

EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IGUALDAD RETRIBUTIVA*

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EQUAL PAY

LE DROIT CONSTITUTIONNEL A L'EGALITE
EN MATIERE DE RETRIBUTION

José María SOBERANES DÍEZ**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar el contenido y alcances del derecho a la igualdad retributiva reconocido por la Constitución, así como el procedimiento racional que ha de seguirse para poder determinar cuándo se vulnera este derecho.

Palabras claves: salario, remuneración, igualdad, control constitucional.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the content and scope of the constitutional right to equal pay, and the rational procedure to be followed in order to determine when this right is violated.

Keywords: salary, remuneration, equality, constitutional control.

RÉSUMÉ: Le présent travail est une analyse du contenu et des avancées du droit relatif à l'égalité en matière de rétribution reconnu par la Constitution. Il met également en lumière le processus rationnel qu'il convient de suivre afin de déterminer si ledit droit a été bafoué.

Mots-clés: salaire, rémunération, égalité, contrôle constitutionnel.

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Igualdad y retribución en la Constitución*. III. *El juicio de igualdad retributiva*. IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

* Recibido el 22 de julio del 2018 y aprobado para su publicación el 25 de marzo de 2019.

** Profesor-investigador en la Universidad Panamericana y en la Facultad de Derecho de la UNAM; miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.



I. INTRODUCCIÓN

El Constituyente reunido en Querétaro entre diciembre de 1916 y enero de 1917 aprobó una fórmula innovadora para su tiempo, al disponer que para un trabajo igual debe corresponder un salario igual sin distinciones de sexo o nacionalidad. El reconocimiento de la igualdad retributiva fue un gran avance. Lo mismo, al proscribir las distinciones por motivo de sexo o nacionalidad, pues se trata de la primera norma constitucional en reconocer la igualdad entre mujeres y varones. Constituyó también una novedad, por prefigurar el principio de no discriminación, al prohibir motivos de comparación, mucho antes de que las Constituciones establecidas tras la Segunda Guerra Mundial consagraran ese principio.

No obstante, se trata de un derecho olvidado por la realidad, por la jurisprudencia y por la doctrina mexicanas. Por ello, este trabajo tiene por objeto analizar el contenido y alcances de este principio, así como hacer una propuesta para su aplicación jurisdiccional.

En la primera parte se abordará la regulación constitucional de este principio. Tras un repaso de su evolución, se analizarán los extremos de su protección, como son, los parámetros de comparación o *tertium comparationis*, tanto mandados como permitidos, así como su contenido obligatorio. En la segunda parte se analizará el juicio o procedimiento racional que ha de seguirse para poder determinar cuándo se vulnera este derecho constitucional.

II. IGUALDAD Y RETRIBUCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Como ya se mencionaba, desde la primera redacción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 se reconoce el principio que obliga a otorgar el mismo salario a los que realicen un trabajo igual. La fracción VII del artículo 123 original disponía:

Art. 123.- El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo:...

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad.

Esta disposición fue introducida en una iniciativa presentada el 13 de enero de 1917¹ y aprobada el 22 de enero siguiente,² una vez dispensado el trámite ordinario.³ Esta norma fue una regulación de avanzada en su momento, ya que fue recogida por tratados internacionales y por otras Constituciones, hasta la segunda mitad del siglo XX. Además, en dicha fórmula se estableció una de las primeras cláusulas antidiscriminatorias constitucionales en la historia.

En 1960 se adicionó un apartado B al artículo 123, para regular las relaciones de los trabajadores al servicio del Estado. Con motivo de ello, la ubicación constitucional del principio de igualdad retributiva cambió. En lugar de estar en el artículo 123, fracción VII, se encuentra en el artículo 123, apartado A, fracción VII.⁴

Sin embargo, lo verdaderamente relevante de la reforma del 5 de diciembre de 1960 fue el reconocimiento expreso del principio de igualdad retributiva también para los burócratas. La fracción V del apartado B del artículo 123 constitucional dispone:

Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:...

B.- Entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito y de los Territorios Federales y sus trabajadores:...

V.- A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo;

¹ AAVV, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados, Senado de la República, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, Miguel Ángel Porrúa, 2006, t, III, p. 64.

² *Ibidem*, p. 601.

³ *Ibidem*, p. 595.

⁴ La norma vigente en su integridad supone: “Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

VII.- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La disposición burocrática presenta una diferencia respecto a la del apartado A, y es la ausencia de una prohibición de distinción basada en la nacionalidad. No obstante esta omisión, consideramos que la norma constitucional sí prohíbe la distinción retributiva de los burócratas en atención a la nacionalidad, como enseguida veremos.

Existen funciones públicas que únicamente pueden ser desempeñadas por mexicanos.⁵ Sin embargo, el resto de los cargos públicos pueden ser ocupados por extranjeros o por mexicanos, aunque estos últimos deben ser preferidos en igualdad de circunstancias.⁶

Los extranjeros, al no tener prohibición de ser servidores públicos, no pueden ser discriminados en su salario por razón de su nacionalidad. El acuerdo de administración de una dependencia que estableciera un tabulador salarial para los jefes de departamento extranjeros distinto del tabulador para los mexicanos sería contrario al artículo 1o. constitucional, por discriminar con motivo del origen nacional. Se pueden establecer limitaciones a los extranjeros para ocupar cargos públicos conforme al artículo 32 constitucional, pero no se pueden fijar salarios distintos una vez que los ocupan.

De este modo, no puede entenderse que la ausencia de una prohibición de trato desigual salarial en atención a la nacionalidad pueda interpretarse como una permisón de discriminación en este sentido, pues debe interpretarse en armonía con el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, que prohíbe distinguir con base en el origen nacional.

Por ello, debe considerarse que tampoco puede tomarse en cuenta la nacionalidad para dar un distinto trato retributivo a los burócratas. De esta forma, en las relaciones del Estado con sus trabajadores debe partirse de la premisa de que a un trabajo igual corresponderá un salario igual, sin tener en cuenta el sexo ni la nacionalidad.

Además del reconocimiento constitucional, algunos tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, y que son parámetro de validez, han

⁵ El segundo párrafo del artículo 32 constitucional dispone: “Art. 32.- ...El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión”.

⁶ El último párrafo del artículo 32 constitucional dispone: “Art. 32.- ...Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

consagrado este principio. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga a los Estados partes a reconocer condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, como una remuneración que proporcione un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, haciendo énfasis especial en no distinguir entre mujeres y hombres.⁷ Y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, dispone que los estados de derecho de toda persona a un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.⁸

1. *A trabajo igual, salario igual*

La expresión constitucional “a trabajo igual, salario igual” no es más que una concreción de la fórmula arquetípica de la igualdad (tratar igual a los iguales) aplicando un criterio de comparación o *tertium comparationis* específico: la actividad laboral. En efecto, la igualdad que mide el artículo 123 es la igualdad en trabajo, y el trato igual que exige es el salarial. Los iguales son los que desempeñan la misma actividad, y el trato igual es en el pago del mismo salario.

Uno de los grandes problemas que suscita el principio de igualdad es determinar desde qué punto de vista dos personas o situaciones son iguales. En efecto, aunque ontológicamente todas las personas son iguales por la dignidad humana, desde otras perspectivas puede predicarse su desigualdad. Así, aunque todos son iguales, desde el punto de vista de la profesión y de la responsabilidad puede un médico ser desigual a un comerciante.

⁷ Textualmente dispone: “Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

⁸ Establece literalmente: “Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

Sin embargo, en el caso de la igualdad retributiva no existe este problema, pues la Constitución mandata utilizar un *tertium comparationis*: la actividad laboral. Al igual que la equidad tributaria, se trata de un mandato de uso de *tertium* más que una prohibición de recurrir a éste.

La cuestión sobre cuándo se está en presencia de un trabajo igual ha tenido diversas respuestas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habla de “trabajo de igual valor”. La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 86, define que existía trabajo igual cuando éste se desempeñaba en puesto, jornada y condiciones de eficacia iguales,⁹ es decir, estipulaba una serie de *sub-tertia comparationis* para poder predicar la igualdad de trabajo.

La jurisprudencia en este aspecto ha señalado que el trabajo igual no se da en atención a la denominación del puesto que ocupan los trabajadores, sino a las labores que realmente ejecutan.¹⁰ Al referirse concretamente a la igualdad de labores, ha señalado que ésta debe predicarse en cuanto a las condiciones de eficacia, conforme a un criterio,¹¹ y una en cuanto a condiciones de cantidad, calidad, eficiencia y jornada, conforme a otro criterio.¹²

El maestro Mario de la Cueva criticó estas dos últimas posiciones jurisprudenciales al considerar que inventan términos que harían difícil la aplicación del principio, pues se tornaría en una igualdad matemática imposible de darse en la vida real.¹³

Coincidimos con esta última afirmación del maestro De la Cueva. La determinación de la igualdad entre dos trabajos no implica la aprobación de los distintos rubros de una *check-list*. La igualdad en el trabajo depende de un criterio de relevancia desde el que se puede predicar ésta; es decir, la igualdad entre dos trabajos se determina mediante un juicio de razonabilidad y no por una coincidencia exacta entre todas las condiciones laborales.

En tanto realizan trabajos iguales, debe retribuirseles de forma igual. Ahora, debemos plantearnos un problema en el cumplimiento de esta obligación, como producto de las formas de fijar el salario.

En efecto, existen distintas formas de fijar el salario, como la comisión, el tiempo, el precio alzado o la obra. Estas modalidades responden a dos modelos básicos: la medida por el tiempo o la medida por la obra. La existencia

⁹ Textualmente dispone “Artículo 86. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”.

¹⁰ Tesis 568 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 2000*, t. V, p. 462.

¹¹ Tesis 497 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 1995*, t. V, p. 329.

¹² Tesis 333 del *Apéndice del Semanario Judicial de la Federación de 2000*, t. V, p. 271.

¹³ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 300.

de esta pluralidad de modelos sugiere que existan peculiaridades para cumplir con el deber de igualdad retributiva en cada uno.

Esta cuestión fue abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1976. Gabrielle Defenne, azafata de la compañía belga Sabena, terminó una relación laboral después de cuarenta años de servicio. Pidió una indemnización a la compañía por la diferencia de remuneración del personal femenino en relación con el masculino,¹⁴ con fundamento en el artículo 119 del Tratado de Roma.¹⁵

Como consulta prejudicial, la jurisdicción ordinaria belga solicitó al Tribunal de Luxemburgo que interpretara la norma comunitaria. En lo que interesa a este punto, la instancia europea consideró que la igualdad de retribución significa

- Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.
- Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.¹⁶

Ahora bien, respecto al principio de igualdad genérico, se ha reconocido que existe la posibilidad de dar tratamientos desiguales siempre y cuando exista una razón suficiente que lo justifique. En efecto, todas las jurisdicciones constitucionales afirman que no todo tratamiento desigual es inconstitucional, sino únicamente, aquellos que sean arbitrarios.¹⁷

Aplicando este criterio a la igualdad retributiva, podemos afirmar que puede pagarse un salario desigual a los que realicen el mismo trabajo siempre y cuando exista una razón suficiente que justifique su uso. Esto es, pueden existir trabajadores que realicen las mismas funciones y tengan un salario diferente, siempre y cuando exista una justificación razonable para ello.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español a partir de los planteamientos de inconstitucionalidad sobre la utilización de la fecha de ingreso como razones para otorgar salarios distintos. A partir de

¹⁴ Sentencia del 8 de abril de 1976, *caso Defenne II*, C-43/75.

¹⁵ Dicho precepto establece que los hombres y las mujeres deben recibir una remuneración *igual* por un *trabajo* de *igual* valor.

¹⁶ Sentencia del 8 de abril de 1976, *caso Defenne II*, C-43/75.

¹⁷ Soberanes Díez, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011, pp. 72-74.

negociaciones colectivas se establecieron dobles escalas salariales,¹⁸ conforme a las cuales los trabajadores de nuevo ingreso tienen un salario menor a los que ya estaban trabajando.¹⁹ Esto fue objeto de dos sentencias del Tribunal Constitucional español.

En la primera se analizaron las condiciones salariales establecidas en el III Convenio Colectivo de Volkswagen Navarra, S. A., que fijaba una retribución menor a los trabajadores que ingresaban después de una fecha a laborar, a pesar de que desarrollaran la misma actividad que el resto de los trabajadores, quedando encuadrados en esta medida por veinticuatro meses.²⁰

El Tribunal señaló que todo trabajador tiene derecho a que ante un trabajo igual se otorgue un salario igual, no pudiendo operar como criterio diferenciador cualquier circunstancia.²¹ No obstante, reconoce la posibilidad de que existan elementos surgidos en la negociación colectiva que permitan justificar las diferencias salariales.²² En el caso, consideró que no puede hablarse de una vulneración al principio de igualdad porque el convenio no tiene una finalidad selectiva por existir un sistema de progresión temporal.²³

La segunda ocasión en que dicho Tribunal se enfrentó a la doble escala laboral fue al conocer la constitucionalidad de la norma colectiva de la empresa Mohn, S. L., que establecía un procedimiento para otorgar una compensación salarial a los trabajadores que ingresaron antes de 1995, distinto al que se utilizaba para los que ingresaron posteriormente.²⁴

El Tribunal Constitucional reiteró que pueden establecerse escalas salariales distintas siempre y cuando exista una razón que lo justifique, lo que

¹⁸ Su origen más concreto es en los noventa en Estados Unidos, bajo la denominación *two-tier remuneration system*. Purcalla Bonilla, Miguel Ángel: “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, núm. 244, 2003, p. 5.

¹⁹ Romero Burillo, Ana María, *Igualdad y retribución*, Valencia, Triant lo Blanch-Universitat de Lleida, 2006, p. 101.

²⁰ *Ibidem*, p. 117.

²¹ Sentencia 119/2002, del 20 de mayo, fj 6.

²² *Ibidem*, fj 8.

²³ *Ibidem*, fj 9. Esta decisión suscitó opiniones dispares en la doctrina. En el sentido de que es un buen punto de partida, Santiago Redondo, Koldo Mikel, “Doble escala laboral ¿leemos?”, *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, núm. 17, 2002, p. 55; en el sentido de que se dejó pasar una oportunidad única, Falaguera Baró, Miguel Ángel, “Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de ingresos surgidos de la autonomía colectiva”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 3, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 59.

²⁴ Romero Burillo, Ana María, *op. cit.*, p. 123.

consideró que no ocurría en el caso, pues la fecha de ingreso de un trabajador no es justificativa de la desigualdad retributiva por sí misma.²⁵

En el ámbito europeo también se ha analizado la posibilidad de otorgar retribuciones distintas, atendiendo a la duración de la jornada laboral. Al respecto, puede citarse un caso que conoció el Tribunal de Luxemburgo. La señora Jenkins trabajaba tiempo parcial en la empresa británica Kingsgate. En dicha empresa se pagaba 10% menos el trabajo, a tiempo parcial, respecto al tiempo completo. La señora Jenkins consideró que esa diferencia salarial era contraria al artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.²⁶

Al conocer la consulta prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que el hecho de que un trabajador a tiempo parcial esté remunerado sobre una base salarial por hora menor a la remuneración de trabajo a tiempo completo no constituye una discriminación prohibida por el artículo 119, ya que existen factores objetivamente justificados, como el estimular el trabajo de tiempo completo.²⁷

2. La cláusula antidiscriminatoria

La segunda parte de la fórmula constitucional de igualdad retributiva prohíbe expresamente la utilización de dos *tertia comparationis*: la nacionalidad y el sexo.²⁸ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, hace especial referencia al *tertium* del sexo, al igual que el Convenio 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Estos *tertia* no deben ser considerados como *numerus clausus*, sino que tienen que entenderse adicionados con la lista del quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, así como su cláusula de apertura. No se trata de una fórmula antidiscriminatoria especial, sino de una cláusula que existía antes del reconocimiento de la discriminación *stricto sensu* como tal. No puede tomarse como una norma especial frente a la genérica del artículo 1o. Al contrario, debe

²⁵ Sentencia 27/2004, del 4 de marzo, fj 6.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

²⁸ En el caso del apartado B, únicamente se menciona el sexo. Sin embargo, hablamos de dos *tertia* por ser los utilizados en el contexto de la igualdad retributiva por el artículo 123 constitucional visto en conjunto.

entenderse que los *tertia* adicionados en la reforma de 2001 también están vedados en el caso de la retribución. Una distinción de salarios, basada en las discapacidades, en las condiciones de salud o en la raza es, en principio, discriminatoria y contraria a los artículos 1o. y 123, apartado A, fracción XVII, de la Constitución federal.

Se trata de una norma fuerte, pues un trato desigual por alguna de estas causas atenta contra la dignidad humana. Sin embargo, no es una disposición absoluta. Podrían existir algunos casos en que se permita el uso de estos *tertia* para conseguir un fin constitucionalmente relevante, como puede ser la igualdad real de oportunidades.

En efecto, para conseguir la igualdad de oportunidades deben existir normas y conductas encaminadas a combatirlo, lo que se conoce como “derecho antidiscriminatorio”.²⁹ Éste tiende a identificarse con las acciones afirmativas,³⁰ entendidas como todas aquellas medidas de impulso y de promoción que tienen por objeto establecer la igualdad mediante la eliminación de las desigualdades de hecho.³¹

El principio de igualdad prohíbe tratar lo esencialmente igual, arbitrariamente desigual. En este sentido, la razón que autoriza las acciones afirmativas es la creación de una igualdad de hecho.³² Esta es la paradoja de la igualdad: para conseguir la igualdad *de facto* hay que crear una desigualdad de *iure*, y la igualdad de *iure* produce desigualdades *de facto*.³³ Bajo este esquema, las acciones afirmativas son congruentes con el principio de igualdad en la ley.

Así pues, estas acciones son excepciones a la prohibición constitucional de utilizar determinados *tertia comparationis*, pues su uso es necesario para eliminar prácticas discriminatorias arraigadas.

De esta manera, por ejemplo, en caso de que se estableciera una remuneración por unidad de tiempo superior a las madres respecto a los varones, de forma que ellas con menos horas de trabajo puedan tener un salario igual,

²⁹ Esta denominación es una traducción de la expresión inglesa “Anti-discrimination Law”; Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*, Madrid, Civitas, 1997, p. 28.

³⁰ *Ibidem*, p. 44; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, p. 84.

³¹ Rey Martínez, *op. cit.*, p. 85.

³² Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 383

³³ Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 105.

para favorecer la conciliación entre la vida laboral y familiar, podría considerarse constitucional.³⁴

La edad es uno de los *tertia comparationis* que proscribió el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional. Sin embargo, se ha utilizado como motivo para retribuir de forma desigual. Un precedente judicial interesante al respecto lo encontramos en España, en donde de 1963 a 1990 los decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional (SMI) establecían tres cuantías mínimas según la edad: una para los mayores de dieciocho años, otra para los menores de dieciocho y otra para los menores de diecisiete años.³⁵

Al conocer la constitucionalidad de las tres cuantías de SMI, el Tribunal Constitucional español consideró que la utilización de la edad como criterio de diferenciación retributiva sería tolerable cuando se expresaran razones suficientes que justificaran el trato desigual.³⁶ En el caso consideró que existía una presunción de que los menores de dieciséis años no realizan un trabajo de igual valor que los mayores de esta edad, por lo que consideró constitucional la medida.³⁷

III. EL JUICIO DE IGUALDAD RETRIBUTIVA

A continuación analizaremos la forma lógica en que debe operar la resolución de los planteamientos de igualdad retributiva, con el propósito de ayudar a motivar las sentencias y la forma de argumentar con base en este principio.

La igualdad retributiva implica comparar dos tratamientos para oponer la relación entre ambas con la Constitución. De esta forma, es necesario realizar dos juicios de razón práctica para determinar si una ley se adecua a este principio. Primero debe determinarse si entre dos actividades laborales existe identidad (comparación), y después debe valorarse si el trato desigual es razonable (justificación).

³⁴ Sobre el particular, habría que valorar también la valoración de estereotipos sociales. Al respecto, Soberanes Díez, José María y Niembro, Roberto, “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011 del Tribunal Constitucional español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.

³⁵ Romero Burillo, Ana María, *op. cit.*, p. 70.

³⁶ Sentencia 31/1984, del 7 de marzo, f.º 9.

³⁷ *Ibidem*, f.º 11.

En efecto, las jurisdicciones constitucionales de Alemania,³⁸ Italia,³⁹ España⁴⁰ o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴¹ consideran que el juicio de igualdad se compone de dos fases. En la primera, en la que se comprueba la igualdad, se denomina “juicio de racionalidad”, y la segunda, en la que se analiza la justificación del trato desigual se denomina “juicio de proporcionalidad”.

1. *Juicio de racionalidad*

El juicio de racionalidad implica la comparación entre una actividad laboral (T1) y su retribución (R1) con otra actividad laboral (T2) y su retribución (R2). Claro está que las actividades laborales han de prestarse para el mismo patrón. No puede exigir una persona que su patrón le pague lo mismo que retribuye otro patrón.

La obligación constitucional de los patrones es aplicar lo que en matemáticas se denomina “regla de tres”. Debe comparar la actividad que realizan dos trabajadores ($T1=T2?$), de manera que si son iguales deben ser retribuidas del mismo modo (Si $T1=T2$, $R1=R2$).

El hecho de que exista un *tertium comparationis*, dado por la Constitución, hace que este juicio de racionalidad sea distinto al que se realiza al analizar la igualdad en normas jurídicas. En efecto, si se valora si una ley respeta el principio de igualdad, se desconoce el *tertium*, por lo que el juzgador debe iniciar por determinarlo mediante la comparación entre dos relaciones: la existente entre un sujeto con una norma (S1-N1) con la que existe entre otro sujeto y

³⁸ BVerfGE 55, 88. Esta fórmula ha sido denominada “*neue Formel*” por la doctrina. Villacorta Mancebo, Luis, *Principio de igualdad y estado social*, Santander, Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria, 2006, p. 69.

³⁹ Textualmente ha expresado la Corte Costituzionale: “a parità di situazioni, deve corrispondere parità di trattamento”, Sentencia 45/1967, del 12 de abril. CERRI, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994, t. XXXII, p. 9.

⁴⁰ Sostiene ese órgano que el principio de igualdad “consiste en que, ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser, asimismo, iguales, y que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro se encuentre carente de fundamento racional y sea, por tanto, arbitraria porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador”. Sentencia 114/1992, del 14 de septiembre, f.º 6.

⁴¹ Gimenez Glük, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 67.

otra norma (S2-N2), que se traduce en una “relación de relaciones” expresada como $\zeta((S1-N1)=(S2-N2))$?.⁴² Esa comparación le permite al juzgador descubrir el *tertium* y aplicar el juicio de racionalidad.

En el caso de la igualdad retributiva, como existe la obligación constitucional de utilizar un *tertium comparationis*, simplemente hay que aplicarlo en el juicio de racionalidad para poder determinar si hay igualdad o desigualdad. Así, lo primero es comparar las dos actividades laborales. Ello debe hacerse con independencia de las horas que se trabaja o el parámetro usado para fijar el salario. Simplemente, comparar las actividades, valorando si el núcleo esencial de las tareas que se realizan es similar.

Las conclusiones de esta comparación pueden ser dos: a) que se trata de actividades distintas, o con diferencias significativas ($T1 \neq T2$), o b) que se trata de actividades similares, o que presentan algunas diferencias, pero que no son relevantes ($T1 = T2$).

En caso de llegar a la primera conclusión, que se trata de actividades distintas, habría que finalizar el juicio y declarar constitucional el tratamiento, pues la Constitución no determina cómo hay que proceder en estos casos. Podría pensarse, conforme a la fórmula arquetípica de la igualdad que manda tratar de forma desigual a los desiguales, que debe dársele un salario distinto. Pero no lo establece la Constitución. Y sería complicado determinarlo judicialmente, pues implicaría juzgar si una actividad merece una mejor o peor retribución que otra. Por ello, un patrón podría darle el mismo salario a trabajadores que desempeñan labores distintas.⁴³

En caso de llegar a la segunda conclusión, es decir, que las actividades son similares, debe analizarse si son diferentes las retribuciones (R1 y R2). Podría pensarse que esta pregunta es ociosa, pues si alguien se queja es porque recibe un salario distinto. Sin embargo, podría darse el caso de que, atendiendo al parámetro usado para fijar el salario, o a las horas laboradas, aunque la percepción efectiva sea distinta, la base del cálculo sea igual y, por lo tanto, no exista un tratamiento retributivo distinto.

El pago de un salario diferente, como se ha dicho, no conlleva una inconstitucionalidad automática. Habría que valorar si existe una justificación para

⁴² Soberanes Díez, José María, *La igualdad...*, cit., pp. 136 y ss.

⁴³ En el caso de los servidores públicos, sí sería factible realizar esta valoración, pues existen reglas constitucionales sobre su remuneración atendiendo a las jerarquías más que a las actividades. El artículo 127 constitucional determina que ningún servidor público podrá tener una remuneración igual o mayor que su superior jerárquico. De esta forma, un tratamiento remuneratorio igual a servidores de jerarquía distinta puede ser inconstitucional.

el trato desigual. Eso se hace en la segunda parte del juicio. Sin embargo, en esta etapa, y de concluir que se hacen pagos distintos, hay que analizar cuál es la razón de comparación, cuál es el *tertium comparationis*. Ello, porque de ser alguno de los motivos constitucionalmente proscritos, la intensidad del juicio variará.

2. Juicio de proporcionalidad

En la segunda etapa del juicio se analiza si existe una razón que justifique el pago diferente a quienes realizan la misma actividad. Como el mandato constitucional es el trato igual, y la excepción es el trato desigual razonable, debe ser quien realiza la distinción quien justifique que su actuación no es arbitraria.

Esta fase se ha identificado con la aplicación del test de proporcionalidad en la mayoría de las jurisdicciones constitucionales europeas, que constituye uno de los paradigmas del nuevo *ius commune*.⁴⁴

Este análisis puede realizarse con distinta intensidad, como se decía. Algunas jurisdicciones constitucionales como las de Estados Unidos,⁴⁵ Alemania,⁴⁶ España,⁴⁷ Italia,⁴⁸ o Colombia⁴⁹ aplican un examen más laxo de las distinciones en la mayoría de los asuntos, y en algunos pocos juzgan con mayor dureza los tratamientos diferenciados.

Aunque no existe una clasificación jurisprudencial de esta forma distinta de actuar, la doctrina suele distinguir distintas intensidades para aplicar el juicio de razonabilidad. Se habla de un juicio de mínimo de razonabilidad o “*rational basis-Test*”, y de un juicio estricto de razonabilidad o “*strict scrutiny*”.

⁴⁴ Barnés, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994, p. 495. Este principio incluso fue positivado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000. Su artículo 25.1 dispone: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

⁴⁵ *Railway Express Agency vs. New York*, 336 US 106 (1949).

⁴⁶ BVefGE 66, 234.

⁴⁷ Sentencia 81/1982, del 21 de diciembre, f.º 2; y sentencia 70/1991, del 8 de abril, f.º 7.

⁴⁸ Cerri, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁹ Sentencias C-93 de 2001 y C-371 de 2000 de la Corte Constitucional colombiana.

Los casos en que se utiliza el escrutinio estricto son tasados: se aplica en los casos en que se utiliza un *tertium* prohibido constitucionalmente, y en los que se utiliza el escrutinio mínimo son los residuales, es decir, los demás.⁵⁰

Volviendo al test de proporcionalidad, éste implica que toda restricción a los derechos fundamentales debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. Estas exigencias, traducidas en tres subprincipios, deben ser comprobadas por las jurisdicciones constitucionales de forma sucesiva y escalonada.⁵¹

El primer subprincipio es el de adecuación o idoneidad, llamado también de aptitud.⁵² De acuerdo con éste, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin, constitucionalmente, legítimo.⁵³

Conforme a lo anterior, este subprincipio exige dos cosas: que el trato desigual tenga un fin legítimo, y que sea idóneo para conseguir ese fin. En efecto, si su distinción carece de finalidad, no hay razón alguna para diferenciar entre situaciones de hecho, y la diferencia será caprichosa y gratuita.⁵⁴ En el escrutinio estricto se ha dicho que no basta que exista una finalidad legítima, pues la finalidad debe consistir en un valor fundamental,⁵⁵ como conseguir la igualdad real.

Además de la existencia de una finalidad se requiere que la distinción salarial sea un medio adecuado para conseguir ese fin.⁵⁶ Suele decirse que una medida adoptada no es idónea cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.⁵⁷ Dicho lo anterior de forma afirmativa, la diferencia salarial es idónea cuando contribuye de algún modo a la obtención de su fin, con independencia de su grado de eficacia.

El segundo subprincipio es el de necesidad. De acuerdo con éste, toda medida restrictiva en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con

⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 267.

⁵¹ *Ibidem*, p. 687.

⁵² Barnés, Javier, *op. cit.*, p. 521.

⁵³ Bernal, Carlos, *op. cit.*, p. 687.

⁵⁴ Tapia Martínez, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000, p. 121.

⁵⁵ Siguiendo la expresión de la Suprema Corte de Estados Unidos, que exige una “*Compelling Government Interest*”. Véase *Shapira v. Thompson*, 394 U.S. 618, 634 (1969).

⁵⁶ Al respecto, Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre de 2006, p. 319.

⁵⁷ Bernal, *op. cit.*, p. 718.

el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁵⁸ Conforme a lo anterior, debe valorarse si la diferencia retributiva es la alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos entre las igualmente eficaces para alcanzar un fin.⁵⁹

Este subprincipio no figura ni siquiera en la formulación del juicio de igualdad de la jurisprudencia constitucional⁶⁰ ni en la de los doctrinarios.⁶¹ Se ha excluido sosteniendo que no corresponde a los jueces valorar si el medio elegido es el mejor entre varios posibles; únicamente les atañe valorar que sea uno de los posibles.⁶²

Consideramos que en un juicio de mínimos se puede prescindir de este análisis, pero no se puede prescindir de este análisis en los casos de escrutinio estricto.⁶³

El tercer subprincipio es el de proporcionalidad en estricto sentido. Tiene como objeto determinar si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar.⁶⁴ El problema que genera el objeto de la proporcionalidad, así expuesto, consiste en determinar qué debe entenderse por “relación razonable”. La mayoría sostiene que debe considerarse como un balanceo entre ventajas y desventajas de la medida,⁶⁵ lo que se conoce como *balancing test* en el derecho norteamericano,⁶⁶ y que no es otra cosa que un análisis de costos y beneficios.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 734.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 178/1989, del 2 de noviembre, f. 5.

⁶⁰ No se encuentra en la formulación del test del Tribunal Constitucional español expuesto en la sentencia 155/1998, del 13 de julio, f. 3. Tampoco en la formulación mexicana del juicio de proporcionalidad se encuentra: “...Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida ... En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador ... En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad”, Jurisprudencia 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

⁶¹ Tapia Martínez, Ramón, *op. cit.*, nota 718, p. 121.

⁶² Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 138.

⁶³ Gimenez Glük, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁴ Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Ricardo Depalma, 2004, p. 93.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Así se le denomina por la propia Suprema Corte de aquella nación en *Refugee Comm v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951). Sobre el tema, Fried, Charles, “Two Concepts of Interest: Some Reflections of Supreme Court’s Balancing Test”, *Harvard Law Review*, núm. 76, 1963, p. 755.

De acuerdo con esta idea, este subprincipio impone que la importancia de la desigualdad salarial debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.⁶⁷ Conforme a lo anterior, las ventajas obtenidas por la desigualdad retributiva deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares.

3. *El test de igualdad retributiva*

En las líneas precedentes hemos presentado los distintos análisis que debe realizar el juzgador, así como sus consecuencias. Si se integraran esos en forma de pregunta, se tendría que el test de razonabilidad que deben superar las distinciones salariales sería el siguiente:

- 1) ¿La actividad laboral de una persona (A) es similar a la de otra persona (B)? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 2). De lo contrario, se termina el juicio reconociendo la constitucionalidad del tratamiento.
- 2) ¿La retribución que recibe (A) es distinta a la que recibe (B)? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 3). De lo contrario, se termina el juicio reconociendo la constitucionalidad del tratamiento.
- 3) ¿La distinta retribución que perciben (A) y (B) se debe a un *tertium comparationis* constitucionalmente vedado? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 6); de lo contrario, se pasa a la pregunta 4).
- 4) ¿La distinta retribución tiene una finalidad? En caso de que la tenga, se pasa a la pregunta 5). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 5) ¿Con la distinta retribución se consigue de algún modo el fin que persigue? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 10). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 6) ¿La distinta retribución tiene una finalidad constitucional fundamental? En caso de que la tenga, se pasa a la pregunta 7). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 7) ¿Con la distinta retribución se consigue el fin que persigue? En caso de que lo sea, se pasa a la pregunta 8). De lo contrario, se declara la inconstitucionalidad.
- 8) ¿Existen medidas alternativas igual o más efectivas que la distinción salarial? En caso de que existan, se pasa a la pregunta 9). De lo contrario, se considera que la distinción es necesaria y se pasa a la pregunta 10).

⁶⁷ Bernal, *op. cit.*, p. 757.

- 9) Entre las alternativas a la distinción salarial igual o más efectivas, ¿existe una menos restrictiva? En caso de que existan, debe declararse inconstitucional la distinción retributiva. De lo contrario, debe considerarse que la medida es necesaria y se pasa a la pregunta 10).
- 10) ¿El fin constitucional procurado compensa las desventajas que produce la distinción salarial? En caso de que las compense, el trato desigual será constitucional. De lo contrario, se debe declarar su inconstitucionalidad.

IV. CONCLUSIÓN

La igualdad retributiva es un derecho humano reconocido por la Constitución mexicana y por los tratados internacionales signados por el Estado mexicano. Su contenido impone la obligación de fijar los salarios con base en la actividad laboral. De este modo, han de compararse las actividades laborales que realizan dos personas (T_1 y T_2), para valorar si son similares.

En caso de que lo sean, han de recibir la misma retribución (Si $T_1=T_2$, $R_1=R_2$). Si la remuneración se establece por unidad de obra realizada, la unidad de medida retributiva debe ser igual por obra. Y si la retribución se fija por tiempo, debe ser igual para un mismo puesto de trabajo.

No obstante, pueden establecerse salarios distintos siempre y cuando exista una razón suficiente que justifique el trato desigual, como puede ser la antigüedad en la empresa o el estimular el trabajo de tiempo completo. En estos casos, la justificación de la desigualdad debe superar un test de proporcionalidad, en el que, además de la existencia de una causa, se analice si la doble escala salarial es un medio apto para conseguirlo, y si las desventajas que se producen se compensan con las bondades del fin perseguido.

La fórmula de la igualdad retributiva prohíbe expresamente que la variación de salarios se deba a la nacionalidad o sexo. Esta lista ha de completarse con todos los motivos de discriminación proscritos en el quinto párrafo del artículo 1o. constitucional, pues no sería aceptable establecer salarios distintos por razón de la raza, religión, condiciones de salud o discapacidades de los trabajadores.

No obstante, en algunos casos podría tolerarse el uso de estos *tertia comparationis*, si se persigue una finalidad constitucional fundamental, como es la igualdad de oportunidades, lo que ocurriría en el caso de las acciones afirmativas. En estos casos, además de valorar que no solo exista un fin, sino que éste sea constitucionalmente relevante, habría que valorar si existen medidas

alternativas, igual o más efectivas que la distinción salarial que sean menos restrictivas del derecho a la igualdad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BARNÉS, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 135, 1994.
- BARRÈRE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de la mujer*, Madrid, Civitas, 1997.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CERRI, Augusto, “Uguaglianza (principio costituzionale di)”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Instituto della Enciclopedia Italiana, t. XXXII, 1994.
- CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, Depalma, 2004.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre 2006.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972.
- ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- FALAGUERA BARÓ, Miguel Ángel, “Reflexiones jurídicas sobre los sistemas contractuales duales por razón de ingresos surgidos de la autonomía colectiva”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, núm. 3, 2003.
- GIMENEZ GLÜK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel, “La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, núm. 244, 2003.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- ROMERO BURILLO, Ana María, *Igualdad y retribución*, Valencia, Triant lo Blanch-Universitat de Lleida, 2006.
- SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel, “Doble escala laboral ¿leemos?”, *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, núm. 17, 2002.
- SOBERANES DÍEZ, José María y NIEMBRO, Roberto, “Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral: las sentencias 24/2011 y 26/2011 del Tribunal Constitucional Español”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 26, enero-junio de 2012.
- SOBERANES DÍEZ, José María, *La igualdad y la desigualdad jurídicas*, México, Porrúa, 2011.
- TAPIA MARTÍNEZ, Ramón, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Almería, Universidad de Almería, 2000.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado social*, Santander, Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria, 2006.