer, que si bien sí existe frente a la ley, ello es en forma genérica. Así lo han establecido los distintos sistemas jurídicos occidentales, tanto en sus órdenes nacionales como supranacionales.

Se trata más bien de un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, lo que es una máxima por demás aceptada en los paradigmas jurídicos que nos han regido por siglos.

El primer asunto que analizamos es el de una norma que dispone que un beneficio económico para ayudar por concepto de guardería sólo puede ser otorgado a la madre trabajadora que tenga hijos menores de 6 años, así como a los padres trabajadores que tengan hijos menores de 6 años, pero que sean viudos. La distinción se hace en que para los padres se exige la condición de viudez, lo que no ocurre para las madres.

En el segundo asunto, para el otorgamiento de la pensión por viudez, la cónyuge supérstite puede acceder a él, o la concubina; si es hombre el cónyuge supérstite, éste debe acreditar que fue dependiente económico de la asegurada.

Parecen casos muy similares, pero les recayó una resolución definitiva diametralmente opuesta.

En el primer caso no se consideró que hubiese discriminación ni violación al principio de igualdad, pues no se surtían las mismas condiciones de hecho y de derecho entre el padre y la madre trabajadora, en tanto las oportunidades de acceso y permanencia en el trabajo son distintas para un padre trabajador que para una madre trabajadora, independientemente de

que estén casados o no. La mujer y madre trabajadora tiene mayores cargas sociales en su familia que le implican desventajas para acceder a laborar o para conservar su trabajo. Por tanto, la medida de trato desigual no es discriminatoria, sino protectora o compensatoria de su condición social.

Se debe tener en cuenta que se trata de una resolución de los años ochenta, mientras que la segunda es una resolución del año pasado. En esta última, sí se consideró que las condiciones de viudo y viuda eran iguales, y que la ley no tenía razón para exigir al viudo que acreditare que hubiese sido dependiente económico de la mujer, requisito que no se exige para la viuda. No encontró la Segunda Sala de nuestro Alto Tribunal razón lógica ni material de la norma para hacer tal distinción, pues el extinto pensionado, sea mujer o sea hombre, trabajó y causó las percepciones necesarias para dar a su cónyuge supérstite la posibilidad de recibir una pensión por viudez. En este caso, el trato desigual sí es constitutivo de discriminación y, por tanto, violatorio del principio de igualdad.

¿Cuándo entonces es violatoria del principio de igualdad la distinción en el trato por razón de sexo?

Independientemente de que se trate de órganos judiciales muy distintos, en contextos históricos diferentes y en países muy lejanos, parece que existe algunos paralelismos en sus criterios sobre el particular: Un trato desigual justificado por razones materiales y racionales, que resulte necesario y compensatorio en virtud de la condición desventajosa o marginal de una persona o grupo de personas, se justifica legal y constitucionalmente, por lo que no es atentatorio del principio de igualdad.

En cambio, un acto o norma que distinga en sus destinatarios sin que exista o se desprenda de sus objetivos razones materiales o racionales que justifiquen tal distinción, sí es discriminatorio y por tanto violatorio del

principio de igualdad previsto en declaraciones, tratados y convenios internacionales, como en normas nacionales de todos los niveles. (Al menos, en los sistemas jurídicos occidentales –continentales o anglosajones-)

9. CONCLUSIONES

- Los análisis desde la perspectiva de género responden a la necesidad de abordar de manera integral, histórica y dialéctica la sexualidad humana y sus implicaciones económicas, políticas, psicológicas y culturales en la vida social de los géneros y de los particulares, es decir, en la organización patriarcal de la sociedad.
- Estos análisis no son estáticos, y enfocan a hombres y mujeres como seres históricos, contruidos socialmente, producto de la organización de género dominante en la sociedad, y permite visualizar a la humanidad en su dimensión biológica, psicológica, histórica, social y cultural, y hallar explicación y líneas de acción para la solución de desigualdades e inequidades.
- El principio de igualdad significa que a supuestos de hecho iguales se le debe aplicar consecuencias jurídicas también iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia. Los tribunales del orbe occidental se han pronunciado por su función equiparadora o compensadora, distinguiendo dentro de esta última un bloque de medidas diferenciadoras por razón de sexo, consideradas paternalistas o falsamente protectoras, de otras medidas consideradas compensadoras o remediadoras de la marginación social y laboral de las mujeres.

- Frente al derecho de igualdad, se antepone la discriminación, que desde un sentido amplio, se ha conceptualizado como todo tratamiento desigual injustificado; es decir, violatorio de la Constitución o de los tratados sobre derechos humanos que sean vinculatorios. En un sentido estricto, se trata de tratamientos desiguales que tienen como factores normativamente prohibidos. En el primer caso es discriminatoria toda violación al derecho a la igualdad, y en el segundo sólo son discriminatorios cierto tipo de tratos desiguales que merecen un reproche específico.
- El test de igualdad es un juicio de igualdad que parte de la obligación de brindar igual trato a todas las personas. Estudia si el trato desigual resulta ilegítimo o si, dadas las circunstancias, era exigible un trato desigual. En un juicio estricto de igualdad se analiza lo razonable y lo racional de la medida, además de su necesidad y proporcionalidad.
- La trascendencia de estas distinciones puede muy bien identificarse en las resoluciones jurisprudenciales de los distintos órganos judiciales, en que puede llegarse a identificar cierto acuerdo en que un trato desigual justificado por razones materiales y racionales, que resulte necesario y compensatorio en virtud de la condición desventajosa o marginal de una persona o grupo de personas, se justifica legal y constitucionalmente, por lo que no es atentatorio del principio de igualdad. En cambio, un acto o norma que distinga en sus destinatarios sin que exista o se desprenda de sus objetivos razones materiales o racionales que justifiquen tal distinción, sí es discriminatorio y por tanto violatorio del principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- **CAZÉS, Daniel.** “Nociones y definiciones básicas de la perspectiva de género” Obras feministas de François Poulain de la Barre, México, UNAM, 2007.
- **GONZÁLEZ MARÍN, Nuria.** “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: Especial referencia a la situación jurídica de la mujer.” Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM,
- **LÓPEZ STERUP, Henrik.** “Discriminación en la jurisprudencia constitucional de Colombia”, Programa Andino de Derechos Humanos, Análisis sobre discriminación, exclusión y racismo. *Revista Reportes Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar. Abril 2004.
- Sentencia de 17 de septiembre de 2008, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo en Revisión 664/2008, Ponente: Min. José Fernando Franco González Salas.
- STC 128 de 1987, GUARDERÍAS ACCIÓN POSITIVA. Tribunal Constitucional de España. RTC 1987/128, Sala Segunda, 16 de julio 1987. Recurso de Amparo 1123/1985, Ponente: D. Luis López Guerra