Derecho a la no discriminación

CARLOS DE LA **TORRE MARTÍNEZ**

Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN
COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 361

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Cuidado de la edición: Evelyn Téllez Carvajal
Formación en computadora: Juan Rendón Martínez

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

CARLOS DE LA TORRE MARTÍNEZ

Coordinador

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2006

Primera edición: 2006

DR © 2006, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-3906-4

CONTENIDO

Agradecimientos VII

Prólogo IX
Carlos de la TORRE MARTÍNEZ

ANÁLISIS TEÓRICO DEL DERECHO
A LA NO DISCRIMINACIÓN

América Latina: derechos sociales y desarrollo 3
Luis T. DÍAZ MÜLLER

Igualdad, necesidades y derechos 19
Octavio CANTÓN J.

Una idea teórica de la no discriminación 29
Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA

La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente 57
Javier SALDAÑA

Discriminación y pluralismo 81
León OLIVÉ

Ética y pluralidad cultural: hacia una ética de la cultura 103
Guillermo J. MAÑÓN GARIBAY

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El desarrollo del derecho a la no discriminación en el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 123
Carlos de la TORRE MARTÍNEZ

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la prevención de la discriminación 163
Juan Carlos GUTIÉRREZ CONTRERAS

ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

La estructura jurídica del derecho a la no discriminación 185
Carla HUERTA OCHOA

Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación 205
Miguel CARBONELL

Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio de un largo camino 231
Christian COURTIS

Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población 263
Imer B. FLORES

Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas . 307
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

DISCRIMINACIÓN Y GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

El holocausto guatemalteco y el derecho a conocer la verdad y la recuperación de la "memoria histórica". Un nuevo derecho colectivo de los pueblos 371
José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES

Pobreza, familia y envejecimiento poblacional en México 383
Cristina GOMES

El derecho a la no discriminación por motivos de edad: niñas, niños y adolescentes 419
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

Derecho a la no discriminación, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 31 de octubre de 2006 en Desarrollo Gráfico Editorial, S. A. C. V. En esta edición se usó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

La presente obra recoge los trabajos expuestos en el marco del Diplomado sobre el Derecho a la No Discriminación.

En este volumen se analiza el derecho a la no discriminación de manera interdisciplinaria desde cuatro niveles: un estudio teórico sobre el fenómeno de la discriminación; un análisis a partir del punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos acerca del derecho a la no discriminación; un examen jurídico basado en el derecho comparado y la dogmática jurídica, y una investigación a partir de la manera en que ciertos grupos vulnerables enfrentan la discriminación.

Como resultado del esfuerzo y el compromiso del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el objetivo de la obra es doble: difundir un conjunto de herramientas indispensables tanto conceptuales como jurídicas en la promoción y defensa del derecho a la no discriminación; además enriquecer la discusión y el diálogo académico en temas relacionados con el fenómeno de la discriminación.

AGRADECIMIENTOS

La posibilidad de publicar esta obra se debe por completo al firme compromiso para combatir y eliminar el fenómeno de la discriminación en México del maestro Emilio Álvarez Icaza, presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, de don Gilberto Rincón Gallardo, presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y del doctor Diego Valadés, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Gracias a la dedicación e interés de cada uno de ellos la idea de realizar en México un primer diplomado sobre el derecho a la no discriminación pudo hacerse realidad.

Agradecemos también a Rocío Culebro, Yereli Rolander, José Luis Gutiérrez Espíndola, Alejandro Becerra y Miguel Carbonell, quienes desde la planeación del diplomado, la elección de los contenidos y de los profesores, hasta los detalles operativos más pequeños, impulsaron y acompañaron todo el proceso de realización del diplomado y la publicación de la presente obra.

Finalmente, a todos los alumnos que tomaron el diplomado sobre el derecho a la no discriminación reconocemos el trabajo que venían haciendo y que siguen desempeñando, cada uno en su ámbito específico de acción, en la lucha en contra de la discriminación. De manera especial, agradecemos a Gabriela Garay y a todo el personal técnico del Instituto de Investigaciones Jurídicas, quienes día a día se encargaron de que las sesiones del diplomado salieran adelante.

PRÓLOGO

No hace mucho tiempo, tal vez unos cuatro de años, en México se empezó a hablar con cierta insistencia del derecho a la no discriminación. Cada vez son más los spots de radio, las campañas educativas, las noticias sobre casos de discriminación, los foros y seminarios sobre la discriminación que sufren ciertos grupos de personas e, incluso, aunque en menor medida, los casos que llegan a las distintas instancias de procuración de justicia y defensoría de derechos humanos en los que se alega haber sufrido un trato discriminatorio. La razón por la cual en México se empezó a tratar este tema de manera tan reciente, no es fácil de dilucidar. Máxime si se toma en cuenta que en muchos países del mundo ha sido un tema central desde mediados del siglo XX y que a nivel internacional el derecho a la no discriminación ha sido adoptado como uno de los derechos que sirven de punta de lanza en la defensa internacional de los derechos humanos y uno de los que ha merecido la creación de un mayor número de instrumentos internacionales para su protección. De lo que se pude estar seguro es que la justificación de ésta omisión no se debe a que en México, como el discurso oficial de las últimas décadas se empeñaba en asegurar, la discriminación fuera un problema marginal o, simplemente, el que en México el fenómeno de la discriminación no se presentaba en dimensiones alarmantes. A pesar de que se reconocía que en nuestro país subsistían problemas de pobreza, inequidad social, marginación y exclusión de ciertos grupos de las oportunidades de desarrollo, no se consideraba que una causa generadora de ellas fuera la discriminación.

Dejando a la conciencia de los líderes políticos, económicos, sociales y culturales de esos años si ésta omisión era intencional y, por lo tanto, se quería conservar un estado de cosas en el cual, ellos salían beneficiados, me parece que una posible explicación es que como modelo o referente del fenómeno de la discriminación se tomaban las prácticas discriminatorias, tal y como se habían presentado en la Alemania nazi en contra de judíos, gitanos y negros, en los Estados Unidos en contra de la

minoría negra o en Sudáfrica a través del régimen del Apartheid. No se tomaba en cuenta o, repito, no se quería reconocer, que en México el fenómeno de la discriminación adoptaba un rostro específico y, por lo tanto, se manifestaba de formas distintas (inequidad en la distribución de la riqueza, desigualdad de oportunidades, pobreza, subdesarrollo, machismo e intolerancia hacia lo diverso) y afectaba a grupos concretos, tales como pueblos indígenas, mujeres, adultos mayores, niños, jornaleros agrícolas, personas que viven con VIH/SIDA, personas discapacitadas, minorías religiosas, personas que viven en la periferia de las grandes ciudades y personas con una orientación sexual distinta a la heterosexual. A toda costa se quería imponer la imagen posrevolucionaria de un México homogéneo y perfectamente bien integrado entorno a la oscura y problemática idea de la "identidad nacional". Tomando sólo en cuenta la dimensión individual de la discriminación, y de manera más específica la discriminación interracial, se negaban a reconocer que en México la discriminación es estructural y que su manifestación más patente es la enorme inequidad de oportunidades que existe entre los mexicanos.

Al día de hoy, el derecho a la no discriminación parece irrumpir en nuestro sistema jurídico por sus propios fueros. El primero de diciembre del año 2000 se integró una cláusula antidiscriminatoria en el párrafo tercero del artículo primero constitucional, el 11 de junio del 2003 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual, además de reglamentar el derecho fundamental a la no discriminación, crea un organismo encargado específicamente de coordinar la política federal en contra de la discriminación, de combatirla a través de campañas educativas dirigidas a la población en general y de recibir quejas por actos discriminatorios perpetrados tanto por autoridades como por particulares. De manera complementaria algunos organismos públicos de defensa de derechos humanos han creado programas específicos de protección en contra de la discriminación, se han publicado leyes protectoras de los derechos de ciertos grupos específicos,[1] algunos códigos penales de las entidades federativas han integrado el tipo penal de la discriminación e, incluso, se ha empezado un largo

[1] Entre ellas podemos destacar la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes de 2000, la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres de 2001, a Ley de los derechos de las personas adultas mayores de 2002, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de 2003, Ley General de Desarrollo Social de 2004 y la Ley General de Personas con Discapacidad de 2005.

camino de implementación de políticas públicas y acciones afirmativas a favor de los grupos más discriminados de la sociedad. Todo ello sin olvidar que desde hace ya unas cuantas décadas el Estado mexicano ha ratificado los instrumentos más importantes para luchar en contra de la discriminación.[2]

Aunque aun quedan pasos importantes por dar en materias cruciales como: el desarrollo jurisprudencial del derecho a la no discriminación en nuestro país, la implementación de acciones afirmativas efectivas en las políticas públicas, el desarrollo legislativo para proteger los derechos de otros grupos en situación de vulnerabilidad como son; personas que viven con VIH/SIDA, personas que tienen una preferencia sexual distinta a la heterosexual, migrantes, jornaleros agrícolas y personas que padecen algún tipo de enfermedad psicológica, se puede afirmar que el andamiaje jurídico básico para hacer efectivo el derecho a la no discriminación en nuestro país ya está asentado.

Sin embargo, me temo que todo lo anterior tan sólo constituye un primer paso e, incluso, que si no se dan otros pasos subsiguientes se corre el grave riesgo de que el impacto de las reformas jurídicas no llegue a permear realmente en la sociedad. Para ello me parece necesario que se trabaje en cuatro aspectos fundamentales:

1. La puesta en marcha de los instrumentos jurídicos vinculados con la discriminación con el fin de reducir el gran abismo que aún hoy existe entre los principios de igualdad material y no discriminación y la realidad que viven millones de mexicanos;
2. El empoderamiento jurídico, económico, cultural y político de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad para que ellos mismos estén en posibilidad de generar las acciones necesarias para transformar la situación de marginación y exclusión en la que se encuentran;
3. La consolidación de una cultura de la no discriminación a través de programas educativos formales e informales;

[2] Entre ellos destacan: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de *Aparheid*, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, entre otras.

4. La implementación de una política económica que tenga por objeto reducir la pobreza y la enorme desigualdad de oportunidades que hoy los mexicanos enfrentamos en el goce y ejercicio de nuestros derechos.

Me parece que el *diplomado sobre el derecho a la no discriminación*, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM entre los meses de mayo y septiembre de 2005, constituyó un importante esfuerzo por avanzar en, al menos, los tres primeros retos antes esbozados. En relación con el primero se reflexionó y se generó un conocimiento en torno al propio fenómeno de la discriminación y a otros conceptos relacionados como los de igualdad, diversidad, multiculturalismo, democracia, desarrollo y justicia social. Así mismo, a la luz de algunas experiencias exitosas de otros países en la lucha en contra de la discriminación, se analizó a profundidad el marco jurídico que existe actualmente en nuestro país y se trató de descubrir los mecanismos y vías jurídicas más aptas para llevar a la práctica los estándares y exigencias del derecho a la no discriminación. En relación con el segundo punto puedo constatar que el interés mostrado por los alumnos no era un interés meramente intelectual, sino que muchos de ellos, ya sea por formar parte de un grupo discriminado o por trabajar directamente en organizaciones o instituciones relacionados con el fenómeno de la discriminación, asistieron al diplomado con el fin de obtener un conocimiento útil que les proporcionara las herramientas indispensables para combatir la discriminación. Finalmente, en relación con el tercer punto, me parece que el diplomado generó un fenómeno académicamente muy interesante, pues aunque todos los ponentes y profesores que asistieron eran expertos en los temas que cada uno abordó, la invitación al diplomado, de alguna manera los motivó a introducir el problema de la discriminación dentro de sus líneas de investigación. Con ello no sólo se logró el transmitir un conjunto de conocimientos útiles a los alumnos que participaron en el diplomado, sino también en fortalecer el acercamiento de 30 profesores e investigadores al problema de la discriminación y generar así un mayor compromiso de los académicos en temas vinculados con la no discriminación.

Así, pues, la presente obra es el resultado del esfuerzo de profundización y reflexión en torno al problema de al discriminación de la mayoría de los profesores que participaron en el diplomado. Constituye un ejercicio interdisciplinario en tanto que entre sus autores se cuenta con

filósofos, sociólogos, demógrafos, antropólogos y juristas especializados en las distintas ramas del derecho. Además, abarca distintas dimensiones del fenómeno de la discriminación, desde un análisis teórico en torno a su fundamento (Javier Saldaña) de sus manifestaciones, causas y efectos (Jesús Rodríguez Zepeda), hasta un análisis de la problemática que enfrentan algunos de los grupos en situación de vulnerabilidad en México, como son: los pueblos indígenas (José Emilio Ordóñez Cifuentes), los niños (Mónica González Contró) y los adultos mayores (Cristina Gomes). La mayoría de los estudios que aquí se contienen presentan una fuerte inclinación por la dimensión jurídica de la discriminación. Así, después de que en el primer apartado se encuentran trabajos que analizan teóricamente el fenómeno mismo de la discriminación y otros conceptos afines; como son el problema de la igualdad (Octavio Cantón), del multiculturalismo (León Olivé), del relativismo/universalismo cultural (Guillermo Mañon) y el desarrollo (Luis Díaz Müller), en el segundo y tercer apartado se contienen trabajos cuyo objeto central de estudio es el derecho a no ser discriminado. Mientras en el segundo apartado se estudia el desarrollo del derecho a la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos a través de un análisis del Sistema Universal de Derechos Humanos (Carlos de la Torre) y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Juan Carlos Gutiérrez), en el tercer apartado se analiza en concreto el marco jurídico mexicano que protege dicho derecho. En éste apartado se estudian temas de gran relevancia, como lo son: la estructura y contenido jurídico mismo del derecho a la no discriminación (Carla Huerta), un análisis crítico de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (Miguel Carbonell), un análisis integral de la legislación y las políticas públicas implementadas en México en torno a la no discriminación (Chistian Courtis), un estudio exhaustivo en torno a un caso práctico de discriminación legal (Imer Flores) y, finalmente, un estudio muy extenso y completo de las acciones afirmativas (Nuria González).

Carlos de la TORRE MARTÍNEZ

AMÉRICA LATINA: DERECHOS SOCIALES Y DESARROLLO

Luis T. DÍAZ MÜLLER

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos sociales en la época de Bismarck*. III. *La Primera Guerra Mundial y el constitucionalismo social*. IV. *Derechos sociales*: *la Segunda Guerra Mundial y Naciones Unidas. La Declaración Universal de 1948*. V. *Modernidad y derechos humanos*. VI. *El Estado de bienestar y el neoliberalismo*. VII. *La bruma de la Guerra Fría y los derechos sociales*. VIII. *Globalización y derechos humanos: notas sobre el retorno al Estado benefactor*. IX. *Conclusiones. Derechos sociales: ¿rumbo a la posmodernidad?*

I. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre los derechos sociales y el desarrollo de América Latina recorre estas líneas.

Mucho, bueno y de lo otro, se ha escrito sobre el subdesarrollo de América Latina. Desde las formulaciones de CEPAL (Prebish, 1949) hasta el retorno al debate sobre el papel del Estado y el mercado en la complejidad de la globalización.

Como un tema particular, y no menos importante, apareció y aparece la discusión sobre la integración latinoamericana desde el Tratado de Montevideo y la ALALC (marzo 1960) hasta la propuesta del ALCA y del ALBA. Estos últimos proyectos, diametralmente opuestos, se plantean en el escenario cada día más interdependiente y complejo de la globalización neoliberal y del surgimiento de un neo-progresismo regional (Kirchner, Evo Morales, Lula Da Silva, Hugo Chávez).

El impacto de la globalización neoliberal sobre los derechos sociales es de tal magnitud que, *ceteris paribus*, es posible plantear que este impacto provocó un desmontaje del Estado de bienestar, tan propio de décadas an-

teriores.[1] En términos más precisos, puede escribirse que la región latinoamericana ha transitado de un modelo benefactor-industrializador a un proceso de creación de un estado liberal, regulador y privatizado, con fuertes tendencias de apertura hacia la globalización.

El Estado latinoamericano, inerme, quedó desprovisto de aquella "feliz hegemonía" de los años sesenta, y el proceso de industrialización lanzó por la borda sus intentos de igualdad y vigencia de los derechos sociales (salud, educación, vivienda, trabajo, seguridad social).[2] El Estado, como un "ogro filantrópico", fue el principal agente de estos derechos.

Este trabajo tiene tres propósitos principales:

1. Describir la evolución de los derechos sociales a través de sus hitos principales.
2. Vincular los derechos sociales a la temática del desarrollo.
3. Analizar la ubicación de los derechos sociales en el marco de los diferentes escenarios internacionales (Guerra Fría, globalización).

Estos criterios improntan los diversos apartados de este ensayo.

II. Los derechos sociales en la época de Bismarck

El sueño de la historia consistió en edificar un Estado, producto de la unificación alemana posterior a la guerra austro-prusiana, de fuerte carácter corporativo (1870-1871) e intervencionista.

Las mismas exigencias de una Alemania que llegó tarde al reparto europeo de la Santa Alianza (1815) permitió que el Estado corporativo planteara la vigencia de los derechos sociales y el reconocimiento del sufragio universal, mediante la formulación de la *vía junker* de desarrollo (Otto Von Bismarck).

Fue un tiempo de grandes modificaciones del mapa mundial. Una Alemania unificada pondría fin al intento francés de dominar la Europa Central. Bismarck, adelantándose a su época, creó un sistema de beneficencia social que duró más de medio siglo.

[1] Véase Ros, Jaime, *La teoría del desarrollo y la economía del crecimiento*, México, CIDE, Fondo de Cultura Económica, 2004.

[2] Véase Suntel, Osvaldo y Paz, Pedro, *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*, 13a. ed., México, Siglo veintiuno editores, 1979.

La *Realpolitik*, basada en el equilibrio de poder, el interés nacional y el realismo, permitió el reforzamiento de un estado fuertemente centralizado y corporativo, lo que permitió "otorgar" derechos sociales básicos. Los derechos sociales otorgados por Bismarck sirvieron de sustento para la aprobación de las políticas sociales posteriores a la Primera Guerra Mundial.

En este sentido, el gobierno de Bismarck fue pionero en materia social. El propio Bismarck fue la figura dominante de la diplomacia europea hasta 1890. La *Welpolitik* o política global permitió el resurgimiento alemán, apoyado en su capital financiero y, a la postre, fue uno de los factores del estallido de la Primera Guerra Mundial.

III. La Primera Guerra Mundial y el constitucionalismo social

Con el término de la Primera Guerra Mundial observamos una mayor legitimidad en torno al tema de los derechos humanos. Aparecen con claridad tres grandes instrumentos internacionales:

1. El Tratado de Versalles (1919).
2. La Liga de las Naciones, del mismo año.
3. La Oficina Internacional del Trabajo, también de 1919.

El Tratado de Versalles, por principio de cuentas, pone fin a la Primera Guerra Mundial. Incluyendo el tema de las reparaciones de guerra que, a la larga, sería la víspera del rearme alemán y del estallido de la Segunda Guerra Mundial.

La Liga de las Naciones,[3] por su parte, consistió en una organización con vocación universal, antecedente inmediato del sistema de Naciones Unidas, organización que quedaría paralizada al no poder impedir la irrupción de la Segunda Guerra Mundial (1939).

La Oficina Internacional del Trabajo, a su vez, se constituyó en el antecedente de la actual Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada por la Declaración de Filadelfia (1944).

Estas declaraciones internacionales en materia de derechos sociales se relacionan con los "Catorce puntos para la paz", planteados por el presidente

[3] Véase Díaz Müller, Luis T., *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

W. Wilson para poner a fin a la guerra. En este sentido, es menester destacar el principio de autodeterminación y derechos de las minorías, asunto que tendría una enorme repercusión al discutirse las nociones de "pueblo", "nación" y derechos de las minorías y comunidades indígenas.[4] Especialmente, con la aprobación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), en que se pasa de la protección individual de derechos humanos, a la protección de grupos vulnerables: podrían ubicarse en lo que se llama "derechos humanos emergentes". Las minorías como sujetos del derecho internacional.

Asimismo, la doctrina del constitucionalismo social, dirigida por Leon Duguit, dio paso al reconocimiento y protección de la función social de la propiedad, y de la noción de "interés social" como eje fundamental de los derechos sociales. El constitucionalismo social formuló jurídicamente los derechos sociales planteando una "obligación de hacer" por parte del Estado: una obligación de intervenir para satisfacer derechos colectivos.

Ciertamente, el derecho a la salud, la vivienda, la educación, la seguridad social, el trabajo, también fueron reconocidos en el plano nacional: es el caso pionero de la Constitución mexicana de Querétaro (5 de febrero de 1917) y, la Constitución alemana de Weimar (agosto de 1919) que consagraron en los planos nacionales los derechos sociales más importantes.

IV. Derechos sociales: la Segunda Guerra Mundial y Naciones Unidas. La Declaración Universal de 1948

Con el triunfo de los países aliados, se aprobó un nuevo estatuto universal, denominado Carta de las Naciones Unidas (24 de octubre de 1945).[5]

La Carta de la ONU perseguía tres propósitos principales: mantención de la paz y seguridad, protección y promoción de los derechos humanos, y cooperación para el desarrollo (artículo 55 de la Carta).

En materia de derechos sociales, la Carta es magra en el reconocimiento y protección de estos derechos. El mejor indicio sería el tema del desarrollo, que permitió que Naciones Unidas creara muchas organizaciones especializadas de excelente nivel sobre esta materia: UNCTAD, PNUD, CEPAL.

4 Véase Capotorti, Francisco, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religions, and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1991.

5 La Carta de la ONU tenía un antecedente inmediato en la "Declaración del Atlántico" (agosto de 1941), firmada por Churchill, Stalin y Roosevelt.

Sostengo que es la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), el instrumento que reconoció con mayor claridad los derechos sociales.

El artículo 25 de la Declaración de 1948 señala "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios…"

Aquí se plantea el interesante tema de la relación democracia-derechos humanos. Una sociedad ética cimentada en los derechos humanos, plantea Susan George,[6] es aquella en que a todas las personas se les garantiza un modo de vida decente, digna y oportunidades para su realización personal, pero en la que también están garantizados los derechos individuales: libertad de expresión, asociación política, información, libertad de culto y creencias.

En mi opinión, el artículo 25 de la Declaración Universal constituye la espina dorsal del régimen de derechos sociales. Constituye la base del derecho al desarrollo. La cuestión fundamental consiste en desentrañar: ¿qué tipo de Estado para el derecho al desarrollo?[7] O, más bien, para el cumplimiento del desarrollo. La idea que quiero sostener es la de un Estado social de derecho donde se pueden realizar los derechos sociales. Aquí se plantea la discusión sobre mayor Estado o mayor mercado, como mecanismos de base de las relaciones sociales internas y globalizadas.[8] Ciertamente, una mayor presencia del Estado nación, erosionado por los mecanismos y por el impacto del proceso globalizador, permitiría una mayor satisfacción y cumplimiento de los derechos sociales.

El Estado social de derecho le otorga legitimidad a los derechos sociales. La identidad nacional, afirma Castells, se constituye en el principio de cohesión social del estado nacional popular.[9] El traspaso del estado nacional popular o Estado social de derecho al estado neoliberal hizo que el Estado perdiera su "base" en la realización de los derechos sociales,

6 Véase George, Susan, "¿Globalización de los derechos?", en *La globalización de los derechos humanos*, *Conferencias Oxford-Amnistía Internacional*, Barcelona, Crítica, 2003.

7 Véase Castells, Manuel, *Globalización, desarrollo y democracia: Chile en el contexto mundial*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2005.

8 Véase "¿Globalización *vs*. bienestar humano?, *Renglones*, Guadalajara, mayo-agosto de 2004.

9 Véase Castells, Manuel, *op. cit.*, nota 7, p. 41.

desprovisto de sentido, acosado por la política de privatizaciones. La opción de un neo-progresismo en América Latina (Lula, Kirchner, Evo Morales) permite la ilusión de una refundación de los derechos sociales, aspiración incumplida para las mayorías (desempleo, marginación, ingreso, salud).

Una vuelta sobre el mismo tema nos lleva a considerar la ecuación desarrollo político – desarrollo económico. En América Latina, a principios del siglo XXI, se da una relación "invertida", distinta a los modelos de años anteriores: la frágil vigencia de la democracia no trae consigo un mayor nivel de desarrollo. Se produce un desfase entre desarrollo político (democracia) y desarrollo económico subdesarrollado:[10] la idea de heterogeneidad estructural.

La trama de los derechos sociales, por tanto, proviene de la resolución del carácter del Estado. Sin embargo, no es de desdeñar la importancia que puede asumir la sociedad civil,[11] especialmente, en términos alternativos al proceso de globalización neoliberal.[12]

V. Modernidad y derechos humanos

Es importante analizar aquí la idea de modernidad y derechos humanos, porque esta relación sirve de nexo entre los derechos individuales y los derechos sociales. En efecto, hablar de modernidad significa poner en el tapete de la discusión la vigencia o no de derechos sociales, impostergables, irrenunciables.[13]

La idea de igualdad recorre todo el camino de los derechos humanos. De hecho, su instalación en el centro mismo del discurso político moderno encuentra su origen en la rebelión europea contra el absolutismo y por la extensión de la democracia liberal en el siglo XVIII; y su difusión universal ocurre recientemente como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y la derrota del nacismo.[14]

10 Véase Pinto, Aníbal, *La internacionalización de la economía mundial*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1980.

11 Véase Ocampo, José Antonio, *Reconstruir el futuro. Globalización, desarrollo y democracia en América Latina*, México, CEPAL-Norma, 2004.

12 Véase Foro de Porto Alegre.

13 Véase *La igualdad de los modernos*, San José, Costa Rica, CEPAL-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997.

14 *Ibidem*, p. 1. El libro escribe "nacismo".

Estaríamos en presencia de una "igualdad compleja":[15] las desigualdades no se darían homogéneamente en todos los terrenos. Esta noción rompe con la idea de solidaridad, que el movimiento por una globalización no excluyente coloca en el centro de la discusión. Modernidad no debería ser símbolo de desigualdad, concentración del ingreso, exclusión y discriminación (grupos indígenas).[16] La tendencia hacia la desigualdad en la concentración del ingreso, empleo, seguridad social, acceso a la educación se mantiene y tiende a persistir.[17]

El nudo del asunto estriba en la siguiente pregunta: ¿Hasta qué punto la modernidad rompe o socava la legitimidad de los derechos humanos? La modernidad no se opone necesariamente, según mi punto de vista, a la vigencia de los derechos humanos. Existen asimetrías, desigualdades, rupturas de solidaridad ocupacional (que socava, la solidaridad de clase); la solidaridad geográfica, que socava la solidaridad de barrio; la familiar, que disminuye los núcleos protección, y la política, producto del debilitamiento de los partidos, que corroe la solidaridad ideológica.[18]

Aquí ingresamos en el intrincado tema del impacto del proceso de la globalización sobre los derechos humanos. Así, *v. gr.*, la "cuestión nacional" y el principio de soberanía del Estado nación son seriamente acosados por el impacto globalizador. La crisis del Estado benefactor es asunto de primer orden. La globalización neoliberal lleva consigo los gérmenes de su propio fracaso. En el fondo del asunto, se encuentra la incapacidad de los Estados nacionales para hacer frente a las situaciones de desigualdad, pobreza, desempleo. En una palabra, a los derechos sociales.

Paradojalmente, la derrota relativa del Estado de bienestar puede acarrear la debacle del Estado neoliberal en el mediano plazo. El reajuste de las estructuras viene señalado por un retorno al Estado social de derecho o Estado de bienestar como es el caso de Argentina, Brasil, Venezuela, Bolivia.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[19] supone la vigencia de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los

15 Véase Ottone, Ernesto y Pizarro, Crisóstomo, *Osadía de la prudencia. Un nuevo sentido del progreso*, Chile, Fondo de Cultura Económica Breviarios, 2003.

16 Véase Arroyo, Gonzalo, "¿Hacia una mayor solidaridad social?", *Mensaje*, Santiago de Chile, núm. 544, noviembre, 2005.

17 *Ibidem*, p. 6.

18 Véase Walter, Michael, "Pluralisme et Démocratie", *Esprit*, París, 1997. Citado por Ottone y Pizarro, *op. cit.*, nota 15, p. 25.

19 Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas por Resolución 2200-A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

derechos humanos, tal como fue acordada en el Congreso Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993).

Asimismo, supone el reconocimiento de la interacción entre democracia, desarrollo y derechos humanos. Una doble relación.[20]

En este sentido, conviene señalar que el Pacto de Derechos Sociales (DESC) es idéntico al Pacto de Derechos Civiles, en la medida que reconoce la libre determinación de lo pueblos (artículo 1o.) para establecer libremente su régimen político y proveer su desarrollo económico, social y cultural.

Ahora bien, el Pacto de Derechos Sociales debe entenderse, además, en relación con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986. Nuevos temas y conceptos como el desarrollo autónomo, sustentable, humano y autocentrado vienen a ampliar la noción exclusivamente económica del desarrollo,[21] más allá de la idea de crecimiento.

VI. El estado de bienestar y el neoliberalismo

En mi opinión, el Estado de bienestar, como fuente de los derechos sociales, comienza en 1930 con las doctrinas keynesianas destinadas a enfrentar la crisis del "jueves negro" de 1929.

En América Latina, la política de la "buena vecindad" del presidente Roosevelt (1933-1946) fue el marco en el cual se desarrolló la intervención del Estado, el gasto social, la satisfacción de los derechos sociales y una política de "intereses comunes" entre los Estados Unidos y la región latinoamericana.[22]

La cuestión actual, para mi gusto, consiste en la dicotomía entre una re-construcción del Estado de bienestar o la vigencia de un Estado liberal acorde con las políticas propias de la globalización de este siglo. El neoliberalismo, basado en el "Consenso de Washington", consiste en un conjunto de medidas macroeconómicas y políticas de alcance global: reducción del Estado, privatizaciones, disminución del gasto social, aumento del papel del mercado en las relaciones internas y externas de cada país, énfasis en los tratados de libre comercio. Una suerte de democracia neoliberal.

20 Véase, Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, Naciones Unidas, junio de 2003.

21 Véase Ros, Jaime, *op. cit.,* nota 1.

22 Véase Hackim, Peter, "Is Washington Losing Latin America?", *Foreign Affaire*, Nueva York, enero-febrero, 2006.

Se trata, por tanto, de un proyecto ideológico y de una cosmovisión de la sociedad, la economía y la cultura.[23]

Este proyecto ideológico de la globalización retoma una vieja discusión: el Estado como centro del poder.[24] Pareciera que hay otros universos que sobresalen en la actualidad de la globalización: es el caso de las organizaciones no gubernamentales (ONG's).

Neoliberalismo y Estado de bienestar constituyen elementos antagónicos. El neoliberalismo se pronuncia por un adelgazamiento (¿transformación?) del Estado latinoamericano.[25] Se hace necesaria una recomposición política que ataque dentro de una política nacional de desarrollo, los temas de la desigualdad, la pobreza,[26] y la concentración del ingreso. Estos temas se retoman con fuerza a propósito de la elección de Michelle Bachelet en Chile.

En efecto, la desigualdad se ubica en el centro de la discusión actual sobre el éxito de las políticas neoliberales. Sobretodo, si se considera que la región latinoamericana es el área de mayores desigualdades en la redistribución de los recursos:

> El vacío teórico y la incapacidad de gestión de los Estados nacionales, que siguieron a la crisis poskeynesiana, vieron surgir ardorosamente defensores del Estado mínimo: la reducción de las dimensiones del Estado fue presentada como fundamental para resolver los problemas de un sector público estrangulado por sus deudas.[27]

Estado de bienestar o Estado mínimo constituye la contradicción principal de la primera década del siglo XXI. El tema de la igualdad parece haberse alejado de los temas centrales de políticas públicas: ¿desarrollo sin democracia?[28]

23 Véase Dollfus, Olivier, *La mundialización*, Barcelona, Bellaterra, 1999; Ribas Mateos, Natalia, *El debate sobre la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2002.

24 Véase Osorio, Jaime, *El Estado en el centro de la globalización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

25 Véase Cornejo Ramírez, Enrique, "Hacia una transformación del Estado en América Latina", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 199, septiembre-octubre, 2005.

26 Véase Offman, Nelly y Centeno, Miguel Ángel, "El continente invertido: desigualdades en América Latina", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 103, septiembre-octubre, 2004.

27 Véase Dupas, Gilberto, "Difíciles opciones frente a los países Latinoamericanos", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 199, septiembre–octubre, 2005, pp. 90 y ss.

28 Véase Fleury, Sonia, "Ciudadanías, exclusión y democracia", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 193, septiembre-octubre, 2004, pp. 63 y ss.

Desigualdad y exclusión son los tópicos a considerar en la búsqueda de nuevas fórmulas de democracia igualitaria, autónoma, participativa. La exclusión parece ser un signo de la globalización neoliberal: concentradora, excluyente, desigual, contradictoria.[29] La desigualdad recorre las frágiles e inciertas paredes de las democracias latinoamericanas (informe del PNUD, Lima, 2004).

El renacimiento de un nuevo tipo de Estado, actualizado a la época de la globalización, que satisfaga y cumpla los derechos sociales constituye el primer desafío de este nuevo progresismo que surge en la región latinoamericana.

VII. La bruma de la Guerra Fría y los derechos sociales

El proceso posterior a la Segunda Guerra Mundial trajo consigo una verdadera "revolución" en el pensamiento político-económico de América latina. La creación de CEPAL (1948), la formulación de la teoría de la dependencia, y la puesta en práctica de la estrategia de industrialización por sustitución de importaciones (ISI) así lo demuestra.

En este mismo sentido, la imbricación entre lo político y lo económico[30] trajo consigo la opción de un planteamiento integral sobre la democracia y el desarrollo regional:[31] qué buenos tiempos.

Así, postular una "ecuación virtuosa" entre autoritarismo y desarrollo, teniendo presente los regímenes del sudeste asiático, no pasa de ser una idea perversa sin apoyo en la realidad.

Así las cosas, la bruma de la Guerra Fría (1947-1989) si bien trajo consigo un modelo de "equilibrio del terror" a nivel del sistema internacional, resultó ser más optimista en el plano latinoamericano. En realidad, se produjo un escenario de democracias liberales (Lleras Camargo, Caldera, Frei, Odría) sumados a tasas de crecimiento decentes y una vigencia práctica y real del modelo de industrialización por sustitución de importaciones (ISI).

29 Véase Garrido-Lecca, Hernán, "Crecimiento con equidad. Reflexiones para la incorporación del concepto de equidad en la decisiones de políticas públicas", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 1999, septiembre-octubre, 2005, pp. 80 y ss.

30 Véase Cardoso, Fernando Enrique, "Más allá de la economía: interacciones de la política y desarrollo económico", *Revista de la CEPAL*, Santiago, núm. 83, agosto, 2004, pp. 7 y ss.

31 *Ibidem*, pp. 7-12.

Religiosamente, O'Donnell y otros van a postular que con el "congelamiento" de la fórmula ISI (1969) se producirá la irrupción de los regímenes burocrático-autoritarios. Es más, el propio proceso de "liberacionismo", a comienzos de la década de los ochentas, reforzó la idea de la "eficiencia" de los regímenes militares.

La Guerra Fría se combinó con el denominado modelo desarrollista de desarrollo, en que la fórmula ISI y un alineamiento junto a los Estados Unidos signaron esta época de las relaciones interamericanas. No es poco decir.[32] Los derechos sociales, felizmente, aparecieron en el primer lugar de la agenda regional. Puede decirse que el modelo desarrollista, propio de esta época, conllevó una visión "nacional" del Estado y de las relaciones internacionales, con una fuerte identidad otorgada por el Estado y un sistema internacional en permanente tensión debido a la confrontación entre los superpoderes (USA-URSS).

VIII. Globalización y derechos humanos: notas sobre el retorno al Estado benefactor

El proceso de la globalización que, para efectos de análisis, ubicaremos en el tiempo de la caída del Muro de Berlín (1989), la reunificación de las Alemanias (1990), y el desmembramiento del bloque soviético, consiste en un proyecto ideológico total.

La globalización consiste en un conjunto de interdependencias complejas. El Estado, el mercado, la cultura, las comunicaciones,[33] el derecho, la moda, el fútbol, se uniforman en torno a un modelo capitalista expansivo de desarrollo. El proyecto de la globalización tiene pretensiones universales.[34]

El impacto del proceso de la globalización sobre el Estado nacional es demoledor: el Estado nación se debilita, aumenta el número de excluidos, se profundizan las desigualdades, el Estado cambia de rumbo y se transforma. En la globalización, se producen tres transiciones fundamentales: una transición política de la dictadura a la democracia; una transi-

32 Véase un trabajo pionero: O'Donnell, Guillermo, *Modernización y autoritarismo*, Buenos Aires, Paidós, 1986.

33 Véase Castells, Manuel, *La era de la información*, Madrid, Siglo Veintiuno de España, 2002.

34 Véase Amir, Samir, *Más allá del capitalismo senil. Por un siglo XXI no norteamericano*, Buenos Aires, Paidós, 2003.

ción hacia la era de la información: la revolución de las comunicaciones; y, una transición económica de un modelo autoritario a un modelo democrático liberal: sería el caso de Chile.

Para mi gusto, lo básico de esta globalización, consiste en la ruptura de la solidaridad, en el término del contrato social identitario. Por estas razones, los derechos sociales son abolidos, y el retiro del Estado trae consigo la orfandad del hombre productor. Aun más, es en el plano ideológico cultural donde los efectos devastadores de la globalización golpean con más fuerza. En esta idea, puede decirse que el proceso de la globalización trae consigo un "pensamiento único", con la consiguiente mercantilización del hombre, sumido en la alienación de un capitalismo expansivo y salvaje.

La propuesta de un retorno a una versión actualizada del Estado de bienestar, que sería un Estado para las mayorías, resulta ser el tópico fundamental de estos días. La globalización no ha resultado ser tan exitosa como se hubiera pensado, especialmente desde el "Consenso de Washington"[35] (1991) en adelante.

¿Es la globalización neoliberal incompatible con la globalización de los derechos humanos?[36]

IX. Conclusiones. Derechos sociales: ¿rumbo a la posmodernidad?

Como se escribía, la ruptura del "pacto de solidaridad", provocado por la globalización, debería iluminar cualquier análisis de la realidad actual.

El tránsito de la Guerra Fría hacia la globalización provocó profundos cambios cualitativos.

En mi opinión, todo comienza con el tránsito fundamental de la modernidad (Revolución Industrial) hacia la posmodernidad (comunicaciones-información).

De hecho, este tránsito provocó fuertes mutaciones en la distribución del poder, en la concentración del ingreso, en la fortaleza de la democracia y en el propio estilo de desarrollo. La CEPAL planteó, en la década de los noventa, la cuestión de la "transformación productiva con equi-

35 Véase "Después del consenso de Washington", *Nueva Sociedad*, Caracas, núm. 199, septiembre-octubre, 2005.

36 Véase George, Susan, *op. cit*., nota 6.

dad": valioso aporte que fue desintegrado por el impacto del proceso de globalización neoliberal.

Es importante considerar las posibilidades de una globalización alternativa:[37] solidaria, humanista, cooperativa, integracionista, de protección y defensa de los derechos sociales. El capitalismo global, germen de un futuro sistema mundial de poder,[38] arrasa, incluso, con la dimensión cultural de los Estados nacionales. Sin embargo, esta acción está generando una reacción expresada en los movimientos sociales alternativos: condonación de la deuda externa, reforzamiento del MERCOSUR, nueva agenda de cooperación para el desarrollo, estímulo de la pequeña y mediana empresa.

La fascinante discusión sobre los nexos entre economía y política, deberían extenderse a los planos culturales, ideológicos, culturales, de la propia vida cotidiana: el *stress* (¿agotamiento?) del modelo del capitalismo global latinoamericano subdesarrollado.

La batalla contra la pobreza es un desafío de estos tiempos. Con todo, es en la redistribución del poder y del ingreso donde comienza la batalla por hacer girar la rueda de la globalización.

Todo esto nos lleva a las siguientes conclusiones:

1. La evolución de lo derechos sociales ha descansado en el Estado como principal propulsor de estos derechos.
   No solo eso. Los derechos se ampliaron al calor del "bonapartismo" de Bismarck y del estallido de la Primera Guerra Mundial.
2. De tal manera que los derechos sociales, que implican una obligación de hacer por parte del Estado, representan una segunda categoría de derechos.
   En efecto, a los derechos individuales, que exigían una obligación de abstención del Estado, de respeto de la vida, la libertad y la seguridad de la persona, le agregamos los derechos sociales con una adhesión incondicional al Estado de bienestar.
3. El Estado, para todo bien y para todo mal, es el lugar sin límites del cumplimiento (o no) de los derechos humanos.
   En la doctrina, estos derechos sociales o de segunda generación, comienzan con Bismarck y se amplifican en el periodo de entre-guerras

37 Véase de Souza Santos, Boaventura, "Globalización y democracia", *Revista Memoria*, México, núm. 175, septiembre, 2003.

38 Véase Furtado, Celso, *El capitalismo global*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

(1919-1939). Ciertamente, con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal estos derechos alcanzaron pleno reconocimiento.

4. Naciones Unidas incorporó estos derechos a su dinámica interna, a través de sus organismos especializados. En realidad, agencias como el PNUD o la CEPAL han trazado rumbos pioneros en la discusión y vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).
   Los aportes de la ONU son innegables. El tema, *v. gr.*, de la "dependencia" de la región, el esquema centro-periferia, la política de industrialización por sustitución de importaciones (ISI), confirma el papel pionero de estos organismos en lo que concierne al desarrollo regional.
5. El ingreso de América Latina a la modernidad trajo consigo los derechos sociales. Sin lugar a dudas, la modernidad representó una visión industrializadora y tecnológica de la región. No es menos cierto, que la modernidad latinoamericana puede calificarse de "inconclusa", no ha logrado asentarse totalmente en la realidad.
   En la cultura, por ejemplo, Latinoamérica ha caminado desequilibradamente en relación con el proceso de la globalidad. El acceso a las nuevas tecnologías es una aspiración más que una realidad verificable.
6. La inserción latinoamericana en el modelo de la globalidad es profundamente desigual. La devaluación de los términos del intercambio no ha logrado ser superada: el exponente tecnológico (informática, robótica, materiales, biotecnología) continúa siendo un obstáculo para el desarrollo.
7. El nuevo reparto del mundo: Estados Unidos, China, Europa, Japón "olvida" a la región latinoamericana. El poder negociador es magro e inestable. El "neoprogresismo" (Lula, Kirchner, Evo Morales) no ha logrado consolidarse como un bloque latinoamericano ante esta nueva repartición mundial encabezada por los Estados Unidos: el eje del mal y la guerra preventiva.
8. Al mediano plazo, la batalla del poder continuará siendo una disputa por la vigencia o no del Estado de bienestar. En lo que concierne a países de vieja tradición estatal, como Chile o México por ejemplo, la ampliación y cumplimiento de los derechos sociales será la piedra de toque de las relaciones de poder al interior del Estado nacional.

9. El Estado nación está siendo pulverizado por los efectos de la globalización. El espejismo del desarrollo nacional con equidad está siendo seriamente cuestionado por la globalización neoliberal en marcha.
10. América Latina se encuentra a la vera de la historia. Las tendencias alternativas a la globalización hegemónica son más bien declaraciones, antes que proyectos confrontacionales concretos (Porto Alegre).

En este campo, Latinoamérica continúa enfrentando negativamente los temas de la pobreza y la desigualdad.

¿Nuevamente esperando a Godot?

IGUALDAD, NECESIDADES Y DERECHOS

Octavio CANTÓN J.

Empezaré hablando acerca del primer término utilizado para dar título al presente ensayo, la igualdad. Como sabemos ésta puede ser explicada de diversos modos, puede ser vista desde ángulos muy diferentes. Tiene la virtud o el defecto quizás, de referirse a un sin número de circunstancias y situaciones. Por ejemplo así bien puede ser utilizada en lógica matemática para expresiones tal como dos más dos *igual* a cuatro, como en lógica para describir relaciones tal como A es *igual* a B. No obstante, posee la capacidad de prescribir —ética o axiológicamente— un modo de relación específico entre los seres humanos.

Es desde luego ésta última de sus dimensiones la que nos interesa aquí, precisamente esa que transforma a la igualdad en valor vinculado a la existencia social humana. La igualdad como idea guía, rectora de la convivencia humana implica para los seres humanos pretensión de bienes y derechos, armonía y progreso social. En pocas palabras, la igualdad, desde esta óptica, encierra en sí misma una promesa de *libertad para todos* los miembros de la especie humana.

Ahora bien, la igualdad entendida así, como valor rector de las relaciones humanas es, en términos generales, uno de los conceptos más maleables —si se nos permite el término—, dóciles e interpretables que podemos encontrar en ciencias sociales y por tanto uno de los que suscitan mayor polémica y confusión.[1] Esta multiplicidad de interpretaciones y contenidos deviene principalmente de su estrecha relación con lo éticamente deseable y correcto, con lo que es o debiera de ser de todos, con lo justo. Podemos afirmar que —y en esto suelen coincidir prácticamente

[1] La "maleabilidad" que atribuimos podría asemejarse a la "relatividad" que atribuye al concepto Bobbio al sostener que "El concepto de igualdad es relativo no absoluto". Bobbio, N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de A. Picote, Madrid, Taurus, 1995, p. 136.

todas las posturas— la lucha ética que es también la lucha por la justicia ha ido siempre unida a la búsqueda de determinadas cotas de igualdad. Según parece, no cabe duda que la igualdad, —alguna igualdad—, está inserta, de uno u otro modo, en el discurso de quienes buscan la realización de la justicia, se encuentra en las palabras de quienes proponen e intentan conseguir un orden social armónico, legítimo y "moral".[2] Moral en tanto "moralidad" significa, como fue puesto de manifiesto por Kant, un reconocimiento del otro como igual, como igualmente digno.

Como atinadamente ha afirmado en este sentido el profesor Van Parijs,[3] la justicia viene determinada por la distribución de los bienes valiosos entre los hombres, ya sean estos formales como la libertad o materiales como por ejemplo los alimentos. Si bien es cierto que la igualdad es el signo distintivo de la justicia, dependiendo de su contenido —más o menos igualitario respecto a la distribución mencionada— tendrá más o menos capacidad para realizarla.

Es pues, la determinación concreta del (o los) objeto(s) en el (los) que los seres humanos debemos ser iguales y el criterio distributivo para asignarlos, los datos que debemos conocer para estar en posibilidad de "medir" cuantitativa y cualitativamente el grado de justicia en determinada sociedad.

Por eso, al hablar de la igualdad entre los seres humanos, estamos de acuerdo en reconocer que resulta poco clara la frase erigida mil veces como bandera de emancipación: *todos somos iguales*. Y esto es así porque si no se determina de qué igualdad se trata, quién la dice, a quién, para qué, etcétera no es posible precisar el grado de legitimidad, de deseabilidad y de justicia de la misma.

[2] Como bien ha indicado Maravall "…al menos 'alguna' idea de igualdad se encuentra en una variedad de tradiciones culturales. Se halla desde luego en Atenas, en torno a los conceptos de isonomia, isotimia e isegoria (…). El pensamiento estoico concibió también a los hombres como básicamente idénticos en cuanto seres razonantes. Una idea de igualdad existió también en el derecho romano. Fue, como sabemos, una idea de la cristiandad, claramente expresada en el Evangelio de San Lucas (como defensa de la distribución de las propiedades de los ricos entre los pobres y como advertencia de las dificultades que encontrarán los ricos en el reino de Dios). El reconocimiento del valor de la igualdad, finalmente alcanzó su máxima expresión en la *Déclaration des Droits de l'Homme* de 1789…" que sería más tarde enriquecida por el socialismo humanista. Maravall, J. M., "Sobre la Igualdad. Un análisis socialdemócrata", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 39, enero-febrero, 1994, p. 2.

[3] Van Parijs, P., *¿Qué es una sociedad justa?*, trad. de J. A. Bignozzi, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 195 y ss.

Casi sobra decir que aunque es cierto que hoy prácticamente nadie está ya de acuerdo en defender que los seres humanos debemos ser desiguales en bienes y derechos (al parecer el nazismo y el facsisimo por citar dos posturas desigualitarias han casi desaparecido) es por demás falso que haya unanimidad respecto de lo que se entiende por ser "igual", o mejor dicho, hace falta esclarecer *¿en qué* (bienes y derechos) debemos ser iguales los seres humanos para lograr unas relaciones justas? Efectivamente, las distintas "teorías de la justicia" contemporáneas[4] pese a coincidir en ser igualitarias, son opuestas en mucho debido a la disímbola concepción de igualdad defendida en su seno y para constatarlo basta mirar la diversidad de tesis defendidas actualmente y el acalorado debate no sólo teórico sino práctico que gira en torno a la igualdad.

En términos generales, podría decirse que el actual enfrentamiento moral se ubica entre considerar suficiente para realizar a la justicia una igualdad jurídica y política, es decir, una igualdad de trato formal en libertades y derechos. O bien, además, precisamente por considerarse insuficiente aquella, una igualdad económica y social, o sea en bienes y necesidades, misma que materializa el trato igualitario y sin la cual se piensa, no puede hablarse verdaderamente ni de eticidad ni de justicia.

De este modo, por ejemplo, si se propusiera una igualdad en libertades y derechos, nadie podría discutir que el modelo social así instituido es justo e igualitario formalmente hablando. Pero, si la sociedad fuera de hecho desigual, —como siempre sucede en mayor o menor medida—, dicho modelo sería, —dadas estas desigualdades fácticas que no atiende—, injusto y desigualitario en lo material. Inmersos en sistemas socioeconómicos dominados (económica y socialmente) por una minoría e, intrínsecamente desigualitarios como los nuestros, frecuentemente es aceptada como suficiente una concepción "débil" de igualdad. Se opta por tutelar una igualdad abstracta, a través de los derechos civiles, que suele acomodarse a los intereses de poder. La igualdad se inserta así en sistemas sociales que, a pesar de decirse igualitarios, —en mucho sólo por salvar el requisito "formal" impuesto por la moral y la justicia al que hicimos referencia—, materialmente producen y perpetúan relaciones de desigualdad estigmatizante. De ahí que algunos autores más igualitarios en este sentido defiendan la necesidad insoslayable de establecer y garantizar una determinada igualdad material que complemente el citado

[4] Al respecto véase Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de Gargarela, R., Barcelona, Ariel, 1990.

modelo y que haga viable el tránsito de la justicia formal hacia la justicia material o de hecho.

Tal es el caso de autores como Rawls[5] o Dworkin[6] quienes proponen la igualdad de libertades (trato igual) y la igualdad en la distribución de bienes elementales o recursos; una igualdad, agregaría yo, entre todos los seres humanos en las necesidades sin las cuales la vida misma resulta inejercitable.

En definitiva, creemos que la igualdad puede ser una exigencia ética "fuerte" verdaderamente emancipadora. La labor de quien apuesta a favor de la igualdad consistirá en tratar de hallar esa apta para establecer un orden social justo, entendiendo por este, como hemos ya puesto de manifiesto, ese capaz de erradicar las desigualdades minusvaloradoras existentes entre los seres humanos —formal y materialmente hablando—, que impiden el ejercicio pacífico de la libertad.

Desde un punto de vista histórico, y cabe destacarlo, la idea de establecer una igualdad económica como principio organizativo de la sociedad, aparece incluso antes de la institución ateniense de la *isonomía*, es decir, antes de la igualdad formal o de trato. Como afirma el profesor Pérez Luño, "la primera igualdad de la que se tiene noticia es la económica: ninguna propiedad privada sino igual división de los bienes entre los ciudadanos." Ciertamente el sistema de "comunismo primitivo" —entendido como igualdad en bienes materiales—, no es extraño a nuestras sociedades ni contrario a la "naturaleza" de las cosas, se desarrolló ampliamente en la *gens* griega, romana, germánica y en la América precolombina.

Además, como elemento imprescindible de un orden social justo, la igualdad material ha sido una constante en el pensamiento de todos los tiempos. Por ejemplo así: ya en la Grecia clásica, al definir el término democracia, Aristóteles ya pensaba no solo en la igualdad ante la ley sino en una mayor distribución de la riqueza. Del mismo modo, Platón defendía una determinada igualdad material como fundamento necesario de cualquier proyecto social armónico. Precisamente, el planteamiento platónico será punta de lanza de futuros proyectos utópicos igualitarios, propios primero de los estoicos y después en el renacimiento con autores

5 Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

6 Dworkin, R., "What is Equality? Part 1. Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs 10*, núm. 3, Nueva York, 1981, pp. 185-246.

como Tomás Moro. Más tarde, como veremos, múltiples textos "modernos" de finales del siglo XVIII, pero sobretodo del XIX y del XX, demandarán algún tipo de igualdad material considerada imprescindible para la estabilidad y la felicidad social.[7]

Queda claro pues que, en sociedades económica y socialmente desiguales como las nuestras, garantizar determinado grado de igualdad material resulta absolutamente necesario para lograr el tan ansiado estado de libertad y paz entre los hombres. El desquebrajamiento social que produce la carencia material sufrida por los individuos en bienes considerados medio indispensable para mantener sus vidas en condiciones propicias para ejercer la libertad no deja la menor duda al respecto. En este sentido, ¿qué libertad tiene quien muere de hambre, quien no tiene acceso a la educación o quien padece hasta la muerte enfermedades curables?…

Este empeño por lograr una determinada igualdad material entre los hombres es la que fundamentará en el Estado de derecho la implementación de los derechos sociales, derechos que tratarán de superar a través del trato diferenciado, es decir, del trato más favorable a quien menos posee —materialmente hablando—, la condición de dependencia en sociedades estructuralmente organizadas en torno al mercado. Como bien se ha afirmado, estos derechos tienen dos cualidades propias. Constituyen, en términos genéricos, una proyección específica del principio de igualdad, en tanto que, más allá de la igualdad formal, connatural del estado liberal y el derecho capitalista, persiguen la igualación de las condiciones materiales de existencia. Y, concretamente, los distintos derechos sociales singulares reposan en un derecho social general al percibo de un *quantum* determinado de ingresos, independiente del valor de mercado del interesado lo cual significa que exigen el establecimiento y garantía de un nivel mínimo de vida.[8]

Son estos derechos, producto de las revoluciones sociales ocurridas a lo largo de los siglos XIX y XX principalmente, el instrumento jurídico que intentará que las necesidades básicas del hombre contextualizado en un momento histórico determinado, esas sin las cuales la libertad es irrealizable, se encuentren satisfechas, para así hacer verdaderamente posible el ejercicio de esta dentro del marco jurídico del Estado de derecho.

7 Pérez Luño, A. E., "Dimensiones de la Igualdad Material", *Anuario de derechos humanos 3*, Madrid, 1985.

8 Entre otros véase Peces-Barba, G., "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y concepto", *Derechos y Libertades*, núm. 6, Madrid, febrero, 1998.

Ahora bien, después de establecer este nexo entre igualdad-justicia e igualdad-derechos en sus dos dimensiones, para terminar es preciso puntualizar algunos aspectos acerca del concepto de necesidades. Concepto este que responde a la interrogante planteada por la igualdad material: ¿iguales en qué? al que antes hacíamos referencia.

Como ha sostenido Bobbio, la cuestión sobre cuáles son las necesidades dignas de satisfacerse está abierta. Prácticamente podemos afirmar que, casi lo único que al parecer resulta claro sobre ellas es que el principio: A cada uno según sus necesidades, es de todos el más igualitario, pues los seres humanos somos más iguales en cuanto a esto que por ejemplo en cuanto a nuestras capacidades y talentos.[9]

Quizá la primera dificultad que nos encontramos al tratar el tema de necesidades es su identificación —y confusión— con otros conceptos que están constantemente en juego con el como: el de carencias, preferencias y deseos. Bien pues, siguiendo el claro análisis realizado por Contreras,[10] que sin duda suscribimos, hemos de apuntar que para nosotros, las necesidades preexisten a la carencia. Pese a que moralmente hablando una necesidad solo es relevante cuando no ha sido satisfecha, ésta no se identifica con su privación ya que su no-satisfacción es una simple manifestación de hecho,[11] una, aunque quizá la más relevante de sus posibles formas de existir. Las necesidades satisfechas son en este sentido también necesidades.

En este orden de ideas, como afirman De Lucas y Añon,[12] "resulta posible tratar de definir las necesidades con independencia de que aquí y ahora se carezca de ellas o no" aunque esté claro que una de las ideas básicas, —en términos morales—, que se ponen de relieve en la noción de necesidad es la privación. Esta cuestión inmediatamente indica, siguiendo la tesis de Galtung,[13] que habrá una necesidad, en sentido moralmente

9 Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. de Aragón, P., Barcelona, Paidós, 1993, pp. 80-82.

10 Contreras, F. J., *Derechos sociales*, *teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.

11 "…habría que rechazar todo intento de reducción de las necesidades a carencias pues el hecho de su remisión a la acción y actividades humanas implica que se refieren a algo más que a un estado de vacío primigenio", Herrera, J., *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 67.

12 De Lucas, J. y Añon, M. J., "Necesidades, razones, derechos", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 7, 1990.

13 Galtung, J. y Wirak, A., *Human Needs, Human Rights and the Theories of Development*, París, UNESCO, 1976, p. 43.

relevante, cuando su ausencia cause un daño permanente en la calidad de vida humana, o lo que es igual, ahí donde su no satisfacción pueda ocasionar destrucción, desintegración o no existencia de un ser humano.

Ahora bien, si lo que se quiere es defender la objetividad (neutralidad-universalidad) de las necesidades como criterio valorativo-normativo, lo primero que habrá que hacer será distinguirlas de las meras preferencias o deseos de los individuos en un momento determinado ya que, las necesidades son adscribibles de manera objetiva precisamente porque no dependen de los deseos o de las preferencias.[14]

En este sentido se podría afirmar que las necesidades son solamente aquellas que no dependen de la voluntad del individuo, las que son irrenunciables, esas que requiere el hombre para su bienestar se percate o no, que siempre son comunes a todos los seres humanos y que de no satisfacerse causarían un daño grave, es decir, irreparable, para el mantenimiento de la vida o para su ejercicio con dignidad, es decir, en libertad. Mientras que las preferencias son aquellas definidas por la valoración indivudual que incluso contribuyen al bienestar de la persona, pero que son contingentes porque su no satisfacción jamás implicará un daño grave para el individuo.

Obviamente, —y así lo pone de manifiesto Nino—,[15] el proponer un criterio objetivo de necesidades prevalente al de deseos o preferencias tal y como lo hacen los enfoques que parten de una visión *teleológica* de la naturaleza humana, bien sea el marxismo o así el pensamiento aristotélico-tomista, exige, en el plano social, dar prioridad a la satisfacción de las necesidades, —antes y a costa de las preferencias individuales—, dado su estrecho vínculo con el mantenimiento y el ejercicio autónomo de la vida. Esta ordenación axiológica hará posible que los individuos puedan demandar responsabilidad social en caso de privación.

Lo anterior se opone claramente al liberalismo tradicional. Para el liberal, necesidades y deseos individuales es lo mismo. Por eso, desde esta perspectiva se sostiene, que cada uno es el mejor juez de sus propias necesidades y la determinación objetiva de éstas supone siempre una intolerable agresión a la intimidad individual y a la libertad de elección. Así pues, debe librarse el obstáculo liberal relativista si lo que se busca es realizar a la justicia. Para que jerárquicamente el criterio de necesidades

14 Nino, C. S., "Autonomía y necesidades básicas", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 7, 1990.

15 *Ibidem*, p. 21.

encuentre en la tabla axiológica un lugar más importante que el de preferencias, ha de defenderse siempre su objetividad, es decir, su existencia independiente a la voluntad o gustos del sujeto.

Para desentrañar esta objetividad habrá de hacerse una delimitación exacta del concepto de necesidades a través de criterios racionales (universales) y no como hemos dicho, por la importancia, —parcial—, que los diferentes individuos les atribuyan ya que en ese sentido pasarían a ser simples deseos. Primero habrá de reconocerse entonces, como afirma gran parte de la doctrina,[16] que las necesidades son un concepto condicional, lo que significa que su carácter es *instrumental*. Es decir, que éstas no constituyen un fin en sí mismas sino que son la condición, el medio que posibilita la realización de un objetivo valioso.

Así pues, como sostiene Zimmerling, "dada la afirmación de que <A necesita *x*>, siempre se puede preguntar <¿Para qué?>" lo que supone que "la descripción completa de una necesidad es del tipo <A necesita *x* para *f*>".[17] Aceptando lo anterior, agrega la autora, lo lógico es que a continuación se pregunte ¿para qué A quiere *f*?, siendo pues, el valor que se otorgue a *f* el justificatorio de *x*. Es decir, *f* es lo que determina si *x* es una necesidad o por el contrario una simple preferencia particular, lo que en pocas palabras significa que la objetividad y la justificación deberá tenerla el fin perseguido[18] y no la necesidad condición de éste.

En términos generales pues, son aquellos fines no dependientes de la voluntad individual que cuidan y perpetúan la integridad —física y moral— de la vida humana, la vida libre, incluso la vida misma, la vida autónoma, como afirmaba Nino, los que encuentran racionalmente una justifi-

16 Así lo afirman, De Lucas, J. y Añon, M. J., *op. cit*., nota 12, p. 69.

17 Zimmerling, R., "Necesidades básicas y relativismo moral", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, pp. 47-48.

18 Respecto a los fines valiosos, entre otros, según Braybrooke serán aquellos vinculados con el mantenimiento de la vida "una persona no necesita explicar o justificar su intención de vivir o su intención de funcionar normalmente... no hay ningún fin más fundamental que pudiera ser invocado para explicar o justificar aquél". Braybrooke, D., *Meeting Needs*, Princeton, 1987, p. 31. Wiggins dirá que son "aquellos que se necesitan para evitar daños a seres humanos". Wiggins, D., "Claims of Need", en Honderich, T. *Morality and Objectivity*, Londres, 1985, pp. 4 y ss. Y Bunge sostendrá que son los que permiten sobrevivir, y preservar o restablecer la salud. Bunge, M., "Treatise on Basic Philosophy", vol. 8, *The Good and the Right*, manuscrito mimeografo, Montreal, 1988. Def. 1.12. Todos citados por Zimmerling, R., "Necesidades básicas y relativismo moral", *op. cit*., nota 17, p. 48.

cación objetiva. Por tanto, las necesidades que sirven a estos fines como medio inexcusable para su realización están plenamente justificadas.

Bien pues, parece entonces haber un acuerdo en considerar a las necesidades como la condición mínima necesaria para el ejercicio libre de la vida, para perpetuar su integridad. No obstante, es cierto que cada individuo necesitará según las circunstancias *históricas* que de hecho le hayan tocado vivir y su condición natural, una cantidad y una calidad distintas de bienes para conseguir perpetuar su integridad física y moral en ese momento y bajo esas circunstancias precisas. Esto, contrario a lo que en principio podría parecer, de ningún modo significa que el fin y la necesidad que lo posibilita no sean objetivos, veamos porqué.

Por "debajo" de las posibles manifestaciones concretas de una necesidad, existen necesidades, entendidas como fines universales, que son siempre las mismas para todos los seres humanos, es decir, que son objetivas. Por ejemplo: puede ser que alguien necesite comer *x* cantidad de carne de tipo *z* o algún otro producto para perpetuar su vida en un determinado sitio o bajo determinadas circunstancias y que esto sea un caso particularísimo, sin embargo, por "debajo" de este hecho específico, subsistirá la necesidad universal y objetivable común a todos los seres humanos de alimentarse para vivir. (Por eso decíamos más arriba que las necesidades atienden a una doble perspectiva "ontológica" e "histórica" que al complementarse la hacen más valiosa como criterio valorativo). Lo anterior entonces, no quiere decir que la necesidad del individuo en una determinada sociedad a comer la cantidad *x* de la carne *z* no sea una necesidad, sin duda lo será siempre y cuando se apoye en una necesidad objetiva vinculada a un fin universalmente valioso en este caso: la de alimentarse para vivir.

En consecuencia es cierto que algunas necesidades tienen una tendencia al *cambio* sobretodo aquellas que surgen a causa de "convenciones y estructuras sociales". No obstante, esto no afectará en lo más mínimo la universalidad de la necesidad, si, como decía, la necesidad social o convencional (histórica) está apoyada en una necesidad objetiva que tienda a un fin universalmente justificado o que no pueda no ser deseado. Con todo esto, tal y como la profesora Zimmerling propone, el concepto de necesidad podría enunciarse de la siguiente manera:

> *N es una necesidad básica para x si y sólo si, bajo las circunstancias dadas en el sistema socio-cultural S en el que vive x y en vista de las característi-*

> *cas personales P de x, la no satisfacción de N le impide a x la realización de algún fin no contingente —es decir, que no requiere justificación ulterior— y, con ello, la persecución de todo plan de vida.*[19]

En definitiva, y con esto terminamos, la libertad no sólo consiste en la capacidad de optar (formalmente) por determinado acto sino también en la capacidad de llevarlo a la práctica (materialmente). Está claro que no sirve de nada gozar de una capacidad abstracta de elección si se carece de recursos para poner en práctica las decisiones tomadas. Garantizar la satisfacción de las necesidades es lo que permite experimentar la libertad.

La garantía de estas necesidades que sin excusas deben satisfacerse se lleva a cabo, tradicionalmente, en una sociedad democrática, es decir, en el Estado de derecho, a través de los derechos, sin perjuicio claro, de la implicación que pueda tener en ello la solidaridad. Los derechos que potencian la libertad por igual garantizando los medios materiales de los individuos para que estos no falten provocando injusticia son los ya mencionados derechos sociales que en sociedades estructuralmente desigualitarias tratan favorablemente a quien más lo necesita salvaguardando por *igual* más allá de cualquier contingencia ese mínimo básico sin el cual no es posible vivir una vida digna, es decir, sin la cual no es ni remotamente posible la libertad.

19 Zimmerling, R., *op. cit*., nota 17, pp. 48-51.

UNA IDEA TEÓRICA DE LA NO DISCRIMINACIÓN

Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA

El propósito de este texto es construir una definición conceptual del derecho a la no discriminación capaz de servir de orientación a los debates teóricos y también políticos generados en nuestros días en el contexto más amplio del debate sobre la igualdad. Así, esta tarea se orienta a poner las condiciones analíticas para un entendimiento básico acerca de la naturaleza de este derecho tan mencionado y a la vez, tan indeterminado y confuso, que ha entrado a la discusión en las democracias constitucionales de nuestra época, incluida desde luego la mexicana.

En la historia de la filosofía, el rechazo o, al menos, las profundas reservas frente a las definiciones se remiten hasta la antigüedad clásica. En Platón, es clara la idea de que los intentos de definir "discursivamente" una entidad, una realidad o un concepto están condenados en última instancia al fracaso. Por ejemplo, en el Teeteto, el famoso diálogo platónico acerca de la ciencia, Socrates revisa críticamente las distintas definiciones del conocimiento o de la ciencia ofrecidas por Teeteto, sólo para concluir que el arte mayéutica, el método dialógico socrático, "dice que [con esta búsqueda de definiciones] no se logra más que viento…".[1] Desde luego, en Platón no existe una defensa del escepticismo, pero sí una crítica radical de la posibilidad de atrapar el concepto de una realidad en una formulación discursiva.[2] Ciertamente la conclusión platónica en el *Teeteto* es que aún no sabemos cómo definir la ciencia, pero al agotar todas las

[1] Platón, *Teeteto* (210d), citado por la versión en español de Platón, *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1979.

[2] Es significativo que en el diálogo platónico ya mencionado, Sócrates considere y rechace tres intentos de definir el *logos*. El primero, que identifica *logos* con discurso o argumento; el segundo, que lo define como "enumeración de los elementos" de un objeto, y el tercero que lo identifica con el *sêmeion* o *diaphora* de un objeto, es decir, con aquello que hace su diferencia específica respecto del resto de objetos. Véase *Teeteto* (206c–210a). Vale decir, se rechaza la posibilidad de que una definición ponga en pala-

variaciones sensatas del acto de definir en su diálogo, más bien aboga por su imposibilidad epistemológica y desaconseja continuar en el intento. El trasfondo es la convicción de la existencia de un conocimiento superior, aprehensible por vía no discursiva —intuitiva o incluso *demiurgica*— que se sofocaría al ser concretado en usos precisos del lenguaje.

Pero ya en la misma época clásica aparecía la defensa de las definiciones como herramienta esencial del conocimiento del mundo. Es, desde luego, Aristóteles, el inventor del método científico, quien no sólo construirá sus argumentos y juicios más importantes según un orden del discurso que exige la definición inicial de las categorías o conceptos a utilizarse en las demostraciones discursivas (tal como lo podemos apreciar en, por ejemplo, su *retórica*, su *física* o su *metafísica*) sino que concebirá a la definición misma como una forma de apropiarse de la esencia de las cosas mediante el uso del lenguaje. Así, dice, "una definición es una frase que significa la esencia de una cosa".[3] El modelo aristotélico de racionalidad implica que el conocimiento puede, a través de las formulaciones discursivas adecuadas (según, por ejemplo, las exigencias de la lógica) captar mediante definiciones los elementos esenciales de una realidad.

Desde la perspectiva que aquí defenderé, que en este sentido se reconoce como aristotélica, las definiciones pueden cumplir funciones explicativas de amplio alcance y ofrecer las notas distintivas del objeto intelectual que les ocupa. No trabajan sólo como pasos propedéuticos para arribar a los contenidos sustantivos de ese objeto intelectual, sino también como estipulaciones no arbitrarias que delinean el terreno problemático y los objetos a considerar en el argumento. Es decir, forman parte ya de la reconstrucción conceptual del objeto en cuestión. Por ello, tomar a las definiciones como punto de partida de un argumento no sólo facilita la identificación de los objetos con que trabaja nuestro orden discursivo, sino que permite articular una crítica de las posiciones preexistentes en ese terreno y que puedan también ser traídas a la figura de una definición. En este sentido, construir definiciones es ya argumentar con una orientación conceptual específica.

bras (en *logos*), la naturaleza de una entidad. De allí a sostener que el genuino conocimiento siempre está más allá de las palabras sólo hay un paso, que el propio Platón no dudará en dar en sus compromisos metafísicos.

[3] Aristóteles, *Lógica-tópicos*, libro I, cap. 6 (102a). Citado por la versión en español de Aristóteles, *Obras*, Madrid, Aguilar, 1977.

Es por ello que la definición no es un enunciado irrelevante o secundario, sino un paso esencial para articular un argumento conceptual, coherente y con cualidades heurísticas. Fue Thomas Hobbes, por cierto, quien postuló a las definiciones como el primer paso de todo trabajo científico. En su *Leviatán*, Hobbes señaló que "…en la definición correcta de los nombres, radica el primer uso del discurso, que es la adquisición de la ciencia; y en las definiciones incorrectas, o inexistentes, radica el primer abuso, del cual proceden todos los principios falsos y sin sentido".[4] La definición despeja el terreno teórico y permite la ordenación discursiva. No necesita, desde luego, aparecer siempre en primera instancia de este orden discursivo, pero en algún momento su enunciación se hace pertinente para sentar los conceptos como puntos fijos de la argumentación.

Aunque no podríamos decir, con Hobbes, que es ciencia estricta y deductiva lo que la teoría política normativa hace mediante la construcción de sus modelos, resulta claro que sus argumentos no pueden desplegarse sin la base de conceptos precisos y coherentes, es decir, de definiciones adecuadamente construidas y poseedoras de cualidades heurísticas.

Desde luego, es posible construir conceptualizaciones coherentes y con alta capacidad explicativa sin tener que partir de la formulación precisa de definiciones. Incluso abundan, como he dicho antes, los argumentos que explícitamente rechazan el compromiso con definiciones porque supuestamente empobrecen el manejo teórico del objeto y limitan las posibilidades de la explicación o la interpretación. Sin embargo, aun estas rutas de producción discursiva pueden en muchos casos ver reflejados sus argumentos conceptuales en definiciones formuladas por un lector razonable, por lo que, aún no estando explícitas en los textos, prácticamente cualquier argumento coherente puede formular en definiciones el estatuto de sus principales objetos.

La necesidad de contar con definiciones apropiadas, siempre aconsejable, se hace imperativa cuando se entra al análisis detallado de temas y enunciados sujetos a una fuerte polisemia, como sucede en el caso de la teoría de la discriminación. Resulta una cuestión de sentido común que cualquier discurso o diálogo pierda todo sentido comunicativo real si los

[4] Hobbes, Thomas, *Leviathan* (1651), editado con una introducción de C. B. Macpherson, Gran Bretaña, Penguin Books, 1985, p. 106 (*So that in the right definition of names, lyes the first use of speech; which is the acquisition of science: and in wrong, or no definitions, lyes the first abuse; from which proceed all false and senslesse tenets*).

participantes en él no comparten una interpretación equivalente o muy similar de los problemas y objetos con los que tratan. En el caso de la discriminación, la variedad de sentidos que el término conlleva obliga a una definición previa como paso para instalar un espacio común de discusión.

En el terreno teórico, la polisemia de ciertos objetos políticos como los principios de discriminación y no discriminación proviene más de la naturaleza del propio conflicto político o de la pluralidad de emplazamientos intelectuales razonables que de una inadecuada labor intelectual, pues aunque pueden registrarse en el trabajo teórico definiciones desafortunadas y conceptualizaciones fallidas e imprecisas, esto no es lo más frecuente en los circuitos de trabajo profesional.

Lo que sucede, en realidad, es que las diferencias de enunciación y hasta de comprensión de los objetos normativos provienen más de la inclinación de los teóricos hacia cierto modelo político-normativo, o incluso de sus valores políticos subyacentes, que de una dificultad objetiva para desentrañar una formulación teórica. No obstante, parece razonable sostener que una buena definición no está condenada a obviar en su formulación el dinamismo y los matices relevantes que provienen de la condición política de sus objetos. Aunque no hay manera de introducir en la definición más de lo que conceptualmente pueda garantizar su desarrollo, ni más de lo que su obligada enunciación breve aconseja (una definición kilométrica es una suerte de *contradictio in adiecto*), es posible depositar en ellas las notas centrales del objeto teórico, incluidas sus variaciones posibles, su dinamismo histórico o su dependencia del inacabable conflicto político. Esta concepción dinámica de la definición es la que es aceptada por Michel Foucault, para quien:

> Paradójicamente, *definir* un conjunto de enunciados en aquello que tiene de individual, no consiste en individualizar su objeto, en fijar su identidad, en describir los caracteres que conserva permanentemente; por el contrario, es describir la dispersión de esos objetos, capar todos los intersticios que los separan, medir las distancias que existen entre ellos en otros términos: formular su ley de distribución.[5]

[5] Foucault, Michel, "Contestación al círculo de epistemología", en Michel Foucault, *El discurso del poder*, presentación y selección de Óscar Terán, México, Folios, 1983, p. 104. El énfasis es mío.

En este sentido, es razonable el argumento de que las definiciones bien construidas (como las que, por ejemplo, han tratado de ordenar el debate de la teoría política sobre la naturaleza del objeto democracia) respondan, como sostiene Giovanni Sartori, a una exigencia epistemológica de primer orden. Según Sartori, la definición aceptable de democracia no será el producto de una mera estipulación hecha individualmente, o la reiteración del significado lexicográfico o gramatical del término, mismo que, a fin de cuentas, no es otra cosa que la plasmación social de una estipulación previa (como la dada en un diccionario), sino de la referencia al campo semántico, es decir, al conjunto de conceptos que complementan o significan la realización del objeto, y nunca al término aislado de referencia.[6] Lo mismo podría sostenerse para la definición de las categorías de discriminación y de no discriminación, en cuya formulación los rasgos lexicográficos son efectos de sentido a tomar en cuenta, pero siempre de menor importancia y peso que la definición conceptualmente orientada y que toma su sentido del modelo normativo al que se subordina y de la dinámica social en la que se inscribe y para cuya reforma se postula.

Este desarrollo nos conduce a defender la necesidad de una definición única para cada caso, que privilegie un sentido fundamental del objeto a definir. Empero, aunque se proponga ser compleja y multilateral, lo cierto es que en una definición no cabe todo. La definición aísla y limita de manera inevitable ("toda determinación es negación", sostenía Hegel), y deja ver los perfiles sobre los que el argumento normativo pone mayor acento. La definición silencia incluso los rasgos que no se consideran relevantes o destacables, aun cuando este silenciamiento exija una explicación ulterior. Un claro ejemplo de este proceder es la memorable "definición mínima" de democracia de Norberto Bobbbio, formulada bajo la seguridad de que:

> …la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.[7]

6 Véase Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. 2: Los problemas clásicos*, México, Alianza Universidad, 1989, pp. 319-342.

7 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 24. El primer énfasis es mío (JRZ).

Incluso no estando de acuerdo con esta definición, pocos podrían argüir que tal enunciado no reactivó en buena medida el debate acerca de la realidad democrática contemporánea y despejó el campo para incluso separar un campo de definiciones sustantivas de democracia y otro de definiciones procedimentales. Dicho de otra manera, la definición de Bobbio generó una "manera de entenderse" significativa y relevante a propósito de la democracia.

Por otra parte, esta defensa de la necesidad de definiciones no tiene por qué chocar con el lúcido argumento de Chantal Mouffe acerca de la imposibilidad de establecer "puntos fijos" conceptuales en el debate político-normativo, pues justamente lo que en éste se estaría jugando es la posibilidad de los distintos y enfrentados sujetos políticos de definir el significado de objetos siempre en debate y reformulación como la libertad, la igualdad, la justicia, etcétera.[8] Concediendo la razón en esto a la pensadora francesa, también puede sostenerse, sin embargo, que tal inexistencia de puntos fijos definitivos para el debate teórico de la política no significa que en, ausencia de estos, lo que impere sea la fluidez de significaciones, el relativismo total y la imposibilidad práctica de construir referentes de sentido para el debate político racional.

El que nos obliguemos a no dogmatizar las definiciones, no implica que tengamos que renunciar a construirlas, pues aunque de naturaleza histórica, los objetos políticos tienen una duración larga y a veces hasta secular que permite, y en mi opinión exige, un tratamiento en términos de definiciones. En este sentido, la exigencia de definiciones se mantiene incólume e igualmente defendible de cara a la evidencia de la historicidad de las categorías sociales y del dinamismo del conflicto político, pues lo que se pretende es que los propios debates y conflictos de la política efectiva puedan traslucirse en los enunciados que construimos para normar el terreno en el que aquellos acontecen; y las definiciones pertenecen legítimamente a este tipo de enunciados.

Así, la exigencia que recogemos de Sartori de que las definiciones atiendan a su dimensión contextual o a su campo semántico, que para los efectos de nuestro interés es siempre de naturaleza política, nos permite avanzar algunas de ellas como paso legítimo para la construcción de un argumento teórico sobre los principios de discriminación y no discriminación.

8 Véase Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 204 y ss.

En todo caso, en pocas discusiones políticas y académicas es tan necesario un despeje conceptual como en la relativa al principio de no discriminación. Aunque intuitivamente la clarificación de este principio parece relativamente sencilla, pues bien podría resolverse bajo la figura de una exigencia normativa de tratamiento igualitario y sin excepciones para toda persona en todos los casos o, si se quiere, de aplicación equitativa y regular de los mismos ordenamientos legales para todos los casos, lo cierto es que esta apariencia de sencillez se disuelve apenas contemplamos los modelos políticos utilizados en las sociedades democráticas contemporáneas para luchar contra las prácticas discriminatorias.

En efecto, esta tarea se hace altamente problemática cuando constatamos que algunas de las estrategias y medidas políticas orientadas a subsanar los daños causados por la discriminación exigen, o al menos hacen aconsejables, tratamientos preferenciales y claramente diferenciados a favor de determinados colectivos sociales que han sido tradicionalmente víctimas de conductas discriminatorias.[9] Esta serie de políticas que, como veremos, admite distintas denominaciones, contradice la regla de trato igualitario y sin excepciones propio de la prescripción directa de la no discriminación.

La contradicción parece provenir de que el principio de no discriminación se ha formulado en los terrenos político y jurídico como una extensión, o como un capítulo, de un *principio llano de igualdad*. Por ello, el consenso general en las democracias acerca de que es inaceptable todo tratamiento diferenciado que pueda ser considerado discriminatorio se transforma en una agria disputa apenas se entra a la discusión de cuál ha de ser la conducta del Estado y los particulares a la

[9] Las distintas enunciaciones del "tratamiento diferenciado positivo" no son recíprocamente equivalentes ni políticamente ingenuas. Se le ha denominado "Acción afirmativa" (*Affirmative Action*) por parte de sus defensores abiertos y por parte de las agencias gubernamentales norteamericanas encargadas de la promoción de las oportunidades de grupos como las mujeres y las minorías étnicas; se le ha denominado "tratamiento preferencial" (*Preferential Treatment*) por parte de quienes han buscado una enunciación más neutra frente a la polarización política del debate; se le ha denominado "discriminación inversa" (*Inverse Discrimination* o *Reverse Discrimination*) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio; e incluso se ha llegado a nombrar como "Discriminación afirmativa" (*Affirmative Discrimination*) por un autor tan renombrado como Nathan Glazer para evidenciar la ironía de una medida supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación. Algunas variaciones como "discriminación compensatoria" (*Compensatory Discrimination*) pueden también ser registradas.

vista de los efectos históricos de la discriminación sobre grupos como las mujeres o las minorías étnicas.[10]

Así, la pareja de enunciados normativos "no discriminación" y "tratamiento preferencial" no se integra sin disonancias ni conflictos, pues allí donde han informado a las políticas de los Estados democráticos, no han dejado de estar sujetas a un debate prácticamente interminable. Y esta convivencia de enunciados normativos se hace problemática precisamente porque, como he señalado arriba, la defensa del principio de no discriminación sólo parece tener una defensa razonable en el horizonte discursivo del valor de la igualdad,[11] por lo que la noción intuitiva de no discriminación parece corresponderse únicamente con una visión también intuitiva de la igualdad, en la que ésta última es vista como una forma de tratamiento equivalente, simétrico y sujeto a las mismas reglas generales para todos los casos bajo consideración.[12] Por el momento, baste decir que buena parte de la solución del dilema del tratamiento diferenciado depende de la posibilidad de concebir una idea de igualdad que, sin negar la exigencia de tratamiento equitativo, pueda abrigar un territorio normativo para normas y acciones públicas que se aparten temporalmente de este ideal de tratamiento.

Cabe señalar que esta aparente contradicción entre la exigencia de un tratamiento sin excepciones y la necesidad de tratamientos preferenciales

[10] Este paso del consenso a la disputa en el debate sobre la discriminación y la acción afirmativa está conceptualmente reconstruido por Nagel, Thomas, "Equal Treatment and Compensatory Discrimination", en Marshall Cohen, *et al*. (edits.), *Equality and Preferential Treatment*, *A Philosophy & Publics Affairs Reader*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, p. 4.

[11] Con alguna excepción significativa. Por ejemplo, para Iris Marion Young, defensora de la llamada "política de la diferencia", el tratamiento preferencial se tiene que aceptar como una forma de discriminación y trato inequitativo perfectamente defendible que, sin pretender ser nunca igualitario, sí es capaz de generar relaciones de justicia y equilibrio de poder entre grupos asimétricos. Véase Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990, pp. 192-225.

[12] En el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21a. ed.), la igualdad se define, en las acepciones pertinentes para nuestro argumento, como "Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad" y como "Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos". Este sentido está presente también en la lengua inglesa, en la que respecto de la igualdad se dice "*Equality often refers to the right of different groups of people to have a similar social position and receive the same treatment, regardless of their apparent differences*". Véase *Cambridge International Dictionary of English*, Londres, Cambridge University Press, 1995.

ha generado una suerte de estancamiento en el debate teórico y político de la discriminación, pues si bien el criterio de tratamiento indiferenciado parece gozar de consenso generalizado entre posiciones razonables, el objeto de disputa continúa siendo el de la aceptación o rechazo del segundo elemento de esta pareja de enunciados normativos.[13]

En buena medida, la acción política de los Estados democráticos está atada a los dilemas generados por este nudo conceptual, pues allí donde tales elementos se presentan como interdependientes, el tratamiento preferencial acompaña a la exigencia de no discriminación, mientras que allí donde esos elementos se presentan como independientes, la no discriminación aparece como una prohibición expresa de todo tratamiento preferencial, sea cual sea el fundamento normativo de este último.

Para una argumentación de índole normativa, vale la pena tomar en cuenta que el principio de no discriminación sólo puede ser adecuadamente formulado si se le define en contraste, bajo una forma antónima, del principio de discriminación. En este sentido, cabe señalar que no es aconsejable plantear como una pareja de enunciados normativos opuestos los principios de discriminación y de igualdad, pues este segundo, coincidiendo con una amplia zona del principio de no discriminación, no se agota en él ni se puede enunciar como una forma sinónima de éste.

Discriminación es una de las palabras de naturaleza política que están presentes en una gran cantidad de usos cotidianos del lenguaje. Se trata de un término que se usa con mucha frecuencia y con sentidos e intenciones diversas, por lo que la primera evidencia que tenemos de ella es la de su condición polisémica. El Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española de la Lengua, ofrece dos definiciones del verbo discriminar "1. Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. 2. Dar trato de inferioridad, diferenciar a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera".[14]

13 Véase, a guisa de ejemplo el debate titulado "Discrimination on Higher Education. A Debate on Faculty Employment", sostenido por Miro M. Todorovich y Howard A. Glicktsein, y publicado en Gross Barry S. (ed.), *Reverse Discrimination*, Buffalo, Nueva York, Prometeus Books, 1977, pp. 12-40. La idea de que existe un consenso sobre el principio de no discriminación como equivalente de tratamiento indiferenciado, pero una severa disputa acerca de la acción afirmativa como práctica discriminatoria o antidiscriminatoria, puede verse también en Glazer, Nathan, *Affirmative Discrimination. Ethnic Inequality and Public Policy*, Nueva York, Basic Books, 1975.

14 En lengua inglesa las cosas no son muy distintas. El *Cambridge International Dictionary of English* (Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1995) registra

En la primera acepción de esta definición de diccionario, que llamaremos lexicográfica (pues está referida no a un uso técnico ni conceptual, sino a la manera en que se define en la lengua regular o léxico), el verbo discriminar no contiene ningún sentido negativo o despectivo; es equivalente solamente a separar, distinguir o escoger. En esta acepción, la discriminación no implica valoración o expresión de una opinión negativa. La primera acepción comporta un sentido plenamente neutral del vocablo discriminación, toda vez que no la postula como una acción guiada por criterios axiológicos o de intencionalidad política. En este primer sentido, alguien discrimina cuando distingue una cosa de otra, sin que ello implique una conducta de exclusión o rechazo. Así, podemos discriminar objetos por tamaños, colores o formas, sin que esto implique que consideremos que algunos entre ellos son superiores o inferiores y sin que se trasluzca desprecio hacia el objeto por parte del sujeto que ejerce la acción de discriminar. Este no es, desde luego, el sentido político que pretendemos hallar, pues lo que tratamos de definir es el sentido de la discriminación en cuanto fenómeno social y político; sin embargo, es preciso señalar su existencia, pues con frecuencia los demás sentidos del vocablo discriminar, en los que sí aparecen elementos de corte despectivo, pueden ser tratados de justificar bajo el argumento de que se trata de meras clasificaciones o distinciones sin peso axiológico negativo.

El segundo sentido es también lexicográfico, aunque ya denota un componente político no presente en el primer sentido. En efecto, un componente social y político se avizora cuando nos detenemos en la segunda acepción lexicográfica del término y vemos aparecer en ella la referencia a una "relación entre personas", y de manera más precisa, una "relación asimétrica entre personas". En la segunda acepción, como se ha visto, la discriminación implica "un trato de inferioridad y una diferenciación por motivos como la raza o la religión". Esta segunda acepción es, seguramente, la más extendida en el uso común del idioma, y ya posee un sentido axiológico negativo, pues la diferenciación a la que aquí se alude supone un elemento pretendidamente superior y uno pretendidamente inferior sobre

dos sentidos del verbo "discriminar" (*discriminate*). El primero como "tratar diferente" y el segundo como "ver una diferencia". En el primer sentido, discriminar consiste en "tratar a una persona o grupo de gente específico de manera diferente, especialmente de peor manera que en la que se trata a otra gente, en razón de su color de piel, religión, sexo, etcétera". En el segundo, se trata sólo de "ser capaz de ver la diferencia entre dos cosas o personas".

la base de algún rasgo del segundo elemento de la relación que no es bien visto o aceptado por el otro. Por ejemplo, una persona discrimina a otra, en este segundo sentido, cuando la considera inferior por ser afrodescendiente o por ser indígena, o por tener alguna discapacidad. Así, discriminar es tratar a otro u otros como inferiores, y esto en razón de alguna característica o atributo que no resulta agradable para quien discrimina: el color de la piel, la forma de pensar, el sexo, la discapacidad, etcétera. De esta manera, si alguien es considerado inferior por ser indígena, mujer u homosexual, tendemos a decir que está siendo discriminado. Este uso se halla más extendido que el primero, y alude ya a los prejuicios negativos y los estigmas que están a la base de la discriminación.

Un reconocido estudioso de esta cuestión formula los elementos de la definición de la acción de discriminar de la siguiente manera:

> Discriminar tiene cuatro significados que pueden ser provechosamente diferenciados:
>
> Transitivo: distinguir o diferenciar o establecer una diferencia entre personas o cosas.
>
> Transitivo: percibir, darse cuenta o distinguir, con la mente o los sentidos, de las diferencias entre cosas.
>
> Establecer una distinción o diferencia.
>
> Hacer una distinción adversa respecto a algo o a alguien.[15]

Luego, el autor agrega "…es obvio que el sentido 4 es el relevante para el problema de la justicia social".[16] Puede notarse que el sentido 4 de esta definición de Robert S. Gross coincide con el segundo sentido de la definición lexicográfica que hemos revisado antes.

Ahora, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿en este segundo sentido lexicográfico (el cuarto de Gross) está ya presente todo lo que hay que entender por discriminación en el ámbito social y político? ¿Qué sucede cuando a una persona no le resulta agradable otra y hace, como dice Gross, una distinción adversa hacia ella, pero no hace nada para lastimarla o dañarla? ¿Podríamos decir que la está discriminando o tendríamos que aceptar que está ejerciendo su libertad de opinión y pensamiento, aún cuando este ejercicio fuera de mal gusto y hasta grosero? Las dudas sus-

15 Groos, Barry, *Discrimination in Reverse. Is Turnabout Fair Play?*, Nueva York, New York University Press, 1978, p. 7.

16 *Idem*.

citadas por estas cuestiones nos permiten constatar que hace falta una pieza en la definición lexicográfica de la discriminación, a saber, la referencia a sus consecuencias concretas en relación con ciertos bienes fundamentales propios del sujeto moral o jurídico que sufre la discriminación y que se encuentran en riesgo. En efecto, aunque la segunda acepción lexicográfica es denotativa de ciertas prácticas que identificamos con el vocablo discriminación, lo cierto es que no se trata de una definición que recoja el sentido contextual que resulta esencial para lo que aquí denominaré una "definición técnica de discriminación". Como veremos, lo propio de esta última es la limitación de derechos y oportunidades que le es inherente. Dicho de otra manera, hace falta, para arribar a la definición técnica, entender la discriminación en razón del daño que produce.

El campo semántico relevante para arribar a una definición aceptable de discriminación no es otro que el de los derechos fundamentales de la persona. En efecto, el problema del segundo significado lexicográfico es que es tan general que con mucha frecuencia nos lleva a perder de vista lo que es específico de la discriminación a nivel social, y que no puede reducirse sólo a la opinión negativa o el desprecio sentido, pensado e incluso expresado contra una persona o grupo de personas. No he argumentado que el sentido lexicográfico sea falso, sino sólo que es parcial o unilateral y que por ello pierde de vista un elemento definitorio de todo acto discriminatorio: sus consecuencias reales o posibles en relación con derechos subjetivos fundamentales o con oportunidades sociales relevantes. Este sentido técnico de la discriminación recoge el sentido lexicográfico de que la discriminación es una relación asimétrica basada en una valoración negativa de otra u otras personas, a las que se considera inferior a otros u otros por su sexo, raza o discapacidad, pero le adiciona las consecuencias de esta consideración respecto de un esquema de derechos fundamentales.

En los estudios sobre la discriminación, la teoría ha seguido a la experiencia social y, por ello, las definiciones que podemos juzgar preferibles se han nutrido de las redacciones de una amplia serie de instrumentos o leyes internacionales que se han convertido en modelos para las legislaciones nacionales. Así, por ejemplo, la idea de que la discriminación, en un sentido estricto, lo es sólo porque se manifiesta como una restricción o anulación de derechos fundamentales o libertades básicas, la encontramos en leyes y constituciones, antes que en estudios o teorías, aunque es-

tos últimos pueden sistematizarla y darle coherencia argumental. Esta presencia de nuestra definición en las leyes cumple la valiosa función de destrivializar la noción y darle una formulación adecuada en el propio lenguaje de los derechos.

En el artículo 7o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948,[17] puede leerse que "Todos [los seres humanos] son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

Debe notarse que la Declaración, que es probablemente el documento político y jurídico más relevante de la historia de la humanidad, señala que toda persona debe estar protegida contra toda discriminación "que infrinja" la propia Declaración, lo que quiere decir que no ser discriminado equivale a tener acceso a todos los derechos y libertades (civiles, políticos y sociales) estipulados por la propia Declaración. En este sentido, la discriminación puede interpretarse como una limitación injusta de las libertades y protecciones fundamentales de las personas, de su derecho a la participación social y política y de su acceso a un sistema de bienestar adecuado a sus necesidades. En este ordenamiento fundamental de la comunidad internacional, la no discriminación es la llave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos. De esta manera, el derecho a la no discriminación se presenta como una suerte de "derecho a tener derechos".

De una manera similar, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, se puede leer que:

> La expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.[18]

17 Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. El énfasis es mío.

18 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. El énfasis es mío.

De manera similar, en el instrumento internacional más importante para la protección de los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU, se lee que:

> La expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.[19]

Estas definiciones son buenos ejemplos de cómo se formula el tema de la discriminación en el terreno de las normas internacionales y son, desde luego, un ejemplo preciso y claro del concepto de discriminación que aquí se fundamenta. La discriminación se inscribe, de esta manera, en el horizonte de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y ello hace evidente la necesidad de su eliminación para lograr una sociedad libre, igualitaria y justa. En la definición misma de Barry S. Gross, está abierta la posibilidad de incluir esta visión de la discriminación como una práctica social violatoria de derechos fundamentales. Este autor señala que:

> El rasgo central de la discriminación como un problema social consiste en juzgar a la gente solamente como miembro de un grupo despreciado, y debemos descubrir cuándo es moralmente erróneo hacerlo… Lo que queremos saber es cuándo un miembro de un grupo puede no ser legítimamente discriminado sobre la base de su pertenencia grupal.[20]

El criterio que establece el profesor Gross consiste en determinar los terrenos de la vida social en los que la discriminación es moralmente errónea. Estos terrenos son: el derecho, la vivienda, el hospedaje público, los servicios sociales y el empleo; no siendo terrenos de discriminación inaceptable la amistad, las invitaciones a cenar, las relaciones personales

19 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. *Entrada en vigor*: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. El énfasis es mío.

20 Gross, Barry S., *op. cit*., nota 13, p. 10.

en general, el matrimonio, etcétera.[21] Es notorio en este argumento que el terreno de la discriminación moralmente errónea coincide con el daño a derechos fundamentales como el derecho a la vivienda, a la justicia equitativa o al trabajo. Así, aunque sea de manera implícita, la definición de Gross puede incluirse en las variantes del sentido técnico de discriminación que aquí se ha defendido.

Con estos antecedentes, explicito mi propia definición conceptual de la discriminación sobre la base de las definiciones circulantes en el espacio jurídico que he tomado como ejemplo: *la discriminación es una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales*.

Esta definición técnica de discriminación que he revisado sugiere ya la formulación de su principio opuesto, a saber, el de no discriminación; pero antes de hacerlo, han de anotarse algunas reflexiones adicionales.

En las definiciones del derecho internacional (e incluso en las del orden jurídico mexicano, que aquí no se registran por cuestión de espacio, pero que coinciden con el enfoque de las primeras), la discriminación, si bien caracterizada como una violación seria a derechos fundamentales, no contiene la referencia a su duración histórica o a su concatenación causal con hechos del pasado. Esta cuestión podría parecer menor; sin embargo, la formulación positiva del derecho a la no discriminación (si puede, paradójicamente, adjetivarse como positivo a un valor que incluye en su formulación una negación explícita), si se hace sólo en contraste mecánico con tales definiciones, nos llevaría a considerarlo sólo como una "protección" contra toda limitación al acceso a derechos fundamentales, y no contendría prescripción alguna para la remoción de los obstáculos sociales que ponen a determinados grupos en situación de vulnerabilidad o que alimentan el prejuicio y el estigma.

Esta definición mecánica de la no discriminación, a la que califico de *llana*, y que es sólo el resultado de formular en versión contraria la definición técnica de discriminación, tendría que establecerse de la siguiente manera: *la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria,*

21 *Idem*.

de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles.

El problema de esta definición llana de la no discriminación es que no resulta coherente con los datos históricos y sociológicos que muestran que el tratamiento homogéneo a las personas no redunda necesariamente en su habilitación real como sujetos de derechos y oportunidades. La ausencia de consideraciones étnicas, sexuales, de discapacidad, de religión, etcétera, en el trato actual a quienes en el pasado han sufrido discriminación, no garantiza una igualdad real de oportunidades ni, mucho menos, una igualdad relativa de logros y acceso al bienestar. Si en tal definición apareciera la referencia a la desventaja inmerecida que supone la duración histórica de la discriminación y, además, constancia de la práctica imposibilidad de entender la naturaleza de este fenómeno sin situarlo en su propio pasado, se podría derivar conceptualmente la obligación de que el Estado y otros actores sociales relevantes compensen, retribuyan o estimulen de manera especial a grupos determinados.

Vertida jurídicamente, esta definición llana de la no discriminación deja abierto un amplio debate acerca de lo que significa "proteger" a las personas para que su acceso a los derechos fundamentales sea posible. El acuerdo social mayoritario se ha generado alrededor de la idea de que tal protección debe interpretarse como una serie de medidas legales para "tratar a todos de la misma manera", independientemente de sus atributos o características como el sexo, la edad, la raza o etnia, la discapacidad, etcétera. En este sentido llano, el derecho a la no discriminación puede entenderse como un derecho civil o subjetivo de nuevo cuño, pero no como un derecho laboral, económico, educativo, sanitario, reproductivo o sexual.[22]

22 En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, la no discriminación se formula como la primera de las garantías individuales, pero siempre en el sentido de nuevo derecho civil que aquí he señalado "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". En la paradigmática legislación norteamericana, en el título VII del Acta de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 se prohíbe la discriminación en razón de raza o sexo, pero las medidas compensatorias de acción afirmativa se han amparado más bien en una serie de órdenes ejecutivas cuyos criterios en muchos casos han sido revertidos por mayorías legislativas o por sentencias judiciales. Ahora mismo, en Estados Unidos, el prin-

En este contexto, si se atiende a las evidencias de corte histórico o sociológico que muestran que la posibilidad de los sujetos históricamente discriminados de ejercer derechos y oportunidades fundamentales no se desprende directamente de la exigencia de tratamiento homogéneo, estamos obligados a transitar a una definición del principio de no discriminación que incluya en su concepto la defensa del tratamiento diferenciado y que no obstante, se formule como una forma específica del valor de la igualdad. De esta manera, denomino *compleja* a la definición de la no discriminación capaz de incluir en su formulación la exigencia de medidas compensatorias, tratamiento preferencial o acciones afirmativas. De este modo *la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causados por prácticas discriminatorias previas contra su grupo*.

Esta definición se formula bajo la lógica argumental del principio rawlsiano de diferencia, aunque no se deriva mecánicamente de éste. Su justificación reside en el argumento de que, como ha mostrado John Rawls en su teoría de la justicia, es posible situar los tratamientos diferenciados a favor de las posiciones menos aventajadas del espectro social como pasos compensatorios necesarios en una ruta normativa hacia la igualdad, y en modo alguno como una defensa normativa de las desigualdades *per se*.[23]

Sin embargo, aun para la filosofía política, el problema no es meramente de definiciones sino de justicia sustantiva. Es decir, lo que se tiene que resolver es la capacidad emancipadora y la deseabilidad normativa de las estrategias políticas e institucionales articuladas en, y articuladoras

cipio (llano) de la no discriminación está garantizado, pero el de acción afirmativa está en profunda crisis.

23 Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971; en especial, pp. 60-108. Para una propuesta de adaptación de la categoría rawlsiana al terreno de la no discriminación, véase Rodríguez Zepeda, Jesús, "Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad", *Revista internacional de filosofía política*, núm. 23, Barcelona, Anthropos, julio de 2004.

de, uno u otro concepto de no discriminación. Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición llana de la no discriminación, el riesgo inherente que se corre es el dejar intactos los mecanismos estructurales de la exclusión de los grupos discriminados y, de manera, derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces tendremos que asociar el valor de la igualdad a un sentido fuerte de la acción afirmativa.

Desde luego, el problema no es el de la justificación de derechos relativos al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar, sino el de justificar derechos compensatorios disfrutables por unos grupos y no por otros y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones.

Como ha señalado Amartya Sen, si bien no existe una sola doctrina de la igualdad en el pensamiento político contemporáneo, lo cierto es que todas las teorías que se reclaman igualitaristas postulan la igualdad de todas las personas en algún aspecto fundamental. El principio o el ideal de la igualdad es definido de distintas formas, y aunque esta idea supone siempre un elemento en común que establece la igualdad de los seres humanos, lo cierto es que cuando hablamos de este tema deberíamos no dar por supuesto que todos entendemos lo mismo por igualdad. En efecto, antes de preguntar si somos o no somos iguales, o si deberíamos serlo o no, lo adecuado es preguntar: ¿igualdad de qué?[24]

Por eso, si se logra mostrar que el tratamiento preferencial o la acción afirmativa están al servicio de una forma fundamental de igualdad, no habrá razones aceptables para excluirlos de una genuina política democrática de la igualdad. De esta manera, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al

[24] Véase Sen, Amartya, "Equality of What", *Inequality Reexamined*, Harvard University Press & Russell Sage Foundation, 1992, pp. 12-30.

terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales inmerecidas en razón de estigmas y prejuicios, sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se concretan en tratamientos grupales diferenciados. Esa sería una manera aceptable de ligar el valor de la igualdad con el valor de la diferencia, sin necesidad de recurrir a argumentos literarios o voluntaristas, interpelantes en el debate político regular, pero ayunos de capacidad discursiva para mostrar la legitimidad de tal vinculación.

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación debe contemplarse como conceptualmente distinta a la idea de compensación social para grupos desaventajados, aunque luego se reconozca que políticamente sólo el recurso a la segunda puede impedir la reproducción de la primera. Para John E. Roemer, por ejemplo, una y otra corresponden a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades. El principio de no discriminación, dice Roemer,

> Establece que, en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes. (…) Un ejemplo de este (…) principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión.[25]

De manera complementaria, Roemer, señala que una concepción alternativa, y por lo demás superior, de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para "nivelar el terreno de juego" (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias para grupos desaventajados en terrenos como el educativo y el laboral.[26] Las normas y acciones públicas derivadas de este segundo modelo irían más allá del principio llano de no discriminación, pues estarían orientadas a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos de la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios ostensiblemente no hace. Un efecto

25 Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, Cambridge, Mass.-Londres, Harvard University Press, 1998, p. 1.

26 *Ibidem*, pp. 2-3 y 108-113.

de este argumento es que el concepto de no discriminación aparece como ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque este último sea normativamente defendible bajo el lenguaje de la igualdad de oportunidades.

Este argumento es similar a la distinción hecha por Rawls entre el "sistema de libertad natural" y la "igualdad liberal". El primer argumento, típico de los defensores de la sociedad de mercado, exige:

> una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales (…) la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales.[27]

El sistema de libertad natural se formula como equivalente al principio convencional de no discriminación y, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas que han de disfrutar los individuos sean impropiamente influenciadas por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. Por ello, la "igualdad liberal" se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos la condición adicional de la justa igualdad de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Por ello, dice Rawls:

> La interpretación liberal (…) busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser puestos en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos.[28]

27 Rawls, John, *A Theory of Justice*, *op. cit*., nota 23, p. 72.
28 *Idem*.

Esta idea rawlsiana atañe a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de "posición menos aventajada", que es una categoría moral central en el argumento, se identifica con una posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable de ella para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales.[29] Si el derecho a la no discriminación se hace equivalente al sistema de libertad natural, es decir, si se acepta su definición llana, no queda espacio para transitar en la propuesta de justicia a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades con el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva de corte rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente. Dice Rawls:

> Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable.[30]

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta, como hemos dicho, en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas; tratamientos que según Rawls no abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad.[31]

No obstante los aportes rawlsianos, cabe preguntarse en dónde reside la fuerza discursiva que subyace a esta circunscripción muy extendida de

29 Para una crítica de esta idea rawlsiana de "posición menos aventajada" definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desaventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, véase Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 23.

30 *Ibidem*, p. 59.

31 *Ibidem*, pp. 100-108.

la no discriminación a una concepción llana de igualdad (igualdad como trato igual o similar para todos al margen de sus atributos particulares moralmente irrelevantes). Acaso la respuesta más evidente puede encontrarse en el enorme consenso social acerca de lo que significa no discriminar y las grandes dificultades existentes para contemplar el tratamiento preferencial o la acción afirmativa como políticas de la igualdad y no del privilegio. Como señala Thomas Nagel:

> Primero, y sólo hasta hace poco tiempo, se llegó a aceptar de manera generalizada que las barreras deliberadas contra la admisión de negros y mujeres a posiciones deseables deberían ser abolidas. Esta abolición de ninguna manera es completa y, por ejemplo, ciertas instituciones educativas pueden ser capaces de mantener durante algún tiempo cuotas limitantes para la admisión de mujeres; sin embargo, la discriminación deliberada es ampliamente condenada.[32]

El propio Nagel señala que este amplio consenso de condena a la discriminación se extiende al reconocimiento de que la discriminación subsiste aún en ausencia de barreras o prohibiciones explícitas, lo que apoya los esfuerzos por desterrar las prácticas no explícitas de discriminación como las que constituyen la discriminación indirecta.[33]

Este amplio acuerdo llega incluso a avalar algunas medidas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación en el pasado, bajo la forma de programas especiales de capacitación, apoyos financieros, guarderías, tutorías o becas de aprendizaje. Estas medidas se orientan a proporcionar cualificación social y laboral a personas que deben sus reducidas

[32] Nagel, Thomas, *op. cit*., nota 10, p. 4.

[33] Se llama "discriminación indirecta" a las exclusiones no explícitas de los integrantes de determinados grupos mediante la imposición de requisitos "generales" que sólo unos cuantos pueden cumplir. Por ejemplo, el solicitar "buena apariencia" para ciertos empleos, cuando la idea de belleza socialmente dominada es sólo la de un determinado grupo étnico o otorgar formalmente el derecho a estudiar a personas con discapacidad pero mantener las instalaciones educativas sin accesibilidad eficiente. También se ha denominado "discriminación estructural" a este mecanismo de exclusión, aunque el adjetivo estructural en esta discusión parece ser más adecuado para referirse no a las formas de discriminación indirecta sino a las relaciones estructurales de un orden social que ponen fuera de los derechos y oportunidades educativas, sanitarias y laborales a colectivos completos. Véase Fred L. Pincus, "From Individual to Structural Discrimination", *Race and Ethnic Conflict: Contending Views on Prejudice, Discrimination and Ethnoviolence*, Bolulder Colorado, Westview Press, 1994.

oportunidades a la discriminación sufrida, ya sea por ellas mismas o, en el pasado, por la mayoría de quienes han integrado su grupo de adscripción.

Sin embargo, el acuerdo general sobre la no discriminación desaparece cuando se entra al terreno de lo que propiamente se puede entender como acción afirmativa. Dice Nagel:

> En esta cuarta etapa encontramos una amplia división de opinión. Están, por una parte, los que piensan que nada adicional puede legítimamente hacerse en el corto plazo una vez que las desigualdades injustas de oportunidad remediables entre los individuos han sido enfrentadas: las irremediables son injustas, pero cualquier intento de contrabalancearlas mediante la discriminación inversa (reverse discrimination) serían también injustos, porque emplearía criterios irrelevantes. Por otra parte, estan los que juzgan inaceptable en tales circunstancias permanecer con los criterios restringidos del desempeño exitoso y que creen que la admisión diferenciada o los estándares de contratación para los grupos peor situados están justificados porque de manera aproximada, pero sólo de manera aproximada, compensan las desigualdades de oportunidad generadas por la injusticia pasada.[34]

En este contexto, el mayor aporte teórico para una clarificación del papel del tratamiento diferenciado en cuanto al valor de la igualdad ha sido hecho por Ronald Dworkin. Sus textos sobre la justificación filosófica y la clarificación constitucional y legal de la acción afirmativa cumplen el requisito de postular al principio de trato preferencial, incluido en nuestra definición compleja de no discriminación, como parte de una enunciación fuerte del principio de igualdad.

La ruta del consenso empírico no parece ser la más promisoria para arribar a una respuesta razonable respecto del valor del tratamiento preferencial en el terreno de la justicia. Como el mismo Dworkin ha señalado, la presencia de máximas y lugares comunes acerca de que "no se puede combatir el fuego con el fuego" o que nunca " el fin justifica los medios", hace perder de vista la complejidad de una problemática social que tiene que ser entendida no sólo en su coherencia conceptual sino también en su dimensión histórica.[35]

34 Nagel, Thomas, *op. cit*, nota 10, p. 6.

35 Véase Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 295.

Para Dworkin, uno de los malentendidos más frecuentes acerca de las políticas de acción afirmativa reside en el supuesto de que si los negros o las mujeres "merecen" un tratamiento preferencial, no debería existir obstáculo para que otras minorías étnicas y sociales reclamen un merecimiento similar, llevando a la sociedad a la fragmentación y a la pérdida de normas comunes de justicia. Aquí el problema está en el uso abusivo del "merecimiento", pues las políticas de acción afirmativa no tienen que suponer que el tratamiento preferencial es merecido por quienes lo disfrutan, sino sólo que tales medidas contribuyen a solucionar problemas relevantes para toda la sociedad. En el caso de los criterios raciales para determinar cuotas laborales o escolares, el propósito no es aumentar la conciencia de la raza en esos terrenos, sino justamente lo contrario, es decir, que la predeterminación étnica o de género no sean factores para la distribución de los individuos en el mercado de trabajo o en las posiciones educativas.

Por ello, Dworkin precisa un doble sentido contenido en la noción de igualdad, y que es determinante para una visión completa del fenómeno discriminatorio. Así, puede decirse que existen, bajo el concepto de igualdad, dos maneras distintas de formular los derechos de no discriminación.[36]

La primera es el derecho a un "tratamiento igual", que consiste en el derecho a una distribución igual de alguna oportunidad, recurso o carga. En este sentido, la no discriminación es igualitaria porque obliga a no establecer diferencias de trato arbitrarias basadas en el prejuicio y el estigma. En este caso, no discriminar significa tratar de la misma manera a todos: a un hombre y a una mujer, a una persona con capacidades regulares y a una con discapacidad, a un blanco y a un negro, a un homosexual y a un heterosexual.

Este primer contenido de la igualdad es lo que se puede denominar "igualdad de trato" y tiene, por ejemplo, una de sus plasmaciones más claras en la manera en que la justicia penal y otras formas de justicia procesal tienen que tratar a quienes están bajo su jurisdicción. Un juez no puede permitirse tratar mejor a un rico que a un pobre, a un hombre que a una mujer. Esta forma de igualdad tiene un poderoso efecto antidiscriminatorio, pues actúa bajo el criterio de que ninguna excepción o arbitrariedad está justificada, pues la norma legal debe ser establecida y aplicada como si fuera "ciega a las diferencias" entre las personas.

36 Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

La igualdad de trato equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio llano de no discriminación. Obliga a dispensar a todos un trato similar o equivalente.

La exigencia de igualdad de trato es necesaria para la vigencia social de la no discriminación, pero no es un criterio absoluto ni excluyente. Junto a esta idea de igualdad, es admisible otra forma de igualdad, capaz de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales, y que en ocasiones es tan necesaria que justifica la suspensión temporal del criterio de igualdad de trato.

La segunda forma de igualdad presente en la no discriminación consiste en el "derecho a ser tratado como un igual", que es el derecho, no a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con el mismo respeto y atención que cualquiera otro. Esta forma de igualdad, que Dworkin denomina *igualdad constitutiva*, admite, e incluso exige, la consideración de las diferencias sociales y de las desventajas inmerecidas, por lo que cabe en su ruta de ejercicio la ejecución de medidas de tratamiento diferenciado positivo a favor de los desaventajados por discriminación. Dice Dworkin "El derecho a ser tratado como un igual es fundamental, y el derecho a un tratamiento igual es derivativo. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como un igual puede implicar un derecho a un tratamiento igual, pero no en todas las circunstancias".[37]

En este contexto, la igualdad derivativa, es decir, la igualdad de trato, tiene un carácter formal; exige, en efecto, que todas las personas sean tratadas "de la misma manera" y sin discriminación alguna, lo que supone una "protección igual y efectiva" para todas ellas, "incluyendo" en este trato a las personas tradicionalmente discriminadas por su pertenencia a un grupo estigmatizado. En este sentido, afirmar la no discriminación en el sentido formal de la igualdad se concreta en la exigencia de un trato igual para todas las personas.

Sin embargo, la igualdad como meta social y como ideal de una sociedad democrática (es decir, como valor compartido y no sólo como definición formal del trato del sistema legal con los ciudadanos) supone tratar a las personas como iguales en dignidad, derechos y merecimiento de acceso a las oportunidades sociales disponibles. Como las condiciones sociales reales en que viven las personas discriminadas suponen el peso de una serie de desventajas inmerecidas, que conllevan de manera regu-

37 *Ibidem*, p. 227.

lar el bloqueo en el acceso a derechos fundamentales y la limitación para el aprovechamiento de oportunidades regularmente disponibles para el resto de la población, este valor de la igualdad sólo se podrá realizar si incluye la idea de "medidas compensatorias" de carácter especial, orientadas a estos grupos y promovidas y/o supervisadas y estimuladas por el Estado. La igualdad constitutiva exige, entonces, que en algunos casos la sociedad aplique tratamientos diferenciados positivos que promuevan la integración social de las personas discriminadas y que les permitan aprovechar esos derechos y oportunidades a los que sí acceden, de manera regular, quienes no sufren de discriminación.

Tengamos en cuenta que la posibilidad de aprovechar los derechos y oportunidades que brinda una sociedad no es igual para todos. Para ciertos grupos, los prejuicios negativos y el estigma cultivados durante mucho tiempo en su contra implican una desventaja real en el acceso a derechos y oportunidades, por lo que sus miembros viven, en los hechos, una desigualdad de origen, de la que no son moralmente responsables y que difícilmente pueden remontar de manera voluntaria por estar ésta arraigada en las costumbres, en las leyes, en las instituciones, en la cultura, en los modelos de éxito, en los estándares de belleza y en otros elementos de la vida colectiva que definen las relaciones entre grupos sociales.

Considerando el mundo tal cual es, y no un modelo ideal donde todos tengan igualdad de oportunidades, lo que la desventaja de estos grupos exige es una "compensación" que les permita equilibrar la situación de debilidad competitiva que han padecido a lo largo del tiempo. Esta compensación tiene que consistir en una estrategia a favor de la igualdad en su sentido constitutivo, pero implicaría la aceptación de diferencias de trato para favorecer, temporalmente, a quienes pertenecen a los grupos vulnerables a la discriminación.

Amy Gutmann ha conceptualizado esta distinción entre el ideal social de la justicia y la adecuación del trato diferenciado para alcanzar ese ideal. Gutmann señala que, en el caso del conflicto racial en Norteamérica, las estrategias de "indiferencia al color" (*color blindness*) no son necesariamente compatibles con un esquema de justicia adecuado, y que incluso la posibilidad de hacer posible este esquema reside en la aplicación de políticas "sensibles al color" (*color conscious*).[38] Gutmann criti-

38 Véase Gutmann, Amy, "Responding to racial Injustice", en Appiah, K. Anthony y Gutmann, A., *Color Conscious. The Political Morality of Race*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1998, pp. 106-118.

ca radicalmente la falacia de considerar que la estructura social no está moldeada por las prácticas de exclusión, abuso y discriminación del pasado y que, por lo tanto, las medidas basadas en la raza, el género u otros atributos particulares son arbitrarias e inversamente discriminatorias. En realidad, la indiferencia al color no es un principio fundamental de justicia, aún cuando pudiera ser aceptado en una concepción ideal de equidad. Sin embargo, en la experiencia social real, el ideal de justicia equitativa sólo puede alcanzarse si se recurre a ciertas formas de tratamiento preferencial. Dice Gutmann:

> Los principios abstractos de justicia son indiferentes al color. Esto no es sorprendente, dado que han sido construidos imaginando como debería lucir una sociedad justa. La aplicación justa de principios abstractos, en contraste, puede ser sensible al color. Esto no debería sorprendernos tampoco, porque una aplicación justa implica mirar con cuidado en una sociedad real más que imaginar o asumir el ideal. (…) la justicia misma puede exigir políticas sensibles al color, que no serían apropiadas en una sociedad justa.[39]

La ventaja de los argumentos de Dworkin y Gutmann reside en su capacidad de introducir la exigencia de tratamiento diferenciado en un concepto fuerte de igualdad, estableciendo una diferencia conceptual muy clara entre la definición ideal de la justicia y el sentido normativo de los medios para reducir las injusticias reales.[40]

Esta idea fuerte de igualdad permite considerar a la llamada "acción afirmativa" (que algunos autores han llamado también "discriminación inversa o positiva", aunque, como he señalado, de manera equívoca) como parte integral del discurso de la igualdad y no como una forma de nueva discriminación.

La intuición moral presente en los argumentos de Dworkin o Gutmman no se agota en el debate norteamericano sobre la discriminación y las medidas para combatirla, sino que es suficientemente poderosa como para estimular la crítica de esta forma concreta de desigualdad en otros

39 *Ibidem*, p. 110.

40 Una línea de argumentación similar puede leerse en los trabajos de Owen Fiss. Para este autor, el principio de igual protección de la ley sólo puede entenderse de manera correcta en relación con un principio de desventaja grupal, que lleva a la legitimación del tratamiento preferencial para los grupos estructuralmente débiles. Véase Fiss, Owen M., "Groups and the Equal Protection Clause", en Marshall Cohen, *op. cit*., nota 10.

contextos nacionales. Precisamente porque la no discriminación es un derecho humano fundamental, la construcción de nuestra definición compleja de la no discriminación tiene, en este contexto, la virtud de mostrar su vinculación necesaria con el valor democrático de la igualdad y la necesidad de que el propio Estado desarrolle políticas activas y comprometidas para hacerlo efectivo.

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. FUNDAMENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO INJUSTAMENTE

Javier SALDAÑA

SUMARIO: I. *La dignidad de la persona. Planteamientos histórico-filosóficos y jurídicos*. II. *El argumento epistemológico de la dignidad de la persona*. III. *La dignidad de la persona humana desde una filosofía del Absoluto*. IV. *A manea de conclusión*. V. *Bibliohemerografía*.

I. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA. PLANTEAMIENTOS HISTÓRICO-FILOSÓFICOS Y JURÍDICOS

Quisiera iniciar mi intervención sobre la dignidad de la persona trayendo a colación dos citas extraídas del magnífico libro *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política,* de José Antonio Marina y María de la Válgoma.[1] Allí, los autores recogen un par de notas aparecidas en el *The New York Times* el 13 de diciembre de1992:

> En Sierra Leona, los guerrilleros cortan la mano derecha de los habitantes de una aldea antes de retirarse. Una niña, que está muy contenta porque ha aprendido a escribir, pide que le corten la izquierda para poder seguir haciéndolo. En respuesta, un guerrillero le amputa las dos. En Bosnia, unos soldados detienen a una muchacha con su hijo. La llevan al centro del salón. Le ordenan que se desnude. "Puso al bebé en el suelo, a su lado. Cuatro chetniks la violaron. Ella miraba en silencio a su hijo, que lloraba. Cuando terminó la violación, la joven preguntó si podía amamantar al bebé. Entonces, un chetnik decapitó al niño con un cuchillo y dio la cabeza ensangrentada a la madre. La pobre mujer gritó. La sacaron del edificio y no se la volvió a ver más.[2]

[1] Válgoma, M., de la y Marina, J. A., *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política*, Barcelona, Anagrama, 2000.

[2] *Ibidem,* p. 11.

Aunque crudos los ejemplos anteriores, sirven muy bien para ver en su dimensión real la idea de dignidad de la persona. La de la niña y la madre violada que frente a sus agresores reivindican una entidad superior a la de éstos, y la de los ofensores que reflejan de la manera más prístina la indignidad, es decir, la dignidad valorada pero desde un punto de vista negativo.

El tema entonces de la dignidad de la persona se convierte así en un asunto obligado cuando de derechos humanos tenga que tratarse, particularmente de la discriminación o no discriminación de las personas. Por fortuna, ha sido ya superada la tesis que Bobbio había propuesto en la segunda mitad de la década de los sesenta, acerca de que lo verdaderamente significativo para los derechos humanos no era tanto el tema de su fundamentación, que sin duda considera importante, sino el de su real protección, comprometiendo a la comunidad internacional y a los gobiernos estatales a crear todos aquellos mecanismos a través de los cuales se asegurara realmente la vigencia de estos derechos.[3]

1. *Dignidad humana, una expresión llena de paradojas*

Es especialmente llamativo observar como la expresión "dignidad de la persona humana" es citada, en mi opinión a veces desmesuradamente, para defender los derechos más esenciales de la persona, y a la vez su utilización refleje ejemplos tan paradójicos como los narrados en renglones precedentes, o los experimentados en los campos de concentración nazi; donde los gritos de Auschwitz siguen resonando fuertemente en la conciencia de la humanidad, representando sin duda el más oprobioso desprecio por la dignidad humana, jamás visto en tiempo alguno. Lleva mucha razón Robert Spaemann al reconocer que la:

> civilización moderna representa para la dignidad humana una amenaza como nunca había existido anteriormente. Antiguas civilizaciones ignoraron la dignidad humana de hombres concretos o de grupos humanos. La civilización moderna ha conseguido extender la idea de unas condiciones mí-

[3] Véase, Bobbio, N., "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Il problema della guerra e le vie della pace,* Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 121 y ss. Para un análisis riguroso de las críticas a la tesis de Bobbio, véase Serna, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos,* Pamplona, Eunsa, 1990, *passim.* Un análisis menos extenso y profundo aunque sin duda importante en Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución,* 4a. ed, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 133 y ss.

> nimas e iguales para todos en lo que a los derechos se refiere. Pero esta civilización encierra, no obstante, una poderosa tendencia a la completa eliminación de la idea misma de dignidad.[4]

En la Edad Media la defensa de la dignidad de la persona no fue tan controvertida y podría decirse incluso ni tan paradójica como en los tiempos que corren. Para la mentalidad medieval la dignidad se predicaba de Dios, y sólo por derivación podía predicarse después del hombre. Famoso es el *Discurso sobre la dignidad humana* pronunciado por uno de los más importantes humanistas del renacimiento, Pico de la Mirandolla (1486), quien pone en boca de Dios la grandeza del hombre para que de acuerdo a su libertad pueda él mismo ser su propio artífice, o autoconstructor:

> No te he dado, oh Adán, un lugar determinado, ni un aspecto propio, ni una prerrogativa específica, para que de acuerdo con tus deseos y tu opinión obtengas y conserves el lugar, el aspecto y las prerrogativas que prefieras. La limitada naturaleza de los astros se haya contenida dentro de las leyes prescritas por mi. Tu determinarás tu naturaleza sin verte constreñido por ninguna barrera, según tu arbitrio, a cuya potestad te he entregado. Te coloqué en el medio del mundo, para que desde allí, pudieses elegir mejor todo lo que hay en él. No te hecho ni celestial ni terreno, ni mortal ni inmortal, para que por ti mismo, como libre y soberano artífice, te plasmes y te esculpas de la forma que elijas. Podrás degenerar en aquellas cosas inferiores, que son las irracionales; podrás, de acuerdo con tu voluntad, regenerarte en las cosas superiores, que son divinas.[5]

Según se ve, la idea de Dios como absoluto se reflejaba en la dignidad de todo ser humano, cualquiera que fuese su condición. De este modo, y sólo por derivación, la dignidad divina se predicaba también al género humano como una participación de ésta, habiendo sido creado a imagen y semejanza de Dios. Esta había sido la idea que recorrió todo el pensamiento tomista anterior, el que basado en el génesis *1,26-27* había de señalar que el hombre fue creado a imagen de Dios, y cuya vocación era parecerse más a quien lo había creado. Son varios los pasajes que en la *Summa Theologiae* se encuentran haciendo referencia a este argumento.

[4] Spaemann, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en AA.VV., *El derecho a la vida,* Pamplona, Eunsa, 1998, p. 105.

[5] En Reale, G. y Anteseri, D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, Brescia, La Scuola, 1983. Hay una traducción al castellano de J. A., Iglesias, *Historia del pensamiento filosófico y científico,* Herder, 1988, p. 82.

Así, por ejemplo "Como quiera que se dice que el hombre es a imagen de Dios por su naturaleza intelectual, lo es sobre todo en cuanto que la naturaleza intelectual puede imitarle del modo más perfecto posible (…)".[6] Y en el artículo 5o. señalará "En el hombre se da la imagen de Dios en cuanto a la naturaleza divina y en cuanto a la trinidad de personas, pues en el mismo Dios hay una naturaleza en tres Personas"[7]. Con estos ejemplos, particularmente lo señalado en el artículo 5o., la dignidad del hombre, como receptor de la imagen de Dios, "se eleva al máximo, porque aproxima al hombre a la vida del conocimiento y amor interpersonal e infinito de Dios en su Unidad y Trinidad".[8]

La idea de absoluto como incondicionado o inexcusable que acompaña a la de dignidad es expresada en la modernidad por Kant. El filósofo de Konigsberg, preguntándose por el imperativo categórico que ha de guiar la actuación humana propone como axioma fundamental el siguiente "obra sólo según la máxima a través de la cual puedas querer al mismo tiempo que se convierta en una ley universal".[9]

La idea anterior es reforzada cuando al interrogarse por el fundamento de dicho imperativo éste lo hace radicar en la consideración del hombre como fin en sí mismo y nunca como medio de la acción de otro. "En el supuesto de que hubiese algo *cuya existencia en sí misma* tuviese un valor absoluto, que como fin en *sí mismo* pudiese ser un fundamento de determinadas leyes, entonces en eso, y sólo en eso únicamente, residiría el fundamento de un posible imperativo categórico, esto es, de una ley práctica".[10] ¿Qué es eso que tiene un valor absoluto y que es el fundamento de las leyes? El hombre. Por eso reafirma del modo más contundente esta idea al señalar:

> Pues bien, yo digo; el hombre, y en general todo ser racional, existe como sí en sí mismo, *no meramente como medio* para el uso a discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como también en las dirigidas a otros seres racionales, siempre *a la vez como fin*.[11]

6 Tomás de Aquíno, *Summa Theologiae, I-I, q. 93, a.4. c.*

7 *Ibidem, q. 93, a. 5. c.*

8 Reinhardt, E., *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes,* Pamplona, Eunsa, 2005, p. 40.

9 Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. al castellano de J., Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999, p. 173.

10 *Ibidem,* pp. 185-187.

11 *Ibidem,* p. 187.

A la luz de los argumentos anteriores pienso que es posible afirmar que en la misma sintonía tomista, aunque no en forma equivalente, Kant acepta como postulado inicial el reconocimiento de la dignidad de la persona como una instancia ontológica, y en consecuencia objetiva, indisponible. Es la persona y la dignidad de ésta como absoluto, lo que ordena y da fundamento a todo el orden moral y jurídico "En el reino de los fines todo tiene un *precio* o una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad".[12]

La consideración que de la dignidad humana tuvieron los dos momentos de la historia representada en el pensamiento de estos dos autores es muy clara. Para ambas visiones del mundo ésta fue siempre comprendida como algo absoluto, incondicionado, donde el hombre era visto como fin en sí mismo, nunca como medio. La dignidad entonces sería entendida así como un valor absoluto e incondicionado, sagrado, y que nuca admitiría excepciones, sustituciones o gradaciones. Es decir, fue entendida siempre como un indisponible.

2. *La recepción de la dignidad en los documentos internacionales y constitucionales*

A. *Documentos internacionales*

Estas ideas encontraron aceptación en la conciencia de la humanidad, habiendo sido reconocidas en la mayor parte de documentos internacionales protectores de derechos humanos y en las constituciones democráticas de los Estados nacionales. En un artículo titulado *La dignidad humana en la constitución europea*, el profesor Pedro Serna ha mostrado la fuerte influencia que la idea de la dignidad de la persona ha ejercido en los documentos internacionales protectores de derechos humanos, haciendo ver que al menos en más de una veintena de estos textos es posible observar una referencia, en uno u otro sentido, a la dignidad de la persona.[13] En esta parte del trabajo seguimos su exposición.

[12] *Ibidem,* p. 199.

[13] Véase Serna, P., "La dignidad humana en la constitución europea", *en prensa.*

Valgan algunos ejemplos como botones de muestra. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 establece desde el mismo primer considerando "que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".[14] En este considerando es claro que los derechos humanos, la justicia y la paz se encuentran radicados o fundamentados todos en la dignidad de la persona humana.

Más adelante declara, en el número cinco de los mismos considerándoos "los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad y el valor de la persona humana* y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad".[15] Conviene aquí resaltar la relación que propone la *Declaración* entre dignidad de la persona y el "valor" de ésta, estableciéndose la consideración *valiosa* de tal dignidad.

Finalmente, ya en la parte del articulado, el primero de los preceptos establece que "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".[16]

Hasta aquí, la *Declaración Universal* propone, desde mi punto de vista, cuatro conclusiones importantes a propósito de la dignidad de la persona. 1) La dignidad es la base o fundamento de los derechos humanos, de la justicia y la paz social; 2) existe un reconocimiento universal de la existencia de esta dignidad, y hay también una convicción generalizada de que la misma es algo valioso, valioso de suyo, con una valor inmanente al propio hombre quien es su titular o la posee; 3) de la dignidad participan hombres y mujeres por igual; y, 4) la idea de dignidad de la persona se encuentra en estrecha vinculación con la libertad humana.

En la misma línea establecida por la *Declaración Universal*, el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966,* vuelve a reafirmar

[14] Véase Hervada, J. y Zumaquero, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos I,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1992, p. 135. Las cursivas señaladas en estos textos son nuestras.

[15] *Ibidem,* p. 138.

[16] *Ibidem,* p. 140.

en su primer considerando la idea de una dignidad intrínseca e inherente a "todos los miembros de la familia humana".[17] Y en el segundo reconoce que los derechos fundamentales se "desprenden de la dignidad inherente de la persona humana".[18] En términos idénticos se pronunciara el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* también de 1996.[19]

Como en el caso de la *Declaración Universal*, los dos *Pactos* proponen dos cosas importantes: 1) la dignidad de la persona es inherente e intrínseca de todos los seres humanos. Es algo que todos ellos comparten como propio suyo, no determinado o establecido por ninguna otra persona o conjunto de éstas; y, 2) actúa como instancia en la que se encuentran fundamentados los derechos humanos.

Finalmente, el Pacto *de San José de Costa Rica* de 22 de noviembre de 1969 se refiere en varios lugares a la idea de la dignidad de la persona. Así, por ejemplo, aunque expresamente no la menciona en sus *considerandos* señala en éstos que los derechos humanos encuentran su fundamento en "los atributos de la persona humana".[20] Más adelante, al referirse a la integridad personal (artículo 5o.), establece claramente que en el caso de que una persona sea privada de su libertad, ésta deberá ser tratada con el "respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".[21] En su artículo 6o., relativo a la prohibición de la esclavitud y servidumbre señala que "(…) el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluido".[22] Y en su artículo 11 establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".[23] En este caso es claro entonces que la idea de dignidad esta relacionada con el honor y el cuidado de éste.

[17] "*Considerando* que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana* y de sus derechos iguales e inalienables". *Ibidem,* p. 546.

[18] "Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana", *Idem*.

[19] En su primer *considerando* señala "Los Estados partes en el presente Pacto: *Considerando* que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana* y de sus derechos iguales e inalienables". Y más adelante establece "*Reconociendo* que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana". *Idem.,* p. 559.

[20] *Ibidem,* p. 595.

[21] *Ibidem,* p. 597.

[22] *Ibidem*, p. 598.

[23] *Ibidem,* p. 601.

Un último comentario convendría hacer, y es que en el *Convenio de Roma de 1950,* no se encuentra por ninguna parte una referencia expresa a la dignidad humana, como en el resto de los documentos internacionales antes citados. Sin embargo, como Pedro Serna ha hecho ver,[24] la protección de la misma ha sido no por vía de este documento, sino de otros derivados como la *Declaración sobre los derechos del hombre*, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, del 27 de abril de 1978 y otros más. Aunque el reconocimiento de tal dignidad y su respeto haya sido más bien hecho en el ámbito de la jurisprudencia.

B. *Las Constituciones de los Estados democráticos*

a. La Constitución alemana

Referencias análogas encontramos a nivel constitucional. Así, por ejemplo, la constitución alemana en su artículo 1o., inciso 1), señala "La dignidad del ser humano es intangible. Todos los poderes públicos tienen la obligación de respetarla y de protegerla". Y en su inciso 2) establece como consecuencia que "el pueblo alemán reconoce al ser humano sus derechos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo". Hay en consecuencia un reconocimiento expreso, a nivel constitucional de la dignidad humana como intangible. Estando a la vez vinculada a los derechos humanos de toda persona.

Peter Häberle, comentando el tema de la dignidad humana en el constitucionalismo moderno, particularmente el alemán, ha señalado que ésta "no es reducible a una cultura específica".[25] Con esta afirmación el profesor alemán acepta expresamente que la dignidad de la persona es una cualidad universal, y que la consideración de ésta por parte de los ordenamientos superiores ha venido a borrar la dicotomía "Estado y sociedad", reformulándola en la nueva propuesta "ciudadano y Estado".[26] Siendo, sin duda, como lo ha planteado el miso Häberle, una "autopresentación exitosa de una persona constituida en individuo".[27]

[24] Serna, P., "La dignidad humana en la constitución europea", *pro manuscrito.*

[25] Häberle, P., *El Estado constitucional,* tad. al castellano de H. Fix-Fierro, México, UNAM-IIJ, p. 170.

[26] *Ibidem,* p. 171.

[27] *Idem.*

El otro dato importante que destaca Häberle es que la dignidad de la persona ha de ser concebida también en relación al otro. Hay, dice él, "igual dignidad humana del otro".[28] Con esto, el pensador alemán entiende que la dignidad de la persona a más de ser un concepto universal, es empleado con un profundo sentido igualitario.

De los anteriores argumentos son claras algunas de las siguientes consideraciones. En primer lugar, la dignidad humana en la Constitución alemana es intangible, es decir, no puede ser objeto de disposición por nadie. En segundo lugar, la idea de dignidad de la persona se encuentra vinculada a la de derechos humanos, y aunque en el segundo de los incisos no lo dice expresamente, no se cometería ningún error en afirmar que la dignidad de la persona es el fundamento de tales derechos. En tercer lugar, hay un reconocimiento expreso de una autopresentación, es decir, de un conocimiento de sí mismo de ser titular de tan alta cualidad como bien absoluto e intangible. Finalmente, la aceptación expresa del otro como igualmente portador de dignidad y de unos derechos. La guía entonces que dirige la interpretación del texto constitucional alemán y del resto del ordenamiento jurídico es el de la dignidad humana, entendida ésta como intangible, o no disponible, que igual se extiende en su observancia a quien es su titular, pero también hacia los demás.

b. La Constitución española

El artículo 10.1 de la Constitución española señala expresamente "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Como se puede notar a simple vista, el modelo que sirvió de inspiración para la redacción del precepto español (10.1) fue el alemán, con el que guarda cierta analogía, aunque sea sólo parcialmente.

¿Cómo es comprendida la dignidad de la persona en el texto español? La doctrina, no el razonamiento del Tribunal Constitucional, ha establecido como funciones del principio de "dignidad de la persona" en el terreno teórico y más limitadamente en el práctico las siguientes: 1) La dignidad es "el fundamento de los derechos humanos (que no significa que estos deriven de ella, o sean una forma de concreción de ésta), y de todo el or-

[28] *Ibidem*, pp. 171 y 172.

den político".[29] 2) En un segundo momento, la dignidad de la persona tiene como función ser criterio de validez de las normas jurídicas;[30] y, 3) finalmente, se destaca el "papel que juega en orden a la aceptabilidad de posibles interpretaciones de otros preceptos, incluso constitucionales".[31] Sin embargo, la comprensión general de la dignidad de la persona no se agota únicamente en ser ésta el fundamento de los derechos humanos y actuar como criterio de interpretación en la validez y extensión del resto del ordenamiento jurídico, abarca también el espacio práctico, principalmente, aunque no en forma exclusiva, el reflejado en la expresión concreta de los derechos fundamentales cuando son defendidos ante los tribunales.[32]

c. La Constitución mexicana

El texto original de la Constitución mexicana de 1917, no contenía ninguna referencia expresa a la dignidad de la persona. No al menos co-

[29] Serna, P., "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos y Libertades,* año II, núm. 4, Madrid, 1995, p. 298.

[30] *Idem.*

[31] *Idem.*

[32] *Ibidem,* pp. 300-301. Un análisis más puntual de tal razonamiento llevado a efecto por parte del Tribunal Constitucional cuando del principio de dignidad ha tratado en: Serna, P., "Dignidad de la persona. Un estudio jurisprudencial", en *Persona y derecho,* núm. 41, Pamplona, 1999, pp. 139-196. Reconociendo a González Pérez como uno de los autores que más se ha dedicado a explicar el despliegue de la dignidad de la persona como principio, ha señalado que para este autor, "el principio de dignidad cumple la cuádruple función de fundamentar el orden jurídico, orientar la interpretación del mismo, servir como base en la labor integradora en caso de lagunas, y determinar una norma de conducta y, eventualmente, un límite a ciertas formas de ejercicio de los derechos fundamentales. En relación con los derechos, la dignidad de la persona fundamenta a todos ellos, incluidos los llamados derechos sociales, pero es más patente su conexión, a juicio de este autor, con los relativos a la vida, integridad física y moral, libertad personal, honor, intimidad personal y familiar, libertad de expresión, educación, objeción de conciencia y libertad ideológica y religiosa. Pero su capacidad fundamentadora permite extraer consecuencias más allá del ordenamiento estrictamente constitucional, en el plano del derecho civil (familia, derechos de la personalidad, obligaciones y contratos); derecho del trabajo (respeto a la dignidad del trabajador); derecho administrativo (actividad de la administración, situación de los funcionarios, situaciones militares, status de los recluidos en instituciones penitenciarias, de los usuarios de los servicios públicos; situación de escolares y estudiantes, etcétera.); derecho penal (principio de culpabilidad, autodefensa de la dignidad personal, agravamiento de delitos, por lesión directa de la dignidad); e incluso derecho procesal". Serna, P., "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos…, op. cit.,* nota 29, p. 299.

mo se encuentra ahora en el tercer párrafo del artículo 1o. Será 84 años después, el 14 de agosto de 2001, cuando se incluya tal expresión en el texto constitucional tal y como hoy lo tenemos. Señala el tercer párrafo del artículo 1o.:

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

El párrafo anterior y la idea central que éste encierra, es decir, la idea de la dignidad de la persona, ha merecido poca atención por parte de la doctrina mexicana, y ninguna por parte de la jurisprudencia. A veces, nuestros doctrinarios y jueces prefieren insistir en asuntos ya agotados como por ejemplo el amparo, antes que voltear la vista a cuestiones trascendentales para la cultura jurídica del país como el tema de la dignidad de la persona.

En todo caso pienso que la comprensión cabal de la idea de dignidad de la persona resulta ser aún más difícil en el caso mexicano por no contar, como en el alemán y español, con unos criterios claramente establecidos por los que se incluyó en el texto constitucional dicha idea, como son los de fundamentar los derechos humanos, y el de dar validez a todo el sistema jurídico, comenzando por el constitucional. Sin embargo, esto no obsta, en modo alguno, para intentar dar un significado a la expresión dignidad de la persona en el texto constitucional mexicano, reforzado con referencias a los textos positivos de la legislación secundaria.

La ubicación de la expresión dignidad de la persona en la parte dogmática de nuestra constitución, particularmente en su artículo primero, donde le son reconocidas a todas las personas las garantías individuales y los derechos que protege el ordenamiento jurídico mexicano, nos deja ver varias cosas que son importantes para nuestro análisis. La primera de ellas es que haber colocado la dignidad de la persona justamente en esta parte y no en otra, nos muestra que para el constituyente permanente era necesario que tal concepto estuviera en la parte más alta o suprema de nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo con este hecho la importancia de los principios y derechos que allí se encuentran, y que informan al resto de todo el ordenamiento. Si esto no fuera así, no se entendería la referencia constante a la igualdad de las personas, por ejemplo, a recibir

educación, o servicios de salud, etcétera, reflejos prácticos de la igualdad jurídica. O a la libertad, en el caso de la prohibición expresa de la esclavitud, o el reconocimiento a que de manera libre la pareja pueda decidir el número y espaciamiento de sus hijos, etcétera.

En el sentido anterior habrá que decir también que siendo las garantías individuales una de las expresiones decimonónicas de la protección de los derechos humanos, y que en definitiva éstos son el contenido de aquellas, dichos derechos, como tales garantías, son reconocidos para "todo individuo", para "toda persona", asumiendo nuestro texto constitucional, como lo hemos señalado anteriormente, la "igualdad de todos" en la titularidad de tales derechos humanos y en ejercicio de tales garantías.

Ahora bien, ¿por qué somos todos iguales en la titularidad de tales derechos? Desde mi punto de vista, si aceptamos que no lo somos por una concesión de la autoridad política, tendríamos que admitir que lo somos por ser poseedores de un dato indisponible, ontológico, que los sostiene. Dicho antecedente es la dignidad de la persona, que fundamenta y de la cual deriva la obligatoriedad de respeto de esos derechos, no el contenido material de ellos.[33] De modo que hay un cierto paralelismo entre la igualdad jurídica, desplegada en distintos derechos, y el principio de dignidad de la persona humana. Sin duda, se puede afirmar que el igual reconocimiento en la titularidad de los derechos no es sino una consecuencia del principio de dignidad de la persona; uno, dentro de los muchos reflejos prácticos de éste. Si esto es así, entonces cuando decimos que la igualdad informa todo el ordenamiento jurídico, podríamos afirmar lo mismo de la dignidad de la persona. Es decir, es la dignidad de la persona y su concreción externa, la igualdad, el principio que informa el ordenamiento jurídico mexicano.

De lo anterior se puede afirmar, con bases más sólidas, que como en el caso de la Constitución alemana y española, la referencia a la dignidad de la persona que hace el texto mexicano fundamenta los derechos humanos que protege dicho orden jurídico, y, a la vez, otorga validez, no sólo formal, sino también material, a dicho sistema jurídico. Esto es, que el haber incluido la referencia de la dignidad de la persona en la parte más alta de la Constitución federal, así como el reconocimiento de que dicha idea es un principio absoluto e incondicionado no otorgado por na-

[33] Serna, P., "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos..., op., cit.,* nota 29, p. 305.

die, nos obliga a pensarla no en términos puramente formales, sino de fundamento y de validez material de todo el orden jurídico.

Por otra parte, creo que la referencia a la dignidad de la persona en la Constitución mexicana debe además ser la guía orientadora que ha de servir al menos en tres actividades básicas en cualquier Estado de derecho. Orientadora para la producción de las normas, por parte del poder legislativo; también para su posterior interpretación e igualmente para la aplicación de tales normas por parte del Poder Judicial. En mi opinión, sólo así puede ser comprendido a cabalidad el tercer párrafo del artículo 1o. de nuestra Constitución, y no sólo desde una visión formal o puramente funcional de la dignidad de la persona.

Un dato que viene a reforzar lo expuesto anteriormente es, si observamos bien, que el origen étnico, nacionalidad, género, edad, capacidades diferentes, condiciones sociales y de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, etcétera, no son sino reflejos externos de la dignidad humana, manifestaciones en que ésta se muestra, de modo que cuando hablamos de violación o atentado a alguna de estas expresiones, por la cual se nos coloca en una situación de desigualdad o discriminación respecto de otro u otros, en realidad no estamos frente a una violación o trasgresión de la dignidad humana, sino frente a una disminución de las formas en las que suele concretarse tal dignidad en el ámbito jurídico. Las características entonces de la dignidad como absoluto e indisponible no han de sufrir merma alguna.

II. El argumento epistemológico de la dignidad de la persona

El recorrido llevado a efecto hasta aquí nos posibilita a señalar que la dignidad humana se constituye, sin duda, en una cualidad de todo ser humano, de todo aquel "ser" que pertenece a la especie *homo sapiens*. Es, sin duda, una cualidad universalmente compartida por todos los seres humanos. Sin embargo, esta afirmación esta muy lejos de descansar sobre bases pacíficas, máxime si como afirmamos más arriba, dicha dignidad es un dato ontológico que sólo puede ser comprendida desde una filosofía del Absoluto. Por eso se exige necesariamente dar cuenta, aunque sea en forma breve, de una teoría del conocimiento que admita la posibilidad de acceder a un concepto universal de la dignidad de la persona a partir

de los datos que la realidad ofrece. Una de las opciones más fuertes, aunque probablemente no sea la única, es la del "realismo moderado" o "realismo metafísico" desde donde me moveré en esta parte de mi argumentación.

Si es verdad que la dignidad es una cualidad sólo del sujeto humano, entonces este concepto se presenta como un universal, es decir, es un concepto que la mente humana elabora a partir de una experiencia parcial, y que tiene un valor universal, esto es, que se predica sin excepción de todos los entes que abarca, de todos los hombres. Parece claro que ningún ser humano ha sido capaz de conocer a todos los hombres que han existido antes que él, ni los que existen en su tiempo, ni los que existirán después. Sin embargo, de una experiencia sensible, y por tanto sólo parcial, la inteligencia humana puede elaborar el concepto de hombre que va más allá de la pura experiencia que le puede representar un hombre en particular. De modo que tal concepto de hombre como universal traspasa lo puramente sensible y alcanza verdades predicables con certeza de cualquier hombre. Una de estas verdades que se predica con certeza de todo hombre y que traspasa cualquier experiencia sensible es la dignidad inherente de la persona humana.

Ahora bien, ¿es posible hacer compatible el razonamiento anterior con aquella otra corriente que postula la inexistencia de ideas o conceptos abstractos y universales que representan las cualidades o propiedades de los seres y que sólo reivindican términos o palabras, cuyo único sentido consiste en designar unos individuos dados por la experiencia? Parece que no, por eso pienso que el nominalismo, y todas las demás formas en las que suele presentarse contemporáneamente como el escepticismo, empirismo, existencialismo, etcétera, no pueden, dar cuenta exacta de lo que la dignidad de la persona es.[34] ¿Cómo podría hacerlo quien se empeña en comprobar caso por caso la adecuación del individuo a un criterio general construido generalmente por él mismo, como sería el de su propio concepto de dignidad de la persona, reducida generalmente a criterios externos? Esto es un sinsentido, pero más graves son las consecuencias que tal postura acarrea, porque de no ser comprobadas dichas características "tácticamente" en cada uno de los individuos en cuestión, quedarían automáticamente excluidos de dicha "atribución". Dicho más crudamente, ellos no tendrían dignidad.

34 Véase en este punto Verneaux, R., *Epistemología general o crítica del conocimiento*, 10a. ed., Barcelona, Herder, 1999, pp. 44 y ss.

Mi crítica al nominalismo y a sus modernas formas de expresión se extiende también a un cierto tipo de filosofía analítica, o filosofía del leguaje, que rechaza abiertamente cualquier concepción realista u objetivista, y en definitiva impugna la aceptación de conceptos generales y abstractos como son los conceptos universales, por no poder dar cuenta —dicen ellos— del "conocimiento colectivo de dichas "entidades" y mucho menos del uso común de las palabras pertinentes".[35] Para ellos, conceptos como la dignidad de la persona no pueden ser objeto de un análisis riguroso del lenguaje, ya que, entre otras cosas, no han sido compartidas siempre a lo largo de la historia, y también todos podemos darle un significado diferente.[36]

Ahora, para los defensores de la tesis anterior, cuando de derechos humanos se habla, habrá que decir que estos "son los derechos que una sociedad reconoce al individuo, pero contemplados desde el punto de vista del Estado",[37] es decir, son derechos positivos, no naturales. Y que cuando del fundamento de los derechos humanos se trata, habrá que decir que aunque no es un tema que concierna a su naturaleza estrictamente jurídica, también en este sentido "los derechos humanos tienen un carácter histórico, es decir, no son los mismos en todas la épocas ni en todos los lugares".[38] Renunciando expresamente a cualquier fundamento ontológico. Y aceptando únicamente que éste radica en forma exclusiva en los textos positivos.

35 Véase Tomasini Bassols, A., *Pena capital y otros ensayos,* México, Coyoacán, 2002, p. 163. En mi opinión el paralelismo que traza este autor entre "conceptos" y "derechos", no está suficientemente justificado, al menos no para el caso de la posición objetivista. En este punto, aunque desde una posición distinta a la analítica puede verse el interesante trabajo de la profesora Juliana González Valenzuela, el cual, en mi opinión, a pesar de los inteligentes argumentos que emplea para defenderla, no termina por aceptar un concepto fuerte, objetivo de dignidad de la persona. Véase González Valenzuela, J., *Genoma humano y dignidad humana,* Barcelona, Anthropos, 2005, *passim.*

36 Si he interpretado bien la crítica que hace el profesor Tomasini del derecho natural, la basa fundamentalmente en el hecho de ser éste un derecho ahistórico, y en consecuencia "independiente de sus contextos reales", y en establecer proposiciones *a priori* para el caso del derecho, desde donde es posible derivar las soluciones al caso concreto. Mi posición es que esta visión tan tosca del derecho natural ofrecida por Tomasini, no se corresponde con la explicación que ha dado la tradición de corte aristotélico-tomista, y que ha sido recogida por la doctrina del derecho natural contemporánea, encabeza, entre otros, y sólo dentro del mundo anglosajón por John Finnis.

37 *Ibidem,* p. 168.

38 *Idem*.

En mi opinión ambas posturas no nos hacen avanzar en el conocimiento de la dignidad humana pues se quedan sólo en la atribución individual a cada sujeto de un concepto externo al propio hombre, o en el correcto uso del lenguaje, donde expresiones como la de la dignidad de la persona carecen de significado. Si las anteriores propuestas presentan fuertes problemas para aceptar que existe una dignidad humana como cualidad que se predica del sujeto, y que en última instancia remite a un dato ontológico o del ser como fuente de exigencias, entonces la vía más viable, o la que creo aporta mayores elementos para proponer un concepto fuerte de dignidad, es el de corte objetivista,[39] entre otras, la iusnaturalista.[40] Sólo podemos llegar a conclusiones fuertes de premisas fuertes.

III. La dignidad de la persona humana desde una filosofía del Absoluto

Convendría señalar lo que ya Robert Spaemann nos advertía acerca del concepto de la dignidad de la persona. Ésta, como universal, es un concepto trascendente y por tanto de difícil comprensión conceptual, "porque indica una cualidad indefinible y simple" igual que el de la libertad. Sin embargo, esto que para algunos resulta ser su mayor derrota, se convierte, en mi opinión, en su mayor carta de triunfo, pues la dignidad de la persona trasciende cualquier concepto legal o ético. Trascendiendo al ser, trasciende también las categorías que para éste se proponga. Pienso así que es muy difícil concretar en un concepto de ahora y para siempre algo que va más allá de cualquier categorización propiamente humana. Por eso se dice del hombre y de la dignidad que lo identifica que es eminente y trascendente, y que va más allá del propio ser.

Ahora bien, que resulte muy complicado proponer un concepto exacto de la dignidad de la persona, no quiere decir que no podamos acceder a su significación. La dignidad también tiene manifestaciones externas, fenoménicas. Dichas expresiones son lo "visible" de tal dignidad. Y este dato visible de tal dignidad es el modo del comportamiento humano tra-

39 Cuando empleo la palabra objetiva me estoy refiriendo a una regla que es la base de la vida social y que es el fundamento de los derechos humanos, límites de la justicia y que da la legitimidad a las acciones humanas.

40 Véase Serna, P., "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos…, op., cit.,* nota 29, p. 291.

ducido en acciones que han de realizarse en determinadas situaciones, por eso podemos hablar de acciones que son dignas e indignas. Digna es la actuación de la niña y madre de familia que ha sufrido una injusticia, no lo es la de los soldados, que la cometen y de quienes se esperaba un comportamiento que estuviera de acuerdo con su ser. Por eso la dignidad del ser humano está en íntima relación con sus manifestaciones.

En el argumento anterior hemos introducido una idea central en la comprensión cabal de la dignidad de la persona humana. Es la relativa a su "ser" y la de sus manifestaciones, las que, "se llevan a cabo *en* y *a través* de una naturaleza",[41] de su propio ser que lo constituye como persona. ¿Qué es lo que identifica al hombre y lo hace ser persona? ¿Qué es aquello que lo singulariza como tal y lo hace superior al resto de los seres existentes? La respuesta que demos tendrá que hacernos ver que eso que identifica y diferencia al hombre como tal pertenece a algo que sólo es propio del ser humano, y esto que es propio y único del hombre, por lo que es persona, es su "naturaleza". Este es otro elemento indispensable para referirse al de la dignidad de la persona, por más que haya que aceptar que su empleo puede resultar paradójico. Sin embargo, es una idea que aunque peligrosa es indispensable.

¿Qué tipo de naturaleza es la que hace al hombre persona? Desde luego no puede ser aquella que se identifica con la *res extensa* cartesiana separada de la *res cogitans.* Esta visión es una "visión *naturalista* de la naturaleza, caracterizada por la reducción de lo natural a lo externo, a lo empírico, apariencial, privándola de relevancia ética".[42] La naturaleza humana que aceptamos es una naturaleza tendencial o teleológica, radicada en el reino de los fines. Una naturaleza que presenta un "carácter normativo, pero no por lo que ya es, sino por lo que aspira a ser, por el fin ínsito en ella, por la perfección a la que esta llamada".[43] No es solamente la naturaleza orgánica o sensitiva de la que hablaba Tomás de Aquino, sino sobre todo la racional del hombre lo que establece su singularidad y trascendencia respecto de otros seres. A través de esta naturaleza teleológica el hombre no sólo es superior a los otros seres, sino que posee una perfección en el ser, una eminencia o excelencia ontológi-

[41] González, A. M., *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann,* Pamplona, Eunsa, 1996, p. 50.

[42] Serna, P., "Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un isnuaturalismo posible", *Persona y Derecho,* vol. 20, Pamplona, 1989, p. 177.

[43] *Ibidem,* p. 181.

ca absoluta. Sólo por esta razón podemos calificar al hombre como persona y reconocerle entonces dignidad. Robert Spaemann ha insistido muchas veces en ver al hombre como un ser poseedor de una naturaleza, si no queremos que el concepto de dignidad sea visto como un concepto formal, sin contenido.[44] De este modo, la naturaleza humana es la esencia como principio de operación.

Con los anteriores argumentos rechazamos las dos principales objeciones que suelen esgrimirse contra mi postura: la de incurrir en la falacia naturalista y la de atacar la naturaleza humana como formal, *a priori*. La primera ya la hemos dicho, se trata de una naturaleza humana tendencial o teleológica, no es de ningún modo sólo apariencial o fáctica. De la segunda, dichas inclinaciones tienen como objeto ciertos bienes que son el contenido de las mismas.[45]

Por tratarse de una perfección en el ser, la dignidad no se refiere a cualidades o condiciones individuales, sino a la naturaleza humana. La dignidad hay que predicarla de la naturaleza humana, y sólo de aquel ser que posee una naturaleza humana se puede predicar que es un ser digno. Por eso se pueden aceptar afirmaciones como la de "dignidad inherente a la persona humana", "pues inherente significa, algo que es inseparable por naturaleza. Resulta obvio que la dignidad por naturaleza es inherente —se tiene por naturaleza— a la persona humana".[46]

¿Tiene alguna consecuencia práctica asumir las afirmaciones anteriores? Por supuesto que si. Se destacan tres como las más importantes: 1) todos los seres humanos tienen igual dignidad pues la naturaleza es igual en todos ellos; 2) todo hombre tiene igual dignidad desde que comienza a existir hasta que deja de existir; 3) no hay gradación de dignidad ni pérdida de ésta por accidentes o condiciones externas del hombre, es decir, ni origen étnico o nacionalidad, ni género, ni edad, ni las capacidades diferentes, ni la condición social, ni las condiciones de salud, ni la religión, ni las opiniones, ni las preferencias, ni el estado civil, disminu-

[44] Véase González, A. M., *Naturaleza y dignidad. Un estudio…, op. cit.,* nota 41, p. 52.

[45] Una explicación más detallada, tanto de una naturaleza tendencial como del bien contenido de las tendencias naturales en Saldaña, J., "Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho", en *Revista del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP),* núm. 105, México, 2002, pp. 3-18.

[46] Hervada, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *Escritos de derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, p. 670.

yen o aumentan la dignidad inherente a la persona humana.[47] Tal y como lo establece el tercer párrafo del artículo 1o. de nuestra Constitución.

Si intentara hacer un breve balance de lo que llevo dicho en esta parte tendría que decir que la dignidad del hombre se fundamenta en la condición personal del mismo, y ésta a su vez, en su naturaleza humana. Pero si se me exige ir más allá y se me preguntase ¿dónde se encuentra el fundamento de la naturaleza humana?, una naturaleza humana que hemos recibido, o lo que es lo mismo que nos ha sido dada, habrá que decir lo siguiente. Si reconocemos que los derechos humanos son la expresión de la dignidad de la persona, y estos derechos son absolutos e incondicionados, es decir, no son relativos o disponibles, o sea "suponen un valor absoluto, no sometido a condición",[48] entonces en última instancia la dignidad inherente a la persona humana y su naturaleza descansa en algo más allá de ella misma considerada. Es en un Absoluto (con mayúscula) donde podemos encontrar el fundamento de tal naturaleza. "Sólo en la relación del hombre con el Absoluto puede fundamentarse una dignidad absoluta".[49] Recordemos aquella regla lógica que establece que no se pueden proponer conclusiones fuertes a partir de premisas débiles, sólo se puede llegar a dichas conclusiones a partir de premisas igual de fuertes. La dignidad de la persona es absoluta sólo si ésta puede estar radicada en el Absoluto.

La explicación que he tratado de desarrollar hasta aquí quedaría incompleta sin una referencia, aunque sea breve, a dos conceptos importantes que sin duda suelen vincularse al de dignidad de la persona: por una parte, la "autonomía de la voluntad", y, por la otra, el de la "libertad humana".

1. *Autonomía de la voluntad*

Kant, en la *Fundamentación a la metafísica de las costumbres* afirma taxativamente que "la autonomía es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional".[50] Más adelante precisa esta idea al señalar que "La autonomía de la voluntad es la

47 *Ibidem*, p. 671.

48 Serna, P., "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", *El derecho a la vida,* Pamplona, Eunsa, 1998, p. 64.

49 *Ibidem,* p. 65.

50 Kant, E., *Fundamentación de la metafísica de las…, op., cit.,* nota 9, p. 203.

constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para sí misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de la autonomía es, así pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal".[51]

Este argumento suele ser empleado para reconocer que es la autonomía de la voluntad humana lo que realmente caracteriza a un hombre como ser autónomo y por tanto digno. De modo que es digna aquella persona a quien se le respeta en forma incondicionada los dictados de su voluntad, convirtiéndose ésta en su propia ley personal. Es al final de cuentas la autonomía de la voluntad, y ésta en sí misma considerada, la máxima del obrar. Estableciéndose de este modo una voluntad absoluta e incondicionada. Esto es verdad, según lo acabamos de ver en Kant, pero no lo es menos que la elección que haga la voluntad, cualquiera que ésta sea, está comprendida a la vez en el mismo querer como ley universal, esto es, tiene que ser el mismo querer para cualquier persona, si aspiramos a que nuestro comportamiento sea elevado a ley universal.

Es claro entonces que el respeto a la elección del querer de una persona sólo puede ser reconocido y aceptado como tal en la medida en que sea parte de una ley universal, es decir, que todos quieran lo mismo. De otro modo, no se entendería el principio que anunciamos más arriba, es decir, no se vería cómo elevar nuestro comportamiento a regla universal.[52] De modo que la pretendida absolutización de la autonomía de la voluntad se relativiza bastante, pues mi comportamiento no puede ser tan autónomo que excluya la consideración del otro o de los otros. Si aceptáramos sin reparos dicha absolutización de la voluntad, y ésta no tiene más fines que los que yo mismo me impongo, entonces ¿cuál es el límite de mi actuación moral en la relación con los demás? O ¿cuál sería el criterio que orientase mi comportamiento en sociedad si pretendo a la vez que tal comportamiento sea considerado como ley universal? Si son coherentes quienes defienden la tesis de la absolutización de la autonomía, tendrían que decir que no hay ningún límite, porque la autonomía de la voluntad es absoluta. ¿Sería esto posible?

Eduardo García Máynez ha explicado muy bien este punto al establecer que:

[51] *Ibidem,* p. 211.

[52] Véase García Máynez, E., *Filosofía del derecho,* 13a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 61 y ss.

> Pero si el imperativo exige de nosotros que la máxima de la acción pueda ser elevada, por nuestra voluntad, a la categoría de ley de universal observancia, el principio de la autonomía resulta considerablemente restringido, ya que sólo será posible escoger aquellas máximas que valgan *objetivamente* para todo ser racional. Ello significa que la universalidad de las normas éticas no deriva de la voluntad del obligado, sino que se impone a este, independientemente de lo que en cada caso concreto pueda querer.[53]

Por otra parte, cuando se afirma que la autonomía de la voluntad se refleja en el "querer" personal e individual del sujeto, intentando con esto darle un contenido a esa voluntad y al principio de la autonomía, en realidad no se está afirmando nada porque cualquier querer personal, el que sea, no es en definitiva ningún querer, es decir, es pura forma, y el principio sigue estando sin contenido. Por eso se hace necesario, como lo hemos hecho más arriba, un concepto fuerte para que le dé orientación a nuestro comportamiento como es el concepto de naturaleza humana, que me parece expone Kant.[54]

La otra consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, o mejor dicho, de su absolutización, es tan grave como las dos anteriores. Si sólo es digno quien goza, o a quien se le reconoce autonomía, entonces, como lo ha dicho Serna, "queda en una posición semejante a la del universo natural...",[55] del que, como cualquier objeto se puede disponer. Esto contradice a todas luces la idea de derechos humanos, como limites a la injusticia, la que puede disponer de ellos. ¿Qué pasaría entonces con aquellos seres que no gozan, o a quienes no se les reconoce tal autonomía? Si son consecuentes quienes defienden la absolutización de la autonomía tendrían que aceptar que los embriones que no tienen autonomía, los que se encuentran en estado de coma, tampoco la tienen, los ancianos que ya no gozan de una plena autonomía, y los enfermos mentales, no son dignos y por tanto no hay ninguna afectación a sus derechos si se les priva de la vida, o se dispone de ellos en cualquier otra forma. No cabría incluso decir que hay una violación a su dignidad, porque no gozan de ella. Con justificada razón se ha escrito que "no hay acto más fuerte de disposición sobre un ser humano que establecer si lo es o no".[56]

53 *Ibidem,* p. 62.

54 Véase Serna, P., "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", *El derecho…, op. cit.,* nota 48, pp. 42 y ss.

55 *Ibidem*, p. 44.

56 *Idem*.

2. *Una referencia última a la libertad humana*

Críticas análogas pueden ser formuladas a la libertad reconocida como condición de posibilidad de la autonomía. Esta otra absolutización de la libertad está ya contaminada del mismo cáncer que afecta a la autonomía. La maximización de la idea de libertad sin fines ofrece en consecuencia una libertad sin límites, o sólo aquellos autoimpuestos desde la propia voluntad, los nacidos de la propia decisión personal, que terminan generalmente siendo los del egoísmo humano del sujeto en cuestión, los de su radical y absoluto individualismo. Por eso también aquí se hace necesario un referente fuerte como es el de la naturaleza humana finalista, tendencial o teleológica, la cual propone un concepto de verdad, que aunque práctica sobre lo bueno y malo de la acción humana, no deja de ser verdadero y sobre todo útil como criterio de orientación de mi comportamiento moral, no personal, sino compartido, por tener una misma naturaleza todos los hombres.[57] Una libertad sin un referente ontológico fuerte termina por justificar cualquier acto como bueno o malo. Todo depende del sujeto que lo formule. Aquí no hay libertad sino capricho y arbitrariedad, nada más alejado de la idea de moral, es decir, de la consideración de lo bueno y de lo malo, e igualmente distante del derecho, como criterio de lo justo o de lo injusto en una sociedad.[58]

En este punto coincido con la afirmación que dice que una voluntad "que no reconoce naturaleza alguna carece por ello de orientación y, en consecuencia, se curva sobre sí misma. Tiene por objeto su propia afirmación, es decir, la nada. La existencia sin esencia postula una libertad que, en palabras del personaje de Sartre, se asemeja un poco a la muerte. Es la amarga experiencia del existencialismo. En efecto, si no hay naturaleza, cualquier uso de la libertad será correcto; no será necesario —aunque tampoco tal vez fuese posible— orientar la libertad en ningún sentido; pero el sujeto tampoco será capaz de reconocerse en ninguna de sus elecciones libres, pues ninguna le podrá perfeccionar. La elección, y el entero proceso de autorrealización humana, se llevarán a cabo entonces en virtud del absurdo, o de una voluntad artística, dominadora, de auto-construcción arbitraria".[59]

[57] *Ibidem*, pp. 42 y ss.
[58] *Ibidem*, pp. 47 y ss.
[59] *Ibidem,* p. 49.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

No quisiera terminar mi participación en este diplomado sin antes afirmar que el posicionamiento objetivo de la dignidad que he tratado de defender aquí comienza con el reconocimiento del otro como yo. De modo que el dolor del otro, el sufrimiento del que no tiene poder ni palabra provocado por el ultraje a cualquier expresión de su dignidad es también mi dolor, un dolor constitutivo de mi objetividad humana. No pensemos que esta afirmación es un sinsentido, la propia historia nos ha demostrado en tiempos recientes que el olvido de la dignidad de la persona acarrea desastrosas consecuencias: la Alemania nazi, las guerras en la antigua Yugoslavia, los millones de muertos en el África subsajariana, las violaciones a los derechos humanos que en América Latina se registran, y los miles de muertos provocados por el terrorismo y el intervencionismo, nos evidencian con especial claridad que la violación a la dignidad de la persona no es algo excepcional, y que no debemos acostumbrarnos a ver esto como "normal", porque Auschwitz fue igualmente considerado como "normal".

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

AQUÍNO, Tomás de, *Summa Theologiae, I-I, q. 93, a. 4. c.*

KANT, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* trad. al castellano de J., Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999.

BOBBIO, N., "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", *Il problema della guerra e le vie della pace,* Bologna, Il Mulino, 1979.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del derecho,* 13a. ed., México, Porrúa, 2002.

GONZÁLEZ VALENZUELA, J., *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005.

GONZÁLEZ, A. M., *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann,* Pamplona, Eunsa, 1996.

HÄBERLE, P., *El Estado constitucional,* trad. al castellano, Fix-Fierro, Héctor, UNAM-IIJ, México, 2001.

HERVADA, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *Escritos de derecho natural,* 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993.

——— y ZUMAQUERO, J., M., *Textos internacionales de derechos humanos I,* 2a., Pamplona, Eunsa, 1992.

REALE, G., y ANTESERI, D., *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, Brescia, La Scuola, 1983, t. II.

REINHARDT, E., *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes,* Pamplona, Eunsa, 2005.

SALDAÑA, J., "Derechos humanos y naturaleza humana. La naturaleza humana como instancia normativa en el derecho", *Revista del Instituto Nacional de Administración Pública* (INAP), núm. 105, México, 2002.

SERNA, P., "Dignidad de la persona. Un estudio jurisprudencial", en *Persona y Derecho*, núm. 41*,* Pamplona, 1999.

———, "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos y Libertades*, año II, núm. 4, Madrid, 1995.

———, "La dignidad humana en la constitución europea", *en prensa.*

———, "Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un isnuaturalismo posible", *Persona y Derecho*, vol. 20, Pamplona, 1989.

———, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos,* Pamplona, Eunsa, 1990.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución,* 4a. ed, Madrid, Tecnos, 1991.

SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", en AA.VV., *El derecho a la vida,* Pamplona, Eunsa, 1998.

TOMASINI BASSOLS, A., *Pena capital y otros ensayos,* México, Coyoacán, 2002.

VÁLGOMA, M., de la y MARINA, J. A., *La lucha por la dignidad. Teoría de la felicidad política,* Barcelona, Anagrama, 2000.

VERNEAUX, R., *Epistemología general o crítica del conocimiento*, 10a. ed., Barcelona, Herder, 1999.

DISCRIMINACIÓN Y PLURALISMO

León OLIVÉ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pluralismo*. III. *La naturalización de la racionalidad*. IV. *El derecho a la diferencia*. V. *Derechos colectivos y derechos de grupo*. VI. *La tolerancia horizontal*. VII. *La justicia social*. VIII. *Justicia social y tolerancia*. IX. *Intolerancia y tolerancia insensata*. X. *Conclusión,* XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XX vivió una constante escalada de la violencia y una acumulación de atrocidades que continúan su tendencia creciente en el todavía joven siglo XXI. Entre las principales fuentes de esa violencia se encuentran los ejercicios de poder y las ambiciones de control y de dominación de unas naciones y de unos pueblos sobre otros, así como de la apropiación y explotación de recursos que no les pertenecen legítimamente. Pero también han jugado un papel importante las diferencias en la cultura, en la religión, en las formas de vida y de concebir el mundo, pues en muchas situaciones no se ha sabido, o no se ha querido, convivir con quienes son diferentes.

Las tensiones y los conflictos se han acendrado con la llamada globalización, la cual ha sido posible en virtud de desarrollos tecnológicos como los satélites y las redes telemáticas que han permitido el instantáneo flujo de información y de capitales por el planeta, así como las comunicaciones físicas que han facilitado el intercambio de mercancías y la interdependencia de las economías y las culturas de prácticamente todo el globo terráqueo.

La transformación en las formas de producción de conocimiento y el surgimiento de nuevos sistemas científico-tecnológicos en la segunda

mitad del siglo XX produjeron profundas transformaciones en las relaciones sociales, económicas, culturales y políticas. Por una parte hubo un incremento inusitado del fenómeno migratorio, que ha forzado interacciones entre grupos con culturas y formas de vida diferentes con una intensidad jamás vista antes. Por la otra, aparecieron formas más complejas mediante las cuales los países poderosos se apoderan de los recursos de los países débiles, por ejemplo, la apropiación privada de saberes tradicionales y de recursos genéticos de los ecosistemas de estos países.

Todo esto ha producido niveles de exclusión y discriminación sin precedente, pero también nuevas formas de excluir y discriminar. En los países del primer mundo cada vez hay más gente desplazada del sistema económico —que no son sólo los inmigrantes—, y en el mundo entero hay cada vez más grupos sociales, y pueblos enteros, que quedan excluidos de los beneficios de los nuevos sistemas tecnocientíficos. Pero, todavía peor, quedan excluidos de la posibilidad misma de generar nuevo conocimiento.

Las relaciones asimétricas, la exclusión y la discriminación son palpables en las relaciones internacionales y muy especialmente en las interculturales, y afectan sensiblemente a los países del tercer mundo, exacerbándose particularmente cuando se trata de pueblos originarios, como los pueblos indígenas de México y de América Latina.

En cambio, todos los excluidos del conocimiento y de sus beneficios comparten con el resto de los habitantes del planeta la carga de los riesgos y los daños. Esta es otra de las nuevas asimetrías a las que hemos asistido con la globalización: beneficios para una minoría en el primer mundo, pero un primer mundo que ya no está sólo en el norte, sino que lo mismo está en América Latina que en la India o en China e Indonesia. Enormes ganancias económicas para un pequeño grupo de empresas, generalmente trasnacionales, y exclusión de los beneficios y mayor carga de los daños para la enorme mayoría de los seres humanos.

Ante ese panorama, una pregunta que ineludiblemente debemos enfrentar, simplemente como ciudadanos, pero más aún como humanistas y como científicos sociales, es si no hay otra opción más que esperar el triunfo de los más poderosos, y ver cómo se conforman y cambian las relaciones de poder y de dominación, cómo se pasa cada vez a un nuevo *status quo* y en el mejor de los casos a un nuevo *modus vivendi* —es decir, a un acuerdo de convivencia entre diferentes países y pueblos del planeta dependiente únicamente de la correlación de fuerzas del momen-

to—, o si nos queda algo por hacer y podemos todavía aspirar a formas de convivencia entre los pueblos y entre las naciones, que sean racionales, armoniosas y cooperativas.

El problema desde luego es eminentemente político, ¿pero significa eso que las humanidades y las ciencias sociales no tienen ningún papel que desempeñar para encontrar vías posibles para enfrentarlo? ¿Los humanistas y científicos sociales, *qua* académicos, no tienen nada que hacer al respecto?

La respuesta tajante es que las humanidades y las ciencias sociales son imprescindibles, primero, para conocer a fondo y comprender estos fenómenos. Pero además, las acciones que se emprendan deben tener un horizonte hacia el cual mirar, y esa orientación debe provenir de modelos de una organización social posible, donde se satisfagan ciertos valores y se respeten determinadas normas de convivencia, que toca a las humanidades proponer, elucidar y fundamentar. Tales modelos deben proponer una normatividad jurídica que vele porque no se realicen prácticas discriminatorias y, en su caso, porque sean sancionadas por las autoridades competentes. Pero sobre todo, deben ofrecer las bases éticas para dicha normatividad.

Para contribuir a la construcción de ese modelo, en lo que sigue explicaremos, en primer lugar, por qué a partir de la pluralidad de formas de vida, de concepciones del mundo, de morales, de preferencias incluso sexuales, el sustento para una convivencia armoniosa entre grupos diferentes es el de la construcción de instituciones y de una legislación que promueva la cooperación entre grupos humanos diferentes. Para ello justificaremos el derecho a la diferencia y sostendremos la indispensabilidad de un ejercicio generalizado de la tolerancia que llamaremos "horizontal". Pero el ejercicio de ésta debe ir de la mano del establecimiento de las condiciones que garanticen una justicia social.

II. El pluralismo

Para llevar adelante proyectos comunes entre grupos diferentes, por ejemplo un auténtico proyecto de nación en México, o proyectos de cooperación internacional, donde convivan pueblos y grupos con distintas prácticas, morales y culturas, reconociendo las diferencias, es necesario enfrentar dos posiciones extremas sobre las normas, los valores y los cri-

terios de decisión en el ámbito de las creencias y el conocimiento así como en de la ética: el absolutismo y el relativismo. Deben superarse ambas concepciones porque hacen planteamientos extremos que subyacen a muchos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales que en la práctica traban el reconocimiento de la diversidad, obstaculizan la posibilidad del ejercicio de los derechos de los distintos pueblos y grupos con diferentes prácticas y costumbres, y desalientan la cooperación y realización de proyectos comunes entre quienes son diferentes.

La posición *absolutista* sostiene que sólo puede haber "un único pensamiento correcto", una única manera correcta de entender el mundo, por consiguiente un único conjunto correcto de criterios de evaluación epistémica (criterios para evaluar las pretensiones de conocimiento), y un único conjunto correcto de criterios de evaluación moral. Esta tendencia se desprende de las ideas dominantes sobre la racionalidad en el pensamiento moderno, las cuales cobraron un gran auge hacia finales del siglo XX. Bajo la tesis de que existen normas éticas y valores absolutos, esta posición suele respaldar la imposición de creencias, de normas y de valores de un grupo social, que suele ser el dominante en alguna época, como si fueran auténticamente universales, por lo cual se presta para justificar relaciones de dominación e intervenciones imperialistas, razón por la cual es muy importante criticarla y superarla.

Por su parte, el *relativismo extremo*, sin límites, afirma que no existen criterios que permitan hacer una evaluación racional comparativa entre diferentes pretensiones de saber o entre diferentes conjuntos de valores y normas morales. Para el relativismo cualquier punto de vista es tan bueno como cualquier otro, y por tanto sostiene que nunca es posible realizar críticas racionales a otras concepciones en cuestiones del conocimiento, o sobre problemas éticos y políticos, y en general sobre normas y sobre valores. Esta posición desalienta la interacción y la cooperación entre grupos humanos diferentes, por lo que también es crucial criticarla.

La concepción alternativa a estas dos es una posición *pluralista* en ética y en epistemología. La concepción pluralista promueve una idea de la ética como el conjunto mínimo de normas y de valores para la convivencia armoniosa entre diferentes personas y grupos sociales, aceptados de común acuerdo aunque sus morales sean distintas, o sea, aunque sus normas y valores específicos para juzgar la corrección de una acción desde un punto de vista moral sean muy diferentes. Lo importante es que cada grupo acepte la norma en cuestión por razones que consideran válidas,

aunque tales no sean razones aceptables para otros grupos, quienes a su vez deberían aceptar la norma, en su caso, por otras razones válidas para ellos. En el terreno de las creencias y del conocimiento, la concepción pluralista reconoce que hay muchas formas posibles de conocer y de interactuar con el mundo. No existe sólo una forma que sea la correcta. Distintas maneras de conocer el mundo pueden ser correctas, pero tampoco es el caso que se valga todo.

En la base de la discusión entre las tres posiciones se encuentra una cierta concepción sobre la racionalidad humana, por lo que para comprender la fundamentación de la posición pluralista, y para ver el debate de fondo, es necesario discutir aunque sea someramente las concepciones sobre la racionalidad humana.

III. La naturalización de la racionalidad

Uno de los mejores caminos para entender la naturaleza plural de la racionalidad se basa en una idea que ganó terreno en las postrimerías del siglo XX sobre el problema de la aceptación de las reglas de inferencia para evaluar y para aceptar o rechazar creencias, así como las reglas para seleccionar métodos de investigación acerca del mundo, en particular el social.

La tesis sostiene que es equivocado suponer que la racionalidad es un método disponible para los seres humanos gracias a una capacidad que los distingue y los separa radicalmente de los demás especies biológicas. Por el contrario, esta concepción alega que la razón es una capacidad múltiple y compleja, compuesta por varias otras capacidades básicas, algunas de las cuales los seres humanos comparten con otras especies animales.

Los miembros de las especies biológicas con un sistema nervioso central desarrollan estrategias para realizar elecciones y seleccionar conductas y patrones de acciones. En el caso de las especies que sobreviven por un periodo de tiempo, muchas de esas estrategias resultan adaptativas. Podemos concebir a la razón humana como una extensión de las capacidades que permiten desarrollar esas estrategias de elección. Esta es la idea central de la *naturalización de la racionalidad*. Pero desde luego, reconocer esa base naturalista no impide aceptar que en el caso de nuestra especie, las capacidades que han tenido un desarrollo evolutivo en el

sentido biológico, después se han fortalecido por un proceso de crecimiento socio-cultural.

Si se entiende a la razón como *capacidad*, entonces puede comprenderse que los seres humanos la ejercen en contextos muy diferentes, donde la información puede ser muy distinta, lo mismo que los recursos conceptuales, valorativos y técnicos. Si entendemos a la racionalidad como el ejercicio de la razón, una gran variedad de creencias y de acciones de distinto tipo pueden calificar como genuinamente racionales, según su contexto y de acuerdo con los principios específicos, las circunstancias, los recursos, la información disponible, los valores y los fines de los agentes. Creencias y acciones distintas pueden ser racionales en diferentes situaciones y contextos, sin que exista ningún patrón de medida común para evaluar su racionalidad desde un punto de vista absoluto, "el punto de vista del ojo de Dios".

Esto explica que existan muy diversas formas de elegir creencias y cursos de acción, así como de juzgar acciones desde un punto de vista moral, cada una de ellas *legítima* en virtud de principios específicos, no absolutos, y que permiten la elección de cursos de acción que resultan adaptativos, así como la satisfacción de determinadas necesidades para distintas comunidades humanas (por ejemplo, alimentación y abrigo, a niveles por lo menos mínimos). La *legitimidad* de todas esas formas distintas de realizar elecciones depende de grupos específicos de criterios que forman parte de paquetes que se han llamado "marcos conceptuales", "esquemas conceptuales", "paradigmas", "figuras del mundo", "tradiciones", etcétera. Es decir, esta interpretación permite entender el pluralismo epistemológico y el pluralismo ético, o sea la existencia de grupos de principios diferentes, pero adecuados para guiar la toma de decisiones sobre creencias y formas de actuar que permiten una interacción exitosa con el mundo, siempre en circunstancias específicas.

La idea central, pues, es que podemos hablar de una *racionalidad plural*. Esto quiere decir que de hecho existen (simultáneamente) y han existido (históricamente) distintos *sistemas conceptuales* y *sistemas de prácticas* mediante los cuales diversos grupos de seres humanos obtienen conocimiento acerca del mundo y los aplican en sus interacciones con él, y por medio de las cuales lo transforman. Los criterios para decidir la aceptación de creencias, o la corrección de una norma de conducta, son internos a esos sistemas conceptuales. Y si bien es posible que los mismos criterios aparezcan en sistemas distintos, lo que no existe —de

acuerdo con esta posición pluralista—es un único conjunto universal y absoluto de criterios para la elección de creencias y de normas. Es decir, no hay criterios de racionalidad absolutos.

Sin embargo, el rechazo de estándares de racionalidad comunes a todos los miembros de la especie no implica el rechazo de la posibilidad de acuerdos racionales y de convivencia armoniosa y constructiva entre miembros de diferentes grupos con distintos recursos conceptuales y con diferentes estándares morales, con diferentes culturas por ejemplo. La convivencia armoniosa y constructiva puede establecerse y desarrollarse sobre la base de un acuerdo sobre un conjunto mínimo de normas y de valores que serán respetados en común. No se requiere que las diferentes partes estén de acuerdo en todo lo que es importante para cada una de ellas, sino tan sólo en el conjunto mínimo de normas y valores comunes. Un acuerdo racional no es uno que califique como tal por referencia a valores o estándares absolutos, sino porque está basado en *razones* que son tales, razones, desde cada uno de los puntos de vista involucrados.

Esta idea va de la mano de un giro en la concepción del agente racional, tal y como varios autores lo han defendido en décadas recientes. Un agente se comporta racionalmente, no por buscar la maximización de sus intereses, sino la *satisfacción* de los mismos dentro de un determinado rango de valores.[1]

Igualmente, un acuerdo racional no será uno en donde una de las partes obtenga todo y otros agentes nada, sino uno en donde las diferentes partes obtengan *satisfactoriamente* ciertos fines, o *satisfagan* la realización de ciertos valores dentro de rango de variación aceptable para cada una. Al interactuar miembros de comunidades diferentes, con distintos estándares de racionalidad, no hay ninguna garantía de llegar a acuerdos racionales siempre. Pero esta concepción deja abierta la posibilidad de que el acuerdo racional siempre *sea posible*.

La concepción naturalista de la racionalidad permite reconocer la pluralidad de formas de conocer la realidad, y al mismo tiempo darnos cuenta de que existen constreñimientos que esa realidad impone a todo

[1] Véase Rubinstein, A., *Modeling Bounded Rationality*, Cambridge, MIT Press, 1998; Sen A., "Rationality and uncertainty", *Theory and Decision* 18, 1985; Álvarez, F., "Capacidades potenciales y valores en la tecnología: elementos para una axionomía de la tecnología", en López Cerezo, J. A. y Sánchez Ron, J. M., *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura*, Madrid, Biblioteca Nueva-OEI, 2001; y Echeverría J., "Tecnociencia y sistemas de valores", en el mismo libro.

tipo de animales. Por eso, este es el camino adecuado para completar la nueva revolución copernicana: vernos como un eslabón más en la cadena evolutiva, donde nuestras formas de racionalidad, nuestras maneras de conocer el mundo, y de actuar en él, como nuestros genes, apenas se distinguen un poco del de otras muchas criaturas de la naturaleza.

IV. El derecho a la diferencia

Una vez reconocido el hecho de que los seres humanos son diferentes, incluso en la forma de lo que consideran racional, es importante justificar "el derecho a la diferencia" desde un punto de vista ético, que a la vez pueda fundamentar normas jurídicas que prohíban la discriminación y establezcan sanciones cuando se practica.

El "derecho a la diferencia" es el derecho de los individuos a ser reconocidos como miembros de cierto grupo social y a gozar de determinados beneficios en virtud de ello. La identidad de los individuos que pertenecen a ese grupo se afirma sobre la base de las diferencias que los caracteriza como miembros del grupo, y los distinguen de otros ciudadanos.[2]

El argumento más usual para justificar el derecho a la diferencia se basa en el doble papel que desempeña el grupo social con respecto al cual se identifican los individuos que reclaman el derecho a ser diferentes. El grupo, sus prácticas, normas, valores y concepciones del mundo son, por una parte, constitutivas de la *identidad* personal de los individuos, y por la otra son una condición de posibilidad para el ejercicio de la *autonomía* y la *autenticidad* de sus miembros. Desde luego, entonces, no cualquier grupo califica para justificar el derecho a la diferencia. No es lo mismo desde un punto de vista ético tener ciertos derechos por pertenecer a un determinado pueblo, que por ser partidario de un cierto equipo de futbol.

En efecto, el papel constitutivo de la identidad personal es particularmente notable en el caso de los pueblos, pero es aplicable a muchos grupos humanos que se identifican por medio de determinadas prácticas, costumbres, normas y valores, por ejemplo grupos de homosexuales, de enfermos de cierto tipo que son víctimas de discriminación (como el caso del sida), miembros de ciertas etnias o razas, etcétera.

[2] Véase Salmerón, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós-UNAM, 1998.

Fernando Salmerón presentó este argumento de manera muy clara. Las personas son parcialmente construcciones sociales:

> Mi propia identidad como persona... viene a ser el resultado parcial de una negociación con los demás miembros de la comunidades en que participo, y de la manera en que me apropio de sus ideales y creencias, de sus normas y gustos. Hasta el punto que bien pueda ser que la realización misma de un ideal de perfección y de vida buena se haga posible y se acreciente en esa participación y dentro de esa comunidad. Y que el desarrollo de mi identidad dependa del reconocimiento de los otros y gane su lugar en el intercambio con ellos.[3]

Esta idea puede aplicarse a individuos y a comunidades y tiene consecuencias mayores desde un punto de vista moral "Porque lo mismo en las personas que en los grupos, un reconocimiento humillante o simplemente inferior puede contribuir a deformar la imagen que una persona o una colectividad tienen de sí mismas".[4] Salmerón sugiere, pues, que en función de la pertenencia del individuo a un grupo, y de los derechos de los individuos, puede surgir un derecho colectivo, el derecho a ser diferente en tanto que miembro de ese grupo, y a disfrutar de ciertos beneficios por esa razón.

Además de los derechos colectivos, conviene introducir el concepto de "derecho de grupo", pues se trata de derechos distintos a los que pueden disfrutar los individuos, y en muchas ocasiones son pertinentes para evitar situaciones de discriminación (contra personas o contra grupos humanos).

V. Derechos colectivos y derechos de grupo

Los *derechos colectivos* son derechos que los individuos disfrutan en virtud de su pertenencia a un grupo, por ejemplo grupos étnicos, culturas o sindicatos. Los derechos de grupo no son derechos que se atribuyan a los individuos, sino al grupo. Un ejemplo de un derecho colectivo es el derecho de un trabajador a disfrutar de las garantías establecidas en el contrato colectivo firmado entre su sindicato y su empresa, en tanto que miembro del sindicato. Mi derecho como ciudadano mexicano a votar

3 *Ibidem*, p. 53.
4 *Ibidem*, p. 54.

por autoridades políticas en mi país, es otro ejemplo de un derecho colectivo. En cambio, el derecho del sindicato a la titularidad del contrato colectivo y a negociar las condiciones de trabajo de sus miembros es un derecho del grupo. El derecho a la autonomía que se reconoce en algunos países a ciertas universidades, o a ciertos pueblos, es un derecho del grupo.

Puede pensarse que los derechos de grupo son simplemente derechos jurídicos de algunas instituciones (sindicatos, clubes, universidades, regiones 'políticas'). Pero el derecho a la autodeterminación de un pueblo, o el derecho a la autonomía de una cultura, si existen, no se refieren a meros derechos jurídicos de una institución. Ni un pueblo ni una cultura son instituciones.

Algunos derechos jurídicos, como los de un sindicato, o los de una comunidad autónoma (en el sentido político), pueden representar el reconocimiento legal de ciertos derechos de un grupo. Pero lo que importa aquí es determinar si existen derechos de grupo que son diferentes a los derechos individuales y colectivos de los miembros del grupo. Por ejemplo, si existe el derecho de un pueblo a la autonomía, como derecho que tiene un sustento ético y que es lógicamente previo al derecho jurídico. Es decir, si el derecho de un pueblo a la autonomía existe aunque la legislación del Estado al que pertenece tal pueblo no lo reconozca. Daremos una respuesta positiva, sin por ello caer en el error de pensar que los derechos de un grupo son derechos morales, como si el grupo fuera un agente moral, con una conciencia colectiva

Hemos apuntado que el derecho a la diferencia es un derecho de los individuos. Se trata del derecho de los miembros de cierto grupo social a ser reconocidos como tales y a gozar de determinados beneficios en función de ello. Análogamente, cuando se habla del derecho de una cultura a preservarse, eso puede interpretarse como el derecho colectivo de sus miembros a conservar y a fortalecer su cultura.

Pero cuando se habla del derecho de un pueblo a la autodeterminación, o el derecho de una cultura a la autonomía, es menos claro que esos derechos puedan *reducirse* a derechos de los individuos, aunque sin duda *surgen* de ellos, y tienen implicaciones en relación con ellos. El problema se ve más claro si pensamos en la discusión sobre el derecho de un pueblo, o de una cultura, inmersos en un Estado nacional moderno en el cual no constituyen la mayoría, a preservar su lengua. El reconocimiento de ese derecho del grupo podría implicar algunas obligaciones del Esta-

do, e incluso algunas restricciones para los individuos. Por ejemplo, la obligación del Estado de impartir la educación en esa lengua, y la obligación de los padres de enviar a sus hijos a escuelas en donde aprendan y cultiven esa lengua.

Es verdad que el reconocimiento de un derecho de grupo podría dar lugar a que se otorgue una cierta prioridad a la comunidad, por encima de los individuos. Esto significa que puede haber intereses colectivos cuya satisfacción exija constreñir derechos individuales. En ocasiones las diferencias entre las posiciones liberales y las comunitaristas se conciben precisamente en términos de esta diferencia, reconociéndose una prioridad a los individuos, desde el punto de vista liberal, y admitiendo que en ciertas circunstancias las comunidades tienen tal prioridad, desde el punto de vista comunitarista.

En muchas sociedades, especialmente en las tradicionales, se reconocen derechos del grupo que prevalecen sobre los derechos de los individuos. Las sociedades liberales establecen derechos fundamentales de los individuos que se conciben como inviolables. Es posible concebir una sociedad multicultural en donde se reconozcan derechos de grupo que *emergen* de los derechos de los individuos, pero que no se pueden reducir a ellos. Los derechos de grupo están estrechamente relacionados con los de los individuos, y una vez establecidos los derechos individuales *fundamentales*, ningún derecho de grupo que los contravenga debería aceptarse como legítimo. Es posible, sin embargo, que algunos derechos de grupo impliquen restricciones en los derechos *no fundamentales* de los individuos. Pero esto es lo que ocurre y se reconoce todos los días en las sociedades liberales. El derecho de la sociedad a estar bien comunicada, léase el derecho colectivo de los miembros del grupo, puede constreñir el derecho de los individuos a la propiedad privada. Un Estado, por ejemplo, en nombre de ese derecho colectivo, puede expropiar legítimamente tierras privadas para construir una carretera. Pero nadie, ni personas, ni grupos, ni el Estado, tienen derecho a torturar a alguien en función del derecho de una sociedad a la seguridad. Porque la tortura atenta contra la dignidad y los derechos *fundamentales* de los individuos.

El reconocimiento de derechos de grupo, como sugería Salmerón, no requiere que se acepte la existencia de un agente moral colectivo, y menos de una "conciencia colectiva".[5] Los únicos agentes morales son los

[5] Véase también Villoro, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós, 1998, p. 111.

individuos, y son los únicos sujetos de derechos morales. Pero en una sociedad de personas, es decir de agentes con conciencia, que son capaces de tener representaciones acerca del mundo, de actuar intencionalmente, de comunicarse entre sí por medio de un lenguaje proposicional, y de darse cuenta de que tienen esas capacidades, surgen propiedades *sobrevinientes*.

Los derechos de grupo pueden entenderse como derechos *sobrevinientes* al grupo. Una propiedad sobreviniente, o un derecho sobreviniente, existe sólo en la medida en que existen los individuos que componen al grupo, y en virtud de sus propiedades o de sus derechos individuales. Sin los individuos y sus derechos no existiría el derecho sobreviniente del grupo. Dado que existen los individuos y mantienen ciertas relaciones, que incluyen instituciones, se constituye el grupo. Entonces *emerge* el derecho del grupo. Pero el derecho no es atribuible a los individuos, sino que es un derecho *del* grupo, y tampoco se puede reducir a los derechos de los individuos.

Se le llama derecho *sobreviniente* porque los individuos que componen al grupo pueden cambiar, como de hecho cambian en una sociedad de una generación a otra, pero aunque los individuos sean otros, el derecho del grupo permanece. Sin embargo el derecho de grupo existe sólo mientras haya individuos que componen al grupo. Si dejara de haber individuos, el derecho del grupo dejaría de existir.

La discusión importante entonces tiene dos niveles. En primer lugar, si están éticamente justificados o no ciertos derechos colectivos de los individuos —como el derecho a la diferencia— porque pertenecen a cierto grupo, digamos a un pueblo. Esto haría una diferencia con respecto a otros ciudadanos, por ejemplo al otorgarles el derecho a preservar su lengua y su cultura. En segundo lugar, la cuestión es si del derecho colectivo de los individuos se deriva algún derecho sobreviniente del grupo, por ejemplo el derecho de un pueblo a la autonomía.

Una concepción como la que ha propuesto Salmerón, reconociendo como *fundamental* en ciertas circunstancias la necesidad de pertenecer a un cierto grupo, digamos a un pueblo, permite responder afirmativamente los dos niveles de la cuestión anterior: el derecho a la diferencia, aplicado a los miembros de un pueblo, es éticamente justificable, y de ahí se deriva el derecho de un pueblo a la autonomía. En el debate acerca de los derechos de los pueblos indígenas en México ese es uno de los puntos

cruciales. Pues la autonomía de un pueblo indígena, en su caso, sería un derecho del grupo basado sobre el derecho a la diferencia de sus miembros individuales. No reconocer tal derecho implica dos niveles e discriminación: la de los individuos a quienes no se les reconoce su derecho a la diferencia, y la de los pueblos a quienes se les niega su derecho de grupo a la autonomía.

VI. La tolerancia horizontal

En lo que resta de este trabajo sostendremos que otra de las condiciones necesarias para establecer en las sociedades plurales de hoy en día relaciones simétricas, armoniosas, cooperativas y libres de discriminación entre grupos sociales con diferentes prácticas sociales (morales, religiosas, económicas, educativas, sexuales), e incluso con diferentes concepciones del mundo, es el ejercicio generalizado de la tolerancia por parte de los miembros de los diferentes grupos. Pero la tolerancia en cuestión debe ser *horizontal*, es decir, debe practicarse entre grupos que no tienen relaciones de subordinación. Pero más aún el discurso sobre la tolerancia debe ir de la mano del discurso sobre la justicia social, y los actos de tolerancia deben estar insertos en un sistema de normas, instituciones y prácticas tendientes a establecer relaciones sociales *justas*, pues si el discurso sobre la tolerancia —y la tolerancia misma—, no se restringen a la tolerancia horizontal y se insertan en el contexto de relaciones sociales justas, entonces pueden (y suelen) jugar un papel ideológico, que encubre las relaciones sociales de dominación, discriminación y de injusticia. Una de las típicas formas de encubrimiento de estas relaciones de dominación proviene de la "tolerancia vertical", donde grupos dominantes "toleran" a grupos sojuzgados.[6]

Para desarrollar y justificar estas tesis comencemos por revisar el concepto de *tolerancia.* Fernando Salmerón explicaba la tolerancia de la siguiente manera "Se dice que una persona realiza un acto de tolerancia cuando, en atención a razones y a pesar de tener competencia para hacerlo, no impide algún acto de otra, cuya ejecución lastima sus propias convicciones".[7]

6 Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas, estudios de ética y política*, México, Paidós-UNAM, 2000, p. 185.

7 Salmerón, *op. cit.,* nota 2, p. 28.

Ernesto Garzón Valdés también establece tres condiciones que capturan la misma idea, aunque enfatiza su carácter deóntico[8]. La tolerancia es una propiedad disposicional que suele someterse a prueba en diversas y reiteradas circunstancias y debe satisfacer tres condiciones:

1) Quien tolera tiene la competencia para prohibir o no un determinado acto (una acción o una omisión).

Pero no diríamos que alguien tolera un acto por el simple hecho de que, estando en condiciones de prohibirlo lo permite. Alguien tolera sólo si el acto en cuestión le ofende, y por esa razón tendría la tendencia a prohibirlo. Por ejemplo, en una relación paciente-médico en la que el paciente cree que el médico tiene autoridad para prohibirle o permitirle algo,[9] no tendría sentido decir que el médico tolera que el paciente tome vino español, en vez de vino mexicano, si al médico le tiene sin cuidado que el paciente tome vino o no, y si menos le importa de dónde provenga.

2) La segunda condición es, entonces, que quien tolera tiene la tendencia a prohibir el acto tolerado y dicha tendencia proviene de que el acto en cuestión es ofensivo en virtud de las creencias, los principios o la forma de vida de quien tolera.

3) El acto se tolera en función de una ponderación de razones a favor de permitirlo o prohibirlo.

La primera condición, la competencia para impedir o para prohibir la realización del acto tolerado, permite distinguir la tolerancia del padecimiento. Los iraquíes no toleraron que su país fuera atacado, simplemente han padecido tal decisión y sus consecuencias. La segunda condición enfatiza que es erróneo hablar de tolerancia si el acto resulta indiferente con respecto a nuestras convicciones. Se tolera sólo cuando el acto tolerado nos lastima. Finalmente, toleramos un acto, es decir decidimos no intervenir a pesar de tener capacidad de hacerlo, porque existen razones a favor de satisfacer un valor que preferimos en comparación con los que resultan lastimados por ese acto. Por ejemplo, en aras de una convivencia armoniosa y constructiva con quienes tienen creencias y modos de vida dife-

8 Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit.*, nota 6, pp. 181 y ss.

9 A diferencia de que el paciente crea que el papel del médico es darle su opinión experta de cuáles serían las posibles consecuencias de que realizara o dejara de ejecutar ciertas acciones, y que sólo él —el paciente— tiene la responsabilidad de realizar la acción o dejar de hacerlo, por lo que es un error pensar que el médico tiene la competencia de "prohibirle" o "permitirle" cualquier cosa.

rentes a los nuestros podemos aceptar que realicen actos que nos molestan y que podríamos prohibir.

Hemos dicho que la tolerancia debe ir de la mano de la justicia social. Veamos cuál sería el concepto de justicia social pertinente, para explicar esta idea.

VII. La justicia social

Arriba comentamos que la existencia de diferentes formas de racionalidad es simplemente el resultado natural de la forma en la que estamos constituidos los seres humanos y del hecho de que la capacidad llamada razón tenemos que ejercerla en contextos específicos que están social e históricamente condicionados. Si se acepta esta tesis, ¿cómo concebir y cómo se podría justificar racionalmente un modelo de sociedad en cuyo centro se encuentre el concepto de justicia?

La concepción de justicia pertinente es que una sociedad es justa si y sólo si se han establecido en ella los mecanismos e instituciones que garanticen las condiciones y la distribución de bienes y de cargas de modo que se satisfagan las necesidades básicas de todos sus miembros, siempre y cuando los planes de vida para los cuales son básicas esas necesidades sean compatibles con la realización de los planes de vida de los demás miembros de la sociedad en el presente y en el futuro. Estas son las que podemos llamar necesidades básicas *legítimas*.

Por consiguiente, es posible proponer un principio de justicia basado en la satisfacción de necesidades básicas *Una condición necesaria para que una sociedad sea justa es que establezca los mecanismos que garanticen la satisfacción de las legítimas necesidades básicas de todos sus miembros*.

Las *necesidades básicas* de una persona son aquéllas cuya satisfacción es indispensable para mantener sus capacidades y la posibilidad de que realice las actividades esenciales de su plan de vida. Por esto, la determinación de cuáles son las necesidades básicas de las personas no debe hacerse de manera heterónoma, es decir, impuesta desde un punto de vista externo, sino que cada quien debe, de manera autónoma, decidir cuáles son sus necesidades básicas y cuál es la forma aceptable de satisfacerlas. Así, puede ser que para los miembros de un determinado pueblo, la pertenencia a dicho pueblo forme parte no sólo de su identidad personal, sino

que constituya una necesidad básica. Por consiguiente, en una sociedad justa deben darse las condiciones para la preservación y el florecimiento de ese pueblo.

VIII. Justicia social y tolerancia

Ahora bien, el problema para el establecimiento de relaciones constructivas, cooperativas y no discriminatorias entre grupos sociales y culturales diferentes en una sociedad plural requiere que todos sus miembros, pertenecientes a diferentes tradiciones religiosas, étnicas o culturales, realicen un continuo esfuerzo de análisis de otros planes de vida y tengan la disposición a tolerarlos hasta el límite posible para ellos.

Pero, ¿cuáles son esos límites y sobre todo cuándo tienen legitimidad tales límites? En una sociedad plural será inevitable que muchas veces haya controversias acerca de esos límites y de su aceptabilidad, es decir será inevitable que haya conflictos y disputas acerca de lo que puede tolerarse. Por esto, una sociedad plural debería diseñar y establecer las instituciones legítimas para dirimir las controversias sobre la *aceptabilidad* de planes de vida específicos. Es decir, puesto que es de esperarse que constantemente haya planes de vida que incluyan necesidades básicas cuya satisfacción requiera la ejecución de acciones que podrían ser en principio consideradas como ofensivas por miembros de otros sectores de esa sociedad, entonces se requieren instituciones que faciliten una controversia para dirimir la *aceptabilidad social* de las acciones que se derivan del plan de vida en cuestión. Tales mecanismos deberán estar orientados hacia la resolución de la controversia por procedimientos legítimos aceptados por los diversos sectores de esa sociedad. La controversia debería clausurarse cuando se llegue a alguna de las siguientes situaciones:

a) Mediante los mecanismos diseñados para tal efecto, las instancias pertinentes concluyen que el plan de vida controvertido no impide la realización de los planes de vida de nadie más. Por ejemplo, que en un país cuya población no es predominantemente islámica, el hecho de que las niñas de familias musulmanas lleven pañoletas a la escuela no impide la satisfacción de las necesidades básicas de ningún otro miembro de esa sociedad. En una sociedad donde de común acuerdo se han diseñado y establecido tales instituciones para

dirimir las controversias, quienes presentan la queja original deberían acatar tal conclusión.

b) La segunda posibilidad es la opuesta a la anterior, es decir, se concluye que las acciones en cuestión sí impiden la satisfacción de necesidades básicas de ciertos miembros de la sociedad. Digamos cuando un sector de la sociedad realiza prácticas racistas o de discriminación étnica en cuestiones de salud o de educación. Entonces el Estado debe tomar medidas para evitar la realización de las acciones que impiden la satisfacción de las legítimas necesidades de otros.

Aquí es donde el Estado en una sociedad plural juega un papel crucial, pero donde se requieren instituciones y leyes para contender con los problemas que surgen de la diferencia y que pueden dar lugar a actitudes intolerantes y a prácticas discriminatorias. La responsabilidad de un Estado en una sociedad plural, especialmente los Estados que pretenden ser laicos y democráticos sobre la base del reconocimiento de la diversidad como constitutiva del país, no es la de ser tolerante. El Estado en una sociedad plural no debe comprometerse con ningún punto de vista particular, con ninguna moral ni cultura específica. Por consiguiente no tiene sentido plantear que el Estado sea tolerante frente a las diversas religiones, morales y culturas que lo componen, pues si el Estado es auténticamente democrático, plural y laico no podría satisfacerse la condición de que le resultaran ofensivos determinados actos de un grupo. Más bien, además de establecer y vigilar que funcionen correctamente las instancias que garanticen una organización social justa, el Estado plural tendría las siguientes responsabilidades:

1) promover la tolerancia entre los individuos y entre los grupos con diferentes morales, religiones o culturas;
2) combatir la intolerancia y la discriminación;
3) establecer los mecanismos jurídicos e institucionales apropiados para dirimir las controversias acerca de si un determinado plan de vida, y la satisfacción de las necesidades básicas para realizarlo, afectan negativamente la realización de otros planes de vida, así como los bienes comunes (la armonía social, la paz, el ambiente, etcétera).

Esos mecanismos tendrían que ser pactados por los representantes legítimos de los diversos grupos, y en su aplicación deberían participar también los representantes de esos grupos.

Las circunstancias en los modernos Estados democráticos y plurales exigen actitudes tolerantes por parte de los ciudadanos, no del Estado, el cual tiene la obligación de establecer instituciones para tomar decisiones colectivas acerca de lo que no puede permitirse por el bien común, así como los procedimientos para gestionar los mecanismos para dirimir controversias y conflictos sociales por incompatibilidades de planes de vida.

La fórmula general de justicia "a cada quien su parte", cuando se aplica en una sociedad democrática y plural, debería entenderse como distribución de beneficios y cargas en función de las necesidades de cada quién "a cada quien según sus legítimas necesidades básicas", donde las necesidades básicas son aquéllas indispensables para la realización del plan de vida de las personas, siempre y cuando ese plan de vida no sea incompatible con los planes de vida de los demás miembros de la sociedad.

La realización de los planes de vida de los individuos donde existen diferentes pueblos, o comunidades significativas que se identifican con un cierto pueblo, generalmente requiere del florecimiento y el fortalecimiento de la cultura de ese pueblo, donde ha nacido o se ha desarrollado la persona. Por esto en las sociedades multiculturales los individuos que pertenecen a diferentes pueblos o culturas tienen el derecho a que su pueblo o cultura sobreviva, florezca y se desarrolle.

Este derecho es un asunto de justicia social, pues es una condición necesaria para la satisfacción de las legítimas necesidades básicas de esos individuos, y es más justa una organización social que garantiza la satisfacción de esas necesidades frente a una que no lo hace.

Pero tratándose de un derecho (esté o no reconocido en la legislación de un país), genera una obligación: el derecho a la supervivencia y fortalecimiento de la cultura propia genera la obligación de dinamización, es decir, la obligación de realizar en la cultura propia y en los planes de vida que ella permite, las transformaciones que sean necesarias para que los individuos puedan satisfacer sus necesidades básicas de manera compatible con la realización de los planes de vida aceptables en la sociedad más amplia de que se trate (dentro de un país o internacionalmente).[10]

IX. Intolerancia y tolerancia insensata

Esto puede generalizarse a todos los grupos dentro de una sociedad plural. La tercera condición que mencionan tanto Salmerón como Gar-

[10] Véase Garzón Valdés, *op. cit*., nota 6.

zón Valdés es que tolerar un acto o ser tolerante con alguien o con un grupo es algo que se decide mediante la ponderación de razones. Decidimos no intervenir en relación con cierta conducta porque aceptamos un valor por encima de aquellas convicciones que son lastimadas por la conducta tolerada.

Pero esta perspectiva presenta un problema. Garzón Valdés enfatiza, correctamente la importancia de la calidad de las razones para ser tolerantes, o en su caso para no tolerar. Sin embargo, tolerar todo, conduciría a reducir al absurdo la tolerancia. La tolerancia indiscriminada, sin límites, "conduciría a una aparente homogeneización de la sociedad", pero en verdad consolidaría las desigualdades,[11] y podríamos agregar que la discriminación.

Esta idea también está en la base que sustenta la tesis que mencionamos previamente:

> Una condición necesaria para la convivencia armoniosa, constructiva y cooperativa entre grupos sociales con diferentes prácticas sociales (morales, religiosas, económicas, educativas), e incluso con diferentes concepciones del mundo, es el ejercicio generalizado de la tolerancia por parte de los miembros de los diferentes grupos. Pero la tolerancia en cuestión debe ser "horizontal", es decir, debe practicarse entre grupos que no tienen relaciones de subordinación.

Aquí es donde se vuelven importantes las razones y los motivos para tolerar. Si se trata de un grupo dominante que tolera costumbres de sus subordinados y dominados para no crear tensiones que puedan romper el *status quo*, entonces la tolerancia simplemente está al servicio de la perduración de esas relaciones de dominación y no es éticamente justificable.

Esta es precisamente la situación que plantea otra de las tesis que planteamos arriba:

> El discurso sobre la tolerancia, y la tolerancia misma, si no se restringen a la tolerancia horizontal, pueden (y suelen) jugar un papel ideológico, que encubre las relaciones sociales de dominación. Una de las típicas formas de encubrimiento de estas relaciones de dominación proviene de la "tolerancia vertical", donde grupos dominantes "toleran" a grupos sojuzgados.

11 *Ibidem*, p. 195.

Por eso es importante la distinción que hace Garzón Valdés entre la intolerancia que se basa en malas razones, y la tolerancia insensata. "La diferencia consiste en que la intolerancia aduce malas razones para imponer prohibiciones, mientras que la tolerancia insensata se apoya en malas razones para aumentar el campo de lo permitido".[12]

Con toda razón, Garzón Valdés concluye que:

> las razones justificatorias que se aduzcan no pueden ser de una índole tal que los valores en los que se apoyen sólo sirvan, en el mejor de los casos, como guía de la propia vida, pero no como pautas para la vida social. Éstas últimas presuponen un mínimo de objetividad, es decir, la aceptación de criterios racionales para su defensa o condena.[13]

Con esto enfrentamos de nuevo el problema de cuáles serían los criterios racionales adecuados para defender o condenar las normas y los valores en función de los cuales se toman decisiones de tolerar o de ser intolerantes, y al respecto resulta indispensable la concepción pluralista sobre la racionalidad. Puesto que no existen criterios absolutos para juzgar la calidad de las razones que fundamentan actitudes tolerantes, los actos de tolerancia horizontal y de no discriminación deben estar basados sobre un conjunto mínimo de normas y valores acordados entre los diferentes puntos de vista que conviven en una sociedad plural, de manera que permitan la realización de proyectos comunes.

X. Conclusión

Con respecto a la discriminación de que son víctimas los pueblos indígenas de México es necesario proponer planes de acción y de reformas institucionales y legislativas, así como cambios de actitudes, para que puedan desarrollarse las relaciones interculturales en un contexto de justicia social.

Como parte de esos planes de acción es necesaria una reforma del Estado mexicano y la transformación de sus relaciones con los pueblos indígenas. Como guía para todo ello se necesitan modelos para pensar y justificar las formas de organización social y política que permitan el florecimiento y desarrollo autónomo de los pueblos indígenas del país, de

12 *Ibidem*, p. 196.
13 *Ibidem*, p. 197.

manera que ellos mismos aprovechen sus recursos económicos y culturales en condiciones que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus miembros y la realización de sus capacidades. El modelo debe permitir entender también que si la sociedad mexicana se organiza de esa manera es posible fortalecer la nación, entendida como un proyecto en cuyo diseño y realización participen pueblos y culturas muy diferentes, pero donde al mismo tiempo se establezcan las condiciones para el desarrollo de cada uno de los distintos pueblos y sectores sociales, respetando su identidad y sus decisiones propias sobre sus proyectos de vida individual y colectiva.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, F., "Capacidades potenciales y valores en la tecnología: elementos para una axionomía de la tecnología", en LÓPEZ CEREZO, J. A. y SÁNCHEZ RON, J. M., *Ciencia, tecnología, sociedad y cultura*, Madrid, Biblioteca Nueva-OEI, 2001.

ECHEVERRÍA J., "Tecnociencia y sistemas de valores", en LÓPEZ CEREZO, J. A. y SÁNCHEZ RON, J. M., C*iencia, tecnología, sociedad y cultura*, Madrid, Biblioteca Nueva-OEI, 2001.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El problema ético de las minorías étnicas", en L. OLIVÉ (ed.), *Ética y diversidad cultural*, 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2004.

———, *Instituciones suicidas, estudios de ética y política*, México Paidós-UNAM, 2000.

OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós-UNAM, México 1999.

RUBINSTEIN, A., *Modeling Bounded Rationality*, Cambridge, MIT Press, 1998.

SALMERÓN, Fernando, *Diversidad cultural y tolerancia*, México, Paidós-UNAM, 1998.

SEN A., "Rationality and uncertainty", *Theory and Decision 18*, 1985.

VILLORO, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós, 1998.

ÉTICA Y PLURALIDAD CULTURAL: HACIA UNA ÉTICA DE LA CULTURA

Guillermo J. MAÑÓN GARIBAY

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Comparación denigrante como forma de aproximación a otras culturas*. III. *La esfera animal y el "localismo" humano*. IV. *Habilidades locales y perfectibilidad universal*. V. *Consecuencias éticas de la concepción de las sociedades como abiertas o cerradas*. VI. *Holismo: respuesta a la "comparación denigrante"*. VII. *Intentos por salir del relativismo: perspectivismo*. VIII. *Segundo intento de solución: Luis Villoro*. IX. *El principio de autonomía*. X. *El principio de autenticidad*. XI. *El principio de sentido*. XII. *El principio de eficacia*. XIII. *Análisis ético de culturas a través del conflicto entre principios*. XIV. *Política cultural y conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida que ha tomado la mayoría de los filósofos para analizar el fenómeno de la pluralidad cultural ha sido el ético. Y lo han hecho así para estudiar las relaciones que se establecen entre culturas dominantes y minorías étnicas. Un ejemplo de esto es el artículo de Ernesto Garzón Valdés *El problema de las minorías étnicas*[1] donde juzga que éste es el problema más interesante del multiculturalismo.

Ciertamente, no todos son de la misma opinión: Luis Villoro,[2] por ejemplo, ha declarado que es una *antinomia* establecer el problema en términos opuestos e irreconciliables como el de *cultura dominante o universal* frente y en contra de otra *cultura minoritaria o débil*.

[1] Garzón Valdés, E., "El problema ético de las minorías étnicas", en Olivé, León (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, UNAM, 1993, pp. 31-59.

[2] Villoro, L., *Aproximaciones una ética de la cultura*, en Olivé, León (comp.), *Ética y diversidad cultural*, México, UNAM, 1993, pp. 131-155.

Villoro se pregunta: ¿cuál es esa cultura dominante o universal? ¿Será la cultura de los pueblos más numerosos, o la cultura de las economías dominantes o la de los pueblos más desarrollados tecnológicamente, o la del idioma más extendido sobre la tierra? Porque no es claro que manejar un auto japonés implique adoptar valores de vida japoneses, o aceptar el dólar como moneda de cambio internacional implique renunciar a la cultura propia o, incluso, no es claro que hablar inglés signifique pertenecer a la cultura inglesa (en la India y Hong Kong existen indios y chinos que tienen la lengua inglesa como lengua materna y no por eso pertenecen a la cultura inglesa).[3] L. Villoro cree que con base en ninguno de estos criterios es posible determinar a una cultura como débil o dominante.

Yo pienso que aunque no exista un criterio satisfactorio que distinga completamente entre *cultura dominante* y *minorías étnicas*, según condiciones necesarias y suficientes, sí puede hablarse de culturas dominantes (y actitudes culturales discriminatorias frente a minorías étnicas), porque, como nos han enseñado los historiadores y antropólogos, en la historia de Europa occidental se percibe una aproximación a las culturas indígenas a través de lo que Marcelo Dascal[4] ha llamado "comparación denigrante".

La "comparación denigrante" refiere a una actitud que considera como inferiores a las culturas distintas a la europea occidental. Este juicio de inferioridad, o "aproximación denigrante", consiste en considerar que los valores culturales de otros pueblos (Dascal piensa sobre todo en los indígenas americanos) tienen "vigencia regional", cuando los europeos occidentales tienen "vigencia universal". Por eso, puede afirmarse que a la "comparación denigrante" subyace la mayoría de las actitudes "universalistas".

La respuesta a esta actitud "universalista" ha sido la "relativista". Los relativistas en su afán de rechazar cualquier "comparación denigrante", rechazan todo tipo de comparación. La postura relativista sostendría que cualquier comparación distorsiona y denigra a la cultura foránea o ajena, porque para realizarla es necesario emplear las categorías de la propia cultura. Lo que no permite una mirada "neutral" y "objetiva" para comprender la foránea en ella misma (*i. e.* en sus valores o categorías propias).

3 *Ibidem*, pp. 155 y ss.

4 Docal, M., (comp.), *La ecología del espacio cultural*, en Dascal, Marcelo (comp.), *Relativismo cultural y filosofía. Perspectivas norteamericana y latinoamericana*, México, UNAM, 1992, pp. 381-404.

El análisis filosófico del fenómeno multicultural opera hacia la posibilidad de realizar un juicio de las culturas a partir de valores éticos universales. Si el punto de vista elegido se reduce a la confrontación entre universalismo relativismo, creo con Villoro que tratamos un falso problema. Pero si se acepta la posibilidad de fundamentar valores éticos universales, allende una cultura particular, entonces si creo que se pueda someter a juicio los valores culturales de una sociedad determinada.

Antes de internarme en el análisis de la ética cultural, quisiera explicar mejor que se entiende por "comparación denigrante" o cómo es que se llegó a pensar que una cultura era superior a otra. Y quiero hacerlo, porque muchos de los planteamientos filosóficos se deben a los problemas propuestos por los antropólogos o etnólogos.

II. Comparación denigrante como forma de aproximación a otras culturas

La antropóloga Johanna Overing[5] señala que la "comparación denigrante" es una herencia de la teoría evolutiva del siglo XIX, la cual tuvo un fuerte impacto entre los sociólogos y antropólogos. En contra de esto, propongo con Marcelo Dascal, que la "comparación denigrante"era la forma habitual de los occidentales para aproximarse a otras culturas desde el siglo XVI, o sea; antes de la teoría de la evolución y en plena actividad colonizadora.

Dentro de este contexto histórico, puede entenderse la "comparación denigrante" como la actitud que pretendía justificar la expansión colonial europea del siglo XVI (y subsecuentes), esto es: justificar la ocupación de otros territorios y el sometimiento de su población.

El mismo Villoro, en su texto clásico *Los grandes momentos del indigenismo en México*,[6] nos explica como Fray Bernardino de Sahagún pasó de la admiración por las culturas del altiplano a la indignación debido a sus ritos religiosos. Lo cual lo llevó a la justificación de la conversión forzada al cristianismo. Esta actitud descansaba en la creencia de la "inferioridad" indígena frente a los europeos.

5 Overing, Johanna, "Translation as Creative Process: The Power of the Name", en Holy, L. (comp.), *Comparative Anthropology*, Oxford, Blackwell, 1987.

6 Villoro, L., *Los grandes momentos del indigenismo en México*, México, Fondo de Cultura Económica-Colegio de México, 1996, pp. 40 y ss.

Desde ese tiempo, siglo XVI, los europeos conciben a las culturas *no occidentales* de una manera "física" o regional, esto es; como producto del contexto espacio-tiempo, y, además, con validez única dentro de ese contexto. De esta postura se infiere que los valores de estas culturas carecen de validez universal, y, por eso, es imposible que trasciendan sus fronteras.

Evidentemente, esta concepción cultural nunca fue aplicada a la misma cultura occidental. Según la socióloga Mary Douglas[7], los estudios de Durkheim en el siglo XIX son dignos de encomio por haber propuesto que todo pensamiento esta determinado por factores sociales (*i. e.* espacio/temporales). No obstante, nos dice Douglas, Durkheim evito siempre aplicar este hallazgo a la sociedad occidental. De tal forma, la cultura occidental desarrollaba y aplicaba criterios de análisis y juicio a las culturas *no occidentales* que no empleaba para consigo misma, pues a ella correspondía la universalidad sin más.

A partir de esta visión "física" o espacio-temporal, las culturas eran susceptibles de ser clasificadas de dos maneras: 1. En culturas "abiertas" y 2. En culturas "cerradas".

Por un lado, las culturas "cerradas" eran aquellas que se resistían a las influencias externas, restringiendo la movilidad de sus miembros al interior de las fronteras culturales, así como adoptando un punto de vista territorial estrecho. El resultado de esta actitud eran valores de aplicación local. Por otro lado, las culturas "abiertas" no se resistían a la influencia exterior, con lo cual fomentaban su expansión hasta afirmar poseer el derecho sobre la totalidad del espacio cultural.

Las culturas abiertas justificaban el derecho a su expansión colonial en su superioridad, y su superioridad la justificaban a su vez en el hecho de haber superado el localismo. La circularidad de la argumentación no objetaba las intenciones colonialistas.

III. La esfera animal y el "localismo" humano

Esta descripción de las culturas como *abiertas* o *cerradas* es, como se dijo, para la antropóloga Johanna Overing[8] un resultado de la *teoría evo-*

[7] Douglas, M., *Implicit Maening: Essays in Anthtopology*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978.

[8] Overing, *op. cit.,* nota 5, p. 69.

lutiva y, curiosamente, de la actitud usual frente a los animales en el siglo XIX (o la naturaleza en general).

Las razones de la antropóloga para sustentar esto residen en que si bien se parte de la inferioridad de los animales, no obstante se reconoce sus cualidades, *cuasi* virtudes, gracias a las cuales aventajan en su medio ambiente a los hombres. Los animales superan en su medio ambiente a cualquier hombre en velocidad, fuerza y destreza física. Pero si bien se concede esto sin problema, la superioridad humana reside en la capacidad precisamente de no estar "encerrados" dentro de los límites de su entorno "natural".

De otra forma se podría decir que la superioridad humana no se circunscribe a sus "dotes" innatas o circunstanciales. Por tanto, la superioridad humana no consiste en un logro fruto de una propiedad natural o disposición circunstancial. Los logros de la humanidad se deben, antes bien, a la capacidad o disposición para desenvolverse en todos los medios.

J. J. Rousseau,[9] en su ensayo de 1755 *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, llamó a esta propiedad la "facultad del hombre para perfeccionarse", Herder, en su ensayo de 1772 sobre el *Origen del Lenguaje*,[10] la llamó "reflexión" y Kant,[11] en su trabajo de 1784 sobre el *Supuesto comienzo de la historia del hombre*, la caracterizó como la capacidad de crear reglas y propósitos mucho más allá del instinto natural y que sirven para el uso de nuevos recursos. Incluso Quine en el siglo XX, en su libro *Relatividad Ontológica*[12] de 1969, hablaba de la capacidad del hombre para elevarse por encima del *espacio innato* de la especie. Pero el que mejor ha expresado esto es Herder:

> Todo animal tiene una esfera a la cual pertenece desde su nacimiento, dentro de la cual nace, en la cual permanece toda su vida y dentro de la cual muere; y es un hecho notorio que entre más agudos son los sentidos de los animales y mientras más maravillosos son sus artefactos más estrecha es su esfera, más uniforme es su artefacto… La abeja en su panal construye

9 Rousseau, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires, Aguilar, 1956.

10 Herder, J. G., *Abhandlung über den Ursprung der Sprache*, Stuttgart, Reclam, 1992.

11 Kant, I., *Geschichtsphilosophie*, Darmstadt, Suhrkamp, 1984.

12 Quine, W. v. O., *Ontological Relativity and Other Essays*, Nueva York, Columbia Univertity Press, 1969.

> con una sabiduría que Egeria no podría enseñarle a Numa, pero fuera de estas celdillas y fuera de esta actividad predeterminada dentro de ellas, la abeja no es nada. Ese es su mundo. ¡Cuán maravilloso es este insecto y cuán reducida es su esfera de actividad! […] El hombre no tiene una esfera tan uniforme y reducida, donde sólo se espere un solo tipo de acción de su parte: un mundo entero de empresas y tareas yace a su alrededor. Sus sentidos y organización no se enfoca a un objeto, antes bien se dirigen a todo, y, por ende, son sentidos más débiles y obtusos para cada cosa en particular. Los poderes de su alma se esparcen por todo el mundo, sus concepciones no se orientan hacia un solo objeto y, por tanto, no tiene ningún impulso "instintual".[13]

Esto no es más que una consecuencia del modernismo inaugurado por Descartes, quien siglo y medio antes que Herder afirmó en la quinta parte del *Discurso del Método*[14] que los animales poseen tan sólo una condición mecánica que se presenta como una excelencia para desarrollar precisamente tareas específicas. Esto contrastaba para Descartes con la inteligencia del hombre capaz en principio de enfrentar cualquier tarea.

IV. Habilidades locales y perfectibilidad universal

En principio, nadie sugeriría aplicar una división similar entre grupos humanos o culturales con base a los mismos criterios. Sin embargo, la "comparación denigrante" se basa en una estrategia sorprendentemente similar con respecto a los animales.

Primero, nos pide la antropóloga Overing,[15] observemos que los occidentales han estado dispuestos ha admitir la superioridad de otras culturas, como ejemplo menciona:

1) La capacidad de los esquimales para discriminar la variedad de nieve o hielo que les permite desplazarse con seguridad por los glaciares, o
2) La capacidad de los beduinos para reconocer la variedad de camellos.
3) Igualmente se ha alabado la virtud del indio Pirahã para orientarse en la oscuridad de la selva amazónica, y

13 Herder, J. G., *op. cit.*, nota 10, p. 134.
14 Descartes, R., *Discurso del método*, Madrid, Espasa-Calape, 1964.
15 Overing, *op. cit.*, nota 5.

4) También los conocimientos farmacológicos de los Shuar para servirse de las plantas medicinales,
5) Nosotros podemos agregar el reconocimiento histórico que se ha hecho de la ingeniería hidráulica de los aztecas, que superaba en su tiempo a la de los europeos
6) Y, por último, mencionemos la acupuntura china y la medicina ayurveda que funciona ahí donde falla la medicina moderna.

Pero aunque se expresen sinceramente estos reconocimientos a culturas extranjeras, de ninguna manera se piense que con esto se pone en tela de juicio la superioridad total de la cultura occidental. Esto es así, porque todos los reconocimientos a las culturas extranjeras se consideran logros locales, de vigencia regional o dentro de una esfera espacio temporal determinada. En contraposición, la superioridad de la cultura occidental se cimienta en su capacidad global o universal, esto es; en su capacidad de mejoramiento en cualquier esfera o región. De esta manera, se pondera la ciencia occidental por encima de cualquier conocimiento tribal. La *ciencia geológica* supera con mucho el conocimiento esquimal sobre la manera de conducirse entre los hielos eternos de los glaciares, y la *ciencia veterinaria* deja atrás cualquier observación sobre caballos o camellos de gauchos y beduinos. Y que decir de los instrumentos de orientación diseñados por la tecnología occidental para orientarse en cualquier condición posible y no sólo en la selva amazónica. Por último, la *medicina occidental* supera a la acupuntura y a la medicina ayurveda, porque opera sin los obstáculos de la magia y superstición.

En resumen, el reconocimiento a las culturas extranjeras no amenaza la superioridad de la occidental, porque sus habilidades se relacionan estrechamente con una esfera de acción limitada. Esto permite considerar sus logros no como expresión de una racionalidad avanzada, sino más bien como *perfección animal*. Entonces, puede decirse que desde la cultura occidental, mientras una especie animal o cultura humana se mantenga encerrada dentro de sus "normas de conformidad innata" —para decirlo con Quine—[16] no superara el salvajismo ni igualará a la cultura occidental.

16 Quine, W. v. O., *op. cit.*, nota 12, p. 155.

V. Consecuencias éticas de la concepción de las sociedades como abiertas o cerradas

La antropóloga Johanna Overing[17] nos dice que según esta concepción de la cultura se daría el siguiente panorama: entre las culturas "cerradas" y "abiertas" existirían diferencias profundas, mientras que entre las culturas "abiertas" (*i. e.* todas las de los distintos pueblos de Europa occidental) las diferencias serían superficiales. Y las consecuencias de estas diferencias, debido a una y otra actitud, sería la imposibilidad de convivencia entre culturas "abiertas" y cerradas (o entre culturas cerradas), en tanto que las *diferencias superficiales* sí permitían la convivencia (cercana) entre culturas abiertas.

Esto, en principio, parece lógico: cuando una cultura es "cerrada" y niega cualquier comercio cultural con el exterior, entonces impide la convivencia con las demás. Pero cuando se trata de una cultura abierta, siempre será posible la convivencia con otras culturas, porque está dispuesta al intercambio. Entonces, si las diferencias son profundas, el resultado es la imposibilidad de convivencia, mientras que si las diferencias son superficiales, sí es posible una proximidad, porque existe un núcleo de valores compartidos, los cuales conduce a la integración dentro de un territorio determinado.

Las culturas lograran relacionarse unas con otras entres mejores adelantos hagan en superar el localismo o sus "normas de conformidad innata".

Con relación a esto, se ha pretendido medir el desarrollo cultural de cualquier pueblo en cualquier época y se ha concluido que: 1. Unas culturas han logrado escaso progreso permaneciendo en su estado de salvajismo, atadas a sus impulsos innatos y habilidades circunstanciales. 2. Otras culturas han logrado un progreso parcial al establecer un vínculo entre las normas de conformidad innata y otras esferas. 3. Y por *último*, estarían las culturas más desarrolladas que alcanzan normas válidas para cualquier esfera (con la ciencia).

Esta postura está representada en el siglo XX por Karl Popper y Jürgen Habermas. Karl Popper en su obra *Conocimiento Objetivo*[18] menciona que el distintivo occidental es el de constituir "sociedades abiertas" y que esto es un producto de la tradición crítica occidental.

17 Overing, *op. cit.*, nota 5.
18 Popper, K., *El conocimiento objetivo*, Madrid, Tecnos, 1974, p. 195.

> Tal vez algún mosquito filosófico pueda decir que la sociedad de los mosquitos es una gran sociedad, o cuando menos, una buena sociedad, puesto que es la más igualitaria, libre y democrática de las sociedades imaginables. Sin embargo, como autor de un libro sobre *La sociedad abierta*, tengo que decir que la de los mosquitos no es una sociedad abierta, pues creo que una de las características de este tipo de sociedad consiste en valorar positivamente, no sólo la forma democrática de gobierno, sino también la libertad de asociación, junto con la protección y fomento de la formación de "subsociedades" con diversas opiniones y creencias. Ahora bien, todo mosquito razonablemente habrá de admitir que en su sociedad falta este tipo de pluralismo.

J. Habermas[19] ratifica esta postura cuando afirma que la *apertura* de una cultura puede funcionar como "criterio independiente" (*i. e.* transcultural) para juzgar los grados de racionalidad de las culturas. Para Habermas una cultura "abierta" considera otros puntos de vista como valiosos, e incluso está dispuesta a incluirlos en su acervo cultural, en contraposición de las culturas "cerradas".

VI. Holismo: repuesta a la "comparación denigrante"

Contra el juicio condenatorio de las culturas "cerradas", y en general contra la distinción de las culturas en "abiertas" y "cerradas", la llamada nueva etnología propuso un nuevo punto de vista con el fin de superar la "comparación denigrante". Este punto de vista es el del "participante/observador". De esta manera se descubrió que las culturas valoradas como "inferiores" contaban con:

1) Un lenguaje no menos complejo que las culturas occidentales,
2) Un sistema complejo de parentesco,
3) Una forma sofisticada de clasificación del medio ambiente,
4) Una religión y moral,
5) Una literatura,
6) Una memoria colectiva o historia,
7) Un arte,
8) Unas reglas de etiqueta, de comunicación y argumentación.

19 Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Stuttgart, Suhrkamp, 1995, p. 54.

Esto es; un conjunto completo e interrelacionado de sistemas compartidos socialmente y comparable al de los occidentales. Esto quiere decir que la etnografía moderna exige una visión "holista" de la cultura a estudiar, dentro de la cual sea posible asignarle a esa cultura (u otras culturas) un conjunto de habilidades comparables a las de la propia cultura occidental, sobre todo cuando se aplica este método a las mismas sociedades occidentales.

El resultado de esto podría ser una comparación equitativa entre culturas, que tendría como basamento "parámetros transculturales" producto precisamente de este análisis holista de las culturas. Pero, desde una consideración filosófica, resulta difícil que las distintas culturas puedan coincidir en un enlistado que diera la misma importancia a los diversos parámetros culturales. Y a falta de un parámetro comparativo, no es posible una ética de las culturas.

De esta manera, aparece el *relativismo cultural*, debilitando ciertamente las bases de la "comparación denigrante", pero a la vez convirtiendo el relativismo cultural en epistemológico.

Lo que quiere decir que no sólo resulta fatuo preguntarse cómo es posible el conocimiento antropológico sobre la forma de pensar de otros pueblos, sino también cómo es posible el conocimiento sobre las formas de pensar propias.

Para atacar el relativismo es necesario distinguirse dos variantes del mismo, a saber: 1. Una fuerte y 2. Otra débil.

La *fuerte* niega la posibilidad de todo tipo de conocimiento, incluso de las formas culturales propias de pensar (de la propia cultura occidental).

El *débil* negaría la certeza absoluta de un conocimiento de las formas culturales de pensar de otros pueblos (incluso a largo plazo).

La versión del escepticismo fuerte la dejaré de lado y me avocaré a la versión débil del escepticismo, porque está última ha sido propugnada por antropólogos como Bonfil Batalla,[20] Raymond Firth,[21] Ruth Benedict,[22] Michael Sandel.[23]

20 Bonfil Batalla, G., *Identidad étnica y movimientos indios en América Latina*, Madrid, Revolución,1988.

21 Firth, R., *Elements of Social Organization*, Londres, 1951.

22 Benedict, R., "Antropología y anormalidad", *The Philisophy of Society*, Londres, Methuen, 1978.

23 Sandel, M., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

Ruth Benedict sostiene "Reconocemos que la moral difiere en cada sociedad y que es un término adecuado para designar los hábitos socialmente aprobados. La humanidad ha preferido decir 'es moralmente bueno' a 'es habitual' […] pero, históricamente, estas dos frases son sinónimas".[24]

Raymond Firth afirma por su parte lo siguiente:

> Vista *empíricamente*, desde el punto de vista sociológico, la moral es, en primera instancia, socialmente determinada. Toda sociedad tiene sus propias reglas morales acerca de qué tipos de conducta son correctas y cuáles incorrectas y los individuos son juzgados por ellas ya sea que las respeten o las violen. El examen de estas reglas es parte del trabajo de la antropología social.[25]

Por último el antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla "La afirmación de la identidad étnica significa la decisión de pertenecer a un grupo étnico, es decir, formar parte de un complejo nudo de interdependencias que ubican socialmente al individuo a partir de derechos y obligaciones culturalmente prescritos".[26]

De estas afirmaciones podemos derivar las siguientes consecuencias:

Primero, una consecuencia general: todo conocimiento es "local" y, consecuentemente, cada cultura es una *mónada*, igualmente "cerrada" como todas las demás culturas.

Segundo, una consecuencia particular que atañe a la ética de las culturas: sólo es posible el respeto a las minorías étnicas y a la pluralidad cultural si se renuncia al "universalismo" y se opta por el "relativismo ético".

Tercero, fuera de la comunidad, el individuo carece de razón alguna para ser moral, porque 1) no tiene acceso a los bienes que sirven de justificación para ese comportamiento moral, y porque 2) le falta la fortaleza moral que le proporciona el entorno social. Sin un fuerte apego a la comunidad social la persona no puede desarrollarse como "agente moral".

M. Sandel afirma en este sentido:

> Imaginar a una persona *sin* vínculos constitutivos (frente a la respectiva comunidad) no significa concebir a una persona idealmente libre y racional, sino imaginar una persona sin carácter, sin profundidad moral. Pues

24 Benedict, R., *op. cit*., nota 22, p. 83.
25 Firth, R., *op. cit*., nota 21, p. 102.
26 Bonfil Battala, *op. cit*., nota 20, p. 91.

> tener un carácter significa tener conciencia que me muevo en una historia irremplazable que de alguna manera dirige mi conducta. La conciencia moral hace que me sienta más cerca de algunos que de otros, que valore algunos fines como más adecuados que otros.[27]

VII. Intentos por salir del relativismo: perspectivismo

Considérese las buenas intenciones de un "perspectivismo" —sea a la Ortega y Gasset[28] o Daya Krishna[29] o Raymundo Panikkar[30] (*¿Qué es filosofía comparativa?*)— el cual proponen lo siguiente:

> (Por perspectivismo entiendo) un modelo de "relaciones interculturales" basado en la idea de *paridad valorativa* de todos los puntos de vista así como de la imperfección de cada uno por separado. Cada cultura interpreta el mundo a su manera, y por tratarse de una manera dentro de muchas posibles, cada cual aislada de las demás es falsa por incompleta. Debido a esto, todas tienen que aprender de las otras, porque ninguna independientemente de las demás puede alcanzar el único conocimiento completo del mundo. Bajo esta perspectiva, el progreso se logra mejorando el punto de vista autóctono a través de complementarlo con los demás. De esta manera, la supervivencia de una cultura estaría basada en su capacidad de tolerancia, esto es en su habilidad de cambiar aceptando el punto de vista de su vecino. Ciertamente, una cultura puede expandirse militarmente imponiendo su forma de ver el mundo (su cultura), pero lo hará perdiendo su capacidad de mejoramiento y aprendizaje.[31]

El problema del "*perspectivismo*" de Ortega y Gasset y compañía reside en que:

Primero, se supone que hay algo "dado" a partir del cual se construye un punto de vista. El relativista afirmaría que cada teoría o cultura crea sus objetos y no existe algo dado que sea común a observadores provenientes de distintas culturas.

27 Sandel, M., *op. cit*., nota 23, p. 182.
28 Ortega y Gasset, J., *El sentido histórico*, Madrid, Arquero, 1924.
29 Krishna, D., *La filosofía comparada: Lo que es y lo que debería ser*, México, Diógenes, 1986.
30 Panikkar, R., *¿Es occidental el concepto de los derechos humanos?* México, Diógenes, 1982.
31 *Ibídem*, p. 122.

Segundo, se concede que todos los puntos de vista son iguales cuando las diferencias entre ellos son innegables, por ejemplo: un hombre yace en el suelo y un transeúnte afirma, desde su punto de vista, que está muerto, después un cura que pasa por ahí afirma también que el hombre yace muerto; pero espiritualmente hablando, porque conoce su vida licenciosa. Por último, pasa un médico que afirma que el hombre yace muerto desde su punto de vista médico).

Tercero, y con base en el punto dos, las transformaciones o complementaciones de los "puntos de vista" no son simples y directas (por no ser equivalentes).

Cuarto, algunas transformaciones se realizan desde puntos de vista "privilegiados" (por ejemplo: tomar algunas recetas de la medicina ayurvédica o acupuntura para la medicina occidental).

VIII. Segundo intento de solución: Luis Villoro[32]

Para finalizar, presentaré una solución al problema del escepticismo que rescata el análisis moral de las culturas sin incurrir en la "comparación denigrante".

Realizar un análisis desde la filosofía moral para indagar cuáles culturas son éticamente mejores o preferibles es entrar en el ámbito del deber-ser. Deber-ser que implica por lo menos tres puntos:

1. La adopción de determinadas disposiciones o creencias,
2. La proyección de ciertas metas o fines y
3. La elección justificada de actitudes o comportamientos.

Estos tres puntos descansan sobre los supuestos comúnmente aceptados para toda ética, estos son:

1. Comportamientos y disposiciones *conscientes e intencionales,*
2. Justificación, *prima faccie*, de todas o la mayoría de las creencias y disposiciones, metas y actitudes, etcétera. Y, por último,
3. Deberes y derechos tanto de los individuos (frente a la comunidad) como de la comunidad (frente a otras comunidades).

32 En el resto del artículo me basaré esencialmente en el trabajo del doctor Luis Villoro, *op. cit.*, nota 6, pp. 40 y ss.

Sin ellos es imposible una ética de la cultura. Evidentemente, se está pensando en una *ética normativa* (no crítica o analítica) que asume principios y reglas de validez universal y que rechaza, además, el punto de vista de la moral entendida como *Sittlichkeit* en el sentido de Hegel, concepción aceptada por los relativistas (moderados o débiles) y los "comunitaristas".

Ahora bien; independientemente de los requerimientos para hacer un análisis y juicio moral de las culturas, es necesario asumir que toda *cultura*:

1. Hace posible la satisfacción de necesidades,
2. El cumplimiento de deseos y la realización de fines,
3. Y que esto lo hace posible una cultura respetando la autodeterminación o libertad de cada miembro de la misma,
4. A la vez que ofreciendo medios adecuados.

Una vez aclarado el sentido de moral y cultura, utilizado para el análisis de las culturas, y de cultura, pueden establecerse cuatro principios para identificar y someter a juicio moral a una cultura. Esto son:

1. Principio de autonomía,
2. Principio de autenticidad,
3. Principio de sentido y
4. Principio de eficacia.

Con estos cuatro principios se pretende salir de la antinomia *cultura universal versus minoría cultural* o étnica, porque en este análisis "cultura universal" no refiere a dominio militar, económico o político, ni a cultura más extendida geográficamente hablando, sino aquella que cumpla cabalmente con los cuatro principios. Del mismo modo, "minoría cultural" no alude a lo contrario, como: cultura en desventaja tecnológica o económica, o con pocos habitantes, etcétera, sino incumplimiento de alguno de los principios.

La ventaja de los cuatro principios es que ayuda a realizar un juicio de una cultura sin hacer una "comparación denigrante", o sea frente a otra cultura, sino con los elementos de la misma cultura.

Para aclarar más esto es necesario explicar en que consiste cada uno de los principios arriba mencionados.

IX. El Principio de autonomía

Una cultura cumple con el principio de autonomía, cuando las creencias y valores son adoptados de una manera intencional y reflexiva.

Intencionalidad y reflexión permiten; 1) Ofrecer una justificación de estas creencias y valores (o sea; pensando en una correspondencia entre el "deber" y el "poder"), 2) Determinar los mejores medios para realizar en la vida estos valores.

Con relación a esto siempre habrá deberes y obligaciones: *Deberes* de sostener una postura crítica frente a la propia cultura, esto es; *deber* de evitar el sometimiento de su propia cultura dentro de un tipo de heteronomía (a la manera de Kant). *Derechos,* por otro lado, a gozar esta autonomía.

Lo opuesto a la autonomía es el sometimiento a creencias o la adopción de valores sin intención o reflexión. En toda cultura hay elementos de origen propio y ajeno; entonces, la influencia de una cultura sobre otra no es el factor decisivo para juzgar su autonomía, sino la forma como son aceptados o incorporados los nuevos valores y creencias. Por tanto, autonomía no debe confundirse con nacionalismo o chovinismo, antes bien significa la aceptación reflexiva e intencional de sus formas de vida.

X. El principio de autenticidad

Una cultura cumple con el principio de autenticidad, cuando los valores y creencias de la cultura manifiestan los propósitos y actitudes de sus miembros.

Este principio retoma el sentido de "persona auténtica" que refiere a aquel individuo cuyo comportamiento corresponde con sus creencias y éstas, a su vez, con sus necesidades y deseos.

Es claro, según esto, que autenticidad no es sinónimo de lo *propio,* sino de la correspondencia entre valores culturales y los deseos y necesidades de un pueblo. En este sentido, la perdida de autenticidad se presentaría cuando, por ejemplo, un grupo social domine e imponga sus valores al resto de la sociedad, o también cuando en una sociedad tradicionalista se continúe respetando e imponiendo valores a las nuevas generaciones sin atender a las necesidades presentes.

Esto quiere decir que habrá distintos grados de autenticidad según se presente dentro de los distintos grupos sociales una mayor o menor rela-

ción entre creencias y valores, por un lado, y deseos y necesidades, por el otro.

Tonando en cuenta el ejemplo de las sociedades tradicionalistas, se puede ver que el principio de autenticidad supone el de la autonomía, pero no al revés: difícilmente podría concebirse algo auténtico que no este basado en las propias razones e intenciones, aunque sí sucede que se defiendan auténticos y añejos valores no obstante no respondan a la autonomía de la mayoría de sus habitantes.

Consecuencia de esto es que el principio de autenticidad es condición suficiente, aunque no necesaria, de una sociedad entera, porque, como se dijo, no siempre todos los miembros de una sociedad siente que existe una correspondencia entre los valores y sus deseos y necesidades.

XI. El principio de sentido

Una cultura cumple con el principio de *sentido* cuando proyecta fines últimos para la vida de sus miembros. De esta manera, el principio de *sentido* le confiere una orientación a la vida y unidad a la sociedad.

Este principio establece también "valores preferenciales", lo que quiere decir que ordena jerárquicamente los valores respecto del fin último.

El enemigo de este principio sería una cultura colonial que desee imponer sus fines y valores a los colonizados. Por eso, el deber de cada persona será el de oponerse y denunciar formas culturales falsas, insuficientes o irracionales, así como el de contribuir a que en su cultura prevalezcan los fines y valores más altos.

XII. El principio de eficacia

Una cultura cumple con el principio de eficacia, cuando pone al alcance de sus miembros los medios para llegar o realizar los fines propuestos.

Este principio funge como condición de racionalidad en el sentido kantiano que dice sólo es exigible lo que es realizable. Kant establece que la racionalidad del *deber ser* se mide frente a las posibilidades del ser. En este caso, si la sociedad sostiene valores que pretenden dar un sentido a la vida, pero a su vez no ofrece los medios para realizarlos, entonces pierden sentido esos valores y la sociedad carece de eficacia.

Según el mismo principio de eficacia se podría juzgar la cultura vernácula para mejorarla, ya que el principio de eficacia exigiría que se adopten los valores culturales óptimos para realizar las vidas de los miembros de una comunidad. Por eso, habría el deber de aprovechar esa información por otras sociedades cuyas técnicas no sean adecuadas para poder garantizar la eficacia o racionalidad de sus creencias.

XIII. Análisis ético de culturas a través del conflicto entre principios

Con los cuatro principios propuestos se pretende disolver la antinomia que enfrenta a las culturas y las clasifica en dominantes y universales, por un lado, y minoritarias o subyugadas, por el otro. Antinomia que no permite juzgar la pertinencia de los valores culturales más que en comparación con categorías de otra cultura.

Bajo el punto de vista ético de los cuatro principios se puede distinguir dentro de la misma cultura los elementos culturales responsables del atraso y anquilosamiento de aquellos responsables del avance y progreso. Los principios de autonomía y autenticidad representarían el riesgo de lo primero, mientras que los principios de sentido y eficacia representarían la posibilidad de lo segundo.

El dilema *cultura universal —cultura minoritaria* debe ser sustituido por el de *autonomía y autenticidad— sentido y eficacia*, porque la *eficacia* apunta a la adopción de medios más aptos y el *sentido* exigiría que se aceptaran valores superiores a los tradicionales.

Ciertamente, es posible un equilibrio entre estos cuatro principios de tal forma que los principios de *sentido y eficacia* pretenderían ayudar a superar la inercia de las formas de vida heredadas y adoptar las de una civilización más avanzada, mientras que los de *autonomía y autenticidad* velarían contra la dominación o imposición de formas culturales extranjeras sin justificación alguna.

Si se acepta esto, se puede comprender que el enemigo a vencer no es tanto la cultura extranjera dominante, sino la propia enajenación cultural que lleva a anular el juicio crítico con base a los cuatro principios.

XIV. Política cultural y conclusiones

El único conflicto real se presenta dentro de la propia cultura, siendo el mayor enemigo a vencer la enajenación cultural a través de los medios masivos de comunicación. La mejor política cultural será aquella que fomente el análisis critico de sus valores culturales con base en los cuatro principios, evitando, por un lado, el *nacionalismo* que confunde el carácter autónomo con lo peculiar o folclórico, y, por otro lado, evitando la aceptación indiscriminada de formas de vida importadas del extranjero.

Una política cultural tendrá que enfrentar el problema de la hegemonía y el respeto a las minorías étnicas. El dilema que se enfrenta es el de incorporar una cultura étnica a riesgo de desaparecerla, o el de respetarla y dejarla en su atraso. El respeto a la autonomía y autenticidad de esa cultura minoritaria sería el primer deber. Luego, otro deber más sería juzgando su cultura según sus mismos patrones y poniendo a su disposición herramientas para hacer más eficaz su cultura pero sin coaccionarla. Sólo así se daría la verdadera integración de las minorías en la nación.

Integración no es sinónimo de homogeneización: integración es poner los elementos para que cada etnia sea auténtica y autónoma en una nación. Por eso habría que garantizarles su fuerza de autodeterminación y propiciando la comunicación.

EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Carlos de la TORRE MARTÍNEZ

SUMARIO: I. *Panorama general*. II. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. III. *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.* IV. *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer*. V. *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*.

Desde su génesis hasta el día de hoy, el sistema de protección y promoción de los derechos humanos implementado en el marco de las Naciones Unidas ha tenido al derecho a la no discriminación como uno de sus ejes centrales. Incluso se puede sostener que es el derecho que ha merecido la atención de un mayor número de instrumentos internacionales de protección. Entre convenciones, declaraciones, comentarios generales, planes de acción y grupos de trabajo, son más de 20 los instrumentos de Naciones Unidas que actualmente abordan directamente el problema de la discriminación.[1]

A mi juicio son dos las razones por las cuales se ha prestado tanta atención en este derecho fundamental. La primera de ellas se refiere a la naturaleza jurídica del propio derecho, mientras que la segunda responde a la magnitud con la que se han y se siguen presentando graves contextos de discriminación e intolerancia en el mundo.

[1] Un compendio muy completo de todos los instrumentos jurídicos en materia de no discriminación en el sistema de Naciones Unidas puede encontrarse en *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I: Instrumentos Internacionales, t. I: Sistema de Naciones Unidas, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2005.

El derecho a la no discriminación se caracteriza por su amplitud de miras, es decir, es un derecho que no se agota en sí mismo, sino que, por el contrario, sólo cobra sentido en su relación con el resto de los derechos. La nota esencial del derecho a la no discriminación es que constituye un derecho de acceso, o si se prefiere, un meta-derecho que se coloca por encima del resto de los derechos y cuya función principal es garantizar que todas las personas, sin ningún tipo de distinción razonable, puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones. En este sentido el derecho a la no discriminación, a través de la figura de las cláusulas de no discriminación, se ha colocado en las disposiciones preeliminares de todas las convenciones y declaraciones sobre derechos humanos promovidas por las Naciones Unidas. Otro elemento que se desprende de la naturaleza jurídica del derecho a la no discriminación es la estrecha relación que guarda con los denominados grupos en situación de vulnerabilidad. Pues al prohibir que se establezcan distinciones en el ejercicio de los derechos con base a motivos tales como la raza, el sexo, el origen étnico, la religión, la edad, la orientación sexual, etcétera, el derecho a la no discriminación ejerce una especial protección de las minorías raciales, de los adultos mayores, los niños, los pueblos indígenas, los homosexuales, las mujeres, etcétera. Este rasgo también ha determinado que el derecho a no ser discriminación tenga una presencia casi omnicomprensiva en todos los ámbitos y dimensiones de los derechos humanos.

La segunda razón de la enorme relevancia del derecho a la no discriminación responde a la intensidad con la que éste derecho fundamental ha sido y es transgredido en el mundo entero. Para empezar, conviene recordar que en el primer impulso de construcción del sistema de Naciones Unidas se tuvo muy presente que muchos de los peores crímenes de *lesa humanidad* que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial tuvieron como motivación principal sentimientos racistas y xenófobos, los cuales se tradujeron en expresiones particulares de una brutal discriminación en contra de las minorías raciales y nacionales. Pero también, que durante los ya más de sesenta años de vida de la Organización de las Naciones Unidas muchos de los conflictos internacionales más preocupantes y que han cobrado mayores cuotas de vidas humanas han estado permeados de un problema profundo de discriminación y de odio al que es diferente. Así, no sólo en conflictos de proporciones tan críticas como

los ocurridos en la República de la ex Yugoslavia o en Rwanda, en los cuales se practicó sistemáticamente las denominadas prácticas de limpieza o depuración étnica, es posible identificar un serio problema de discriminación racial y religiosa. También en otro tipo de conflictos actualmente vigentes la xenofobia, el racismo y la intolerancia religiosa convergen para detonar catástrofes humanitarias de no menor trascendencia, aunque algunas de ellas se encuentran más alejadas de los reflectores internacionales. En la India, las relaciones entre hindúes y musulmanes siguen siendo sumamente tensas, los grupos extremistas y los partidos ultranacionalistas de ambos grupos practican una política descaradamente discriminatoria.[2] En Bangladesh, las minorías étnicas y religiosas, principalmente cristianas, hindúes y budistas, padecen actos de intolerancia y violencia de parte de los extremistas musulmanes. En Irán, las minorías judía, asiro-caldea y armenia padecen restricciones y discriminaciones en materia de acceso a las fuerzas armadas y a la justicia y un trato desigual ante los tribunales.[3] En Sudán, la política de islamización forzosa y el extremismo institucional han vulnerado gravemente los derechos de las minorías cristianas y provocado diversas formas de intolerancia religiosa como detenciones, torturas, cierre de iglesias, despido en masa de funcionarios y discriminación en la enseñanza.[4] En Australia, las minorías aborígenes y los australianos de origen asiático en ocasiones son discriminados, sobre todo en materia de justicia penal sufriendo tratos crueles, inhumanos y degradantes.[5] En cuanto a la discriminación por motivos de origen nacional o migración cabe señalar, por ejemplo, la discriminación que padecen los ciudadanos magrebíes o árabes en Europa occidental,[6] así como la que sufren los ciudadanos de origen turco en Alemania,[7] la intolerancia que sufren los ciudadanos extranjeros de religiones no reconocidas por el Corán, como los hindúes, los sijs y los budistas, en los países árabes del Golfo,[8] los actos de discriminación que sufre la comunidad musulmana, en particular de origen indio y pakistaní,

2 Véase el siguiente documento de Naciones Unidas: E/CN.4/1997/91/Add.1

3 Véase la resolución 1999/13 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del 23 de abril de 1999.

4 Véase la resolución 51/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 12 de diciembre de 1996.

5 Véase E/CN.4/1997/71.

6 *Idem*.

7 Véase (E/CN.4/1996/72).

8 Véase (E/CN.41998/6).

en Gran Bretaña,[9] o la discriminación que padecen los ciudadanos mexicanos y centroamericanos en los Estados Unidos de Norte América. Finalmente, basta mencionar, que en el conflicto multisecular entre israelitas y palestinos subyace claramente un elemento de discriminación étnica y religiosa,[10] o bien, que de los 8.734 delitos clasificados en los Estados Unidos durante 1998 como "delitos de odio", 1.400 obedecieron a razones religiosas y más de 1,100 se cometieron contra ciudadanos de origen judío.[11] Así pues, podemos afirmar que la enorme atención que ha merecido el derecho a la no discriminación en el ámbito internacional de los derechos humanos se encuentra proporcionalmente relacionado con la intensidad con la que en nuestros días sigue siendo vulnerado.[12]

I. Panorama general

Como ya hemos apuntado más arriba la protección del derecho a la no discriminación en el marco de las Naciones Unidas no se encuentra contenida en un solo instrumento, sino en un conjunto nutrido y variado de ellos. Debido a la naturaleza del presente trabajo me será imposible abordar con cierto detalle todos estos instrumentos, por ello en este apartado intentaré exponer un panorama general de los diversos instrumentos, organismos y mecanismos que directa o indirectamente se vinculan con el derecho a la no discriminación, con el fin de que en los siguientes apartados pueda desarrollar con mayor profundidad algunos de los instrumentos más relevantes.

1. *Carta de Naciones Unidas*

Rigiéndonos por un criterio cronológico el punto de partida del desarrollo del derecho a la no discriminación en el sistema de Naciones Unidas se encuentra en la Carta fundacional de la ONU del 26 de junio de 1945. Es realmente significativo el que en el artículo primero, párrafo

9 Véase (E/CN.41998/79).
10 Véase (E/CN.4/1995/91).
11 Véase *op. cit*., nota 9.
12 Para una visión global de la situación de la discriminación en el contexto internacional véase el documento de la Asamblea General de Naciones Unidas titulado *Medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia*. A/RES/53/133, del 1 de marzo de 1999.

tercero, de la Carta de San Francisco se contenga una prohibición expresa a hacer algún tipo de "distinción por motivos de sexo, raza, idioma y religión" en el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, pues como es sabido, las referencia que se hacen en la Carta a los Derechos Humanos son realmente muy escasas. Pues aunque reconoce que la promoción y la protección de los derechos humanos es uno de los objetivos fundamentales de la organización, la mención que hace de ellos es exclusivamente nominal. Sin embargo, la importancia de ésta disposición no es meramente anecdótica, ni siquiera meramente programática. El artículo 56 de la Carta establece textualmente que los Estados partes se comprometen a hacer efectivos los principios y propósitos de las Naciones Unidas, lo cual, sumado a que la naturaleza jurídica de la Carta es la de un tratado internacional vinculante para las partes, implica que el mandato de la no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos es de aplicación directa para los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Esta referencia explícita a la no discriminación en la Carta de las Naciones Unidas, también influyó para que en 1947 el Consejo Económico y Social, creado por el capítulo IX de la Carta de San Francisco, creara a su vez la *Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías* como un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, a la cual se le encomendó la creación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos.*[13] En buena medida se debió al intenso trabajo de la Subcomisión el que el tema de la discriminación haya ocupado un puesto principal en el desarrollo del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas. En 1999 la Subcomisión sufrió una reforma integral y adquirió su nombre actual de *Subcomisión para la Promoción Protección de los Derechos Humanos*. Se compone de 26 especialistas en derechos humanos que aunque son elegidos por los Estados conforme al principio de igual representatividad de todas las zonas geográficas trabajan a título personal. Actualmente es considerada como el *Think Tank* de Naciones Unidas en materia de derechos humanos desplegando un trabajo investigación muy intenso en los denominados tema frontera de los derechos humanos. Entre los temas que actualmente trabajo relacionados con la no discriminación destacan: la discriminación en la impartición de justicia, derechos de los pueblos indígenas y de las

13 Véase Janusz, Symonides y Volodin, Vladimir, *A Guide to Human Rights, Institutions, Standards, Procedures,* Francia, UNESCO, 2001.

minorías étnicas, el impacto de la intolerancia en la protección de los derechos humanos y la relación entre discriminación y pobreza.[14]

2. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 consagra la prohibición de no discriminación bajo la forma jurídica de un principio íntimamente vinculado con el de la universalidad de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas por ella. Sin que emplee expresamente el término de "discriminación" el artículo segundo proclama que "toda persona tiene los derechos y libertades consagrados por la Declaración, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". La gran importancia de este artículo reside en que ha servido como modelo a seguir para el resto de instrumentos internacionales que se avocan a proteger el derecho a no ser discriminado. Así, los motivos que enumera como prototipos de distinciones discriminatorias son exactamente los mismos que son citados por el resto de instrumentos internacionales como causas injustificadas para hacer algún tipo de distinción en torno al goce y ejercicio de los derechos fundamentales. Debido a la naturaleza jurídica misma de la Declaración y a la redacción empleada por el artículo segundo, a mi juicio sería un tanto excesivo sostener que en ella ya se contiene un derecho subjetivo a la no discriminación. Sin embargo, no cabe duda de que el artículo segundo de la *Declaración Universal* ha servido de referente insustituible al resto de los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas para desarrollar y fortalecer jurídicamente el derecho a no ser discriminado.

La expresión jurídica más rigurosa, pero a la vez, más amplia del derecho a la no discriminación se encuentra sin duda en los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas. En ambos pactos se introduce la obligación específica de los Estados partes de garantizar y respetar los derechos fundamentales en ellos contenidos sin *discriminación* alguna. Con lo cual queda establecido un vínculo infranqueable entre el derecho

[14] Para mayor información en relación al trabajo de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos puede consultarse *http://www.ohchr.org/spanish/bodies/subcom/index.htm*.

a la no discriminación y el resto de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales contenidos en los Pactos. Más adelante nos detendremos en el análisis de la manera específica en que el derecho a no ser discriminado se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la interpretación que de éste ha hecho el Comité de Derechos Humanos.

En el mismo nivel de importancia se sitúan la *Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* de 1963 y la *Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer de 1979*. Ambas Convenciones se caracterizan por particularizar el principio de no discriminación al ejercicio de los derechos fundamentales de las minorías raciales y de las mujeres. Cómo se detallará más adelante, ambos instrumentos cuentan cada uno con un comité encargado de vigilar el cumplimiento de los estándares en ellos contenidos a nivel local.

3. *Convenciones de Naciones Unidas que protegen indirectamente al derecho a la no discriminación*

De manera paralela en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas podemos encontrar otras Convenciones que se relacionan de manera indirecta con el derecho a no ser discriminado, pero que no por ello, deben de colocarse en una posición secundaria. Me refiero, en primer lugar, a la *Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio* del 9 de diciembre de 1948. La razón por la que ésta Convención se vincula con el derecho a la no discriminación consiste en la protección que hace de los grupos nacionales, étnicos, raciales y religiosos. Y es que aunque la Convención protege estrictamente a los individuos miembros de éstos grupos como las víctimas del delito de genocidio y no a los grupos humanos en sí mismos. Al establecer que el elemento subjetivo esencial para la tipificación del delito es la destrucción del *grupo como tal*, termina subrayando que el elemento fundamental del sujeto pasivo es su pertenencia a un determinado grupo humano. Así pues, se ha considerado que el derecho fundamental que es protegido por la Convención es el derecho que los distintos grupos raciales, étnicos, nacionales y religiosos tienen a la *existencia.*[15]

[15] Véase Lerner, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, pp. 257-258.

En una situación similar se encuentra la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo de apartheid*, del 30 de noviembre de 1973. Esta Convención se relaciona con el derecho a la no discriminación, simple y sencillamente porque el *apartheid* constituye el ejemplo más claro y extremo de la discriminación estructural. Su elemento principal consiste en la segregación de los grupos raciales, reconociendo injustificadamente derechos y libertades desiguales para cada grupo. El crimen de *apartheid* principalmente vulnera, como se reconoce en el preámbulo de la *Convención*, el principio de la igualdad en dignidad y derechos de todas las personas. Su consecuencia práctica, sin duda, es la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo.[16] Pese a que el artículo quinto de la *Convención* establece expresamente la posibilidad de que un tribunal penal internacional, que haya sido reconocido previamente por el Estado, juzgue a las personas responsables de cometer los actos que integran el crimen de *apartheid*, ésta disposición había sido letra muerte por el simple hecho de la inexistencia de dicho tribunal. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que el artículo séptimo letra (j) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* considera como crimen contra la humanidad y, por ello, sujeto a la jurisdicción de la Corte, el crimen de *apartheid.*[17] Sin duda esta situación da vida al artículo quinto de la Convención permitiendo que un tribunal penal internacional juzgue a los responsables de este crimen de *apartheid,* siempre y cuando el Estado que tenga jurisdicción sobre ellos haya ratificado el Estatuto de la Corte. Así, pues, el valor de la Convención ya no es meramente histórico, como se pensó una vez que se consiguió la eliminación plena del ré-

16 En el artículo segundo de la Convención se establece un catálogo de conductas que se consideraran constitutivas del crimen de *apartheid* en tanto se realizan de forma sistemática y con el fin de segregar y dominar a un determinado grupo racial. Éstas son: la denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad; la imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (genocidio); la imposición de medidas legislativas que impidan la participación de uno más grupos raciales en la vida política, social, económica y cultural del país; la implementación de medidas administrativas o legislativas que tengan como fin dividir a la población según criterios raciales, creando reservas y guetos, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales o expropiando los bienes de los miembros de un determinado grupo racial y, por último, explotar laboralmente a los miembros de uno o más grupos raciales.

17 Véase el artículo séptimo letra (j) del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* del 17 de julio de 1998.

gimen de *apartheid* en Sudáfrica. Aunada al Estatuto de la Corte Penal Internacional la *Convención Internacional para la represión del castigo y el crimen de apartheid* adquiere el valor de derecho internacional vigente sujeto a ser aplicado por la Corte en caso de que desgraciadamente vuelva a ser necesario.

4. *Declaraciones de Naciones Unidas en torno al derecho a no ser discriminado*

En un segundo nivel encontramos un conjunto de declaraciones que pese a su enrome importancia conceptual y, sobre todo, pese a su enorme necesidad práctica, a la fecha no se ha podido llegar al consenso necesario entre las naciones para revestirlas de vinculatoreidad jurídica. La primera de ellas es la *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones,* aprobada por la Asamblea general de la ONU el 25 de noviembre de 1981.[18] Los trabajos de elaboración y negociación de esta Declaración se desarrollaron de manera paralela a los de la *Convención para Eliminar todas la formas de Discriminación Racial*. Incluso en su momento los expertos puntualizaron que atendiendo a la realidad del fenómeno de discriminación lo más recomendable era que se elaborara una sola convención que prohibiera de manera conjunta la discriminación por motivos racistas y por motivos religiosos, ya que en muchos conflictos humanitarios resulta imposible distinguir muchas veces si los actos de discriminación tenían raíces religiosas o racistas. Sin embargo, el rechazo de algunos países fue de tal magnitud que se optó por dividir los temas y establecer dos causes separados. El tema de la discriminación religiosa finalmente se vio bloqueado y el único nivel de consenso que se puedo alcanzar en la Comisión de Derechos Humanos fue el de una mera Declaración.[19] En ella se consagran dos derechos íntimamente interrelacionados; el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la no discrimi-

18 Resolución 36/55 (XXXVI) de la Asamblea General de Naciones Unidas.

19 Sobre este tema véase Shtanke, Ted y Martín, Paul, *Religion and Human Rights: Basic Documents*, 1998; Liskofsky, "The UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance and Discrimination: Historical and Legal Perspectives", en *Religion and the State: Essays in honor of Leo Pfeffer,* (1985) y Lerner, Natan, *Religion, Beliefs and International Human Rights,* Nueva York, 2000.

nación por motivos religiosos. De la lectura armónica de la Declaración se puede inferir que la relación que ambos guardan entre sí es de subordinación del segundo respecto del primero, en el sentido de que la no discriminación es una exigencia derivada del derecho a la libertad religiosa. Respecto del primero, la Declaración no aportó definición alguna, más bien, optó por describir y enumerar los elementos y exigencias que implica. En el artículo primero afirma que el derecho incluye la libertad de tener una religión o una convicción, así como la libertad de manifestarlas de manera individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza, considerando como únicas limitantes las establecidas en ley fundadas en motivos de seguridad, orden, salud, moral pública y los derechos y libertades fundamentales de los demás. Tal vez, la parte más sustantiva de la Declaración la constituye el artículo sexto en el cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa mediante la enumeración de las libertades que quedan resguardadas por dicho derecho y que resultan indispensables para su efectivo ejercicio.[20] En cuanto al derecho de no ser discriminado por motivos religiosos se debe aclarar que la Declaración lo contempla sólo en su sentido negativo, es decir, tan sólo establece en su artículo segundo la prohibición a los Estados, instituciones, grupos de personas e individuos de cometer actos de discriminación por motivos religiosos. Sin embargo, aporta una definición de lo que debe entenderse por discriminación religiosa en términos muy similares a la definición que sobre

20 Estas son: La libertad de tener una religión, así como de manifestarla individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza; la libertad de practicar el culto o de celebrar reuniones, así como de fundar y mantener lugares para esos fines; la libertad de fundar y mantener instituciones humanitarias; la libertad de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidades suficientes los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción; la libertad de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas; la libertad de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines; la libertad de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones; la libertad de capacitar, nombrar elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción; la libertad de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias; la libertad de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional; y el derecho de los niños a tener acceso a la educación en materia de religión o convicciones conforme con los deseos de sus padres.

discriminación racial aportó la Convención.[21] Otro elemento interesante de la Declaración es que en su artículo tercero proclama que la discriminación entre los seres humanos por motivos de religión constituye una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios de la *Carta de las Naciones Unidas*. Por ello, sostiene que debe ser condenada como una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en el resto de los instrumentos internacionales. Finalmente, el artículo cuarto de la Declaración establece la obligación positiva para los Estados de adoptar las medidas necesarias para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos religiosos y convicciones, así como de revisar la legislación interna con el fin de derogar las leyes discriminatorias y promulgar nuevas leyes que combatan la discriminación y fomenten la tolerancia en materia religiosa.

En segundo lugar encontramos la *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas,* aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1992.[22] Esta Declaración se vincula con el tema de la discriminación en cuanto su objetivo es fortalecer el ejerció de los derechos de aquellos grupos de personas minoritarios que por motivos de su raza, su origen étnico, su religión o su lengua, se encuentran inmersos en un contexto de discriminación. De manera particular la prohibición de no discriminación se ubica en los artículos tercero y cuarto. En el primero de ellos se establece que las personas que pertenecen a grupos minoritarios podrán ejercer sus derechos sin ningún tipo de discriminación. Mientras que el párrafo primero del artículo cuarto establece el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna. Conviene subrayar, primero, que en las anteriores disposiciones los sujetos del derecho a la

21 En este sentido el artículo segundo establece expresamente "A los efectos de la presente Declaración se entiende por 'intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones' toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". Véase Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones.

22 Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1992.

no discriminación son claramente las personas pertenecientes a las minorías y no las minorías en sí mismas y, segundo, que la protección contra la discriminación no sólo recae en los derechos proclamados por la Declaración, sino, en general, en cualquiera de los derechos humanos que gozan las personas pertenecientes a las minorías. En este sentido, la Declaración complementa otros instrumentos internacionales que prohíben la discriminación, mediante el fortalecimiento de la protección de los miembros de las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.[23]

Finalmente en el ámbito de las Declaraciones encontramos la *Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales,* aprobada por unanimidad por la Conferencia General de la UNESCO el del 27 de noviembre de 1978.[24] La Declaración propugna dos principios fundamentales: por una parte, que todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos de manera que todos pertenecen a la misma especie y forman parte integrante de la humanidad y, por otra parte, que todos los individuos y los grupos humanos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. La primera parte de la Declaración se avoca a fortalecer y desarrollar ambos principios. En cuanto al primero, el artículo segundo de la Declaración califica como científicamente infundada toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de un determinado grupo racial. Aunado a ésta aserción el artículo 4o. descalifica todas las formas de discriminación racial, tales como el *apartheid*, la *segregación,* el *genocidio y* la *esclavitud*, las cuales propugnan como fundamento teórico la negación de la igualdad de dignidad de todos los hombres. Desde una perspectiva comunitaria la Declaración subraya que todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, cultural, económico y político. Por lo que manifiesta que todas las diferencias entre las realizaciones de los pueblos sólo pueden explicarse por factores geográficos, históricos, políticos, sociales y económicos, pero nunca debido a que la naturaleza y las facultades de sus miembros sea supuestamente distinta. En cuanto al segundo principio, la

23 Para abundar en el tema de la protección jurídica internacional de las minorías véase: Dinstein, Yoram y Tabory, Male, (coords.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Israel, 1992; Capotorti, F., *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, Nueva York, United Nations, 1991.

24 Véase *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación y racismo*, México, CNDH, 2004, pp. 25-34.

Declaración se propone desarrollar lo que entiende por derecho a ser diferentes. Aunque realmente no podemos encontrar en ella una definición o un desarrollo sistemático de éste derecho, si logra desprender de él algunas consecuencias importantes. La primera de ellas es que la identidad de origen que existe entre los hombres no afecta la facultad (libertad) que todos los hombres tenemos de vivir de manera diferente y, por lo tanto, de hablar, de creer, de pensar, de relacionarnos, de organizarnos, etcétera, de maneras muy diversas. Para asumir ésta multiplicidad de formas de ser y de vivir la Declaración introduce el concepto de diversidad cultural. De manera que del derecho a ser diferentes deriva el derecho a la identidad cultural como la expresión grupal o comunitaria del primero. Ahora bien, el derecho a la identidad cultural a su vez se desarrolla a través de otros tres derechos íntimamente relacionados: el primero es el derecho a la libre determinación cultural de los pueblos, el cual se consagra de manera un tanto ambigua en el artículo tercero de la Declaración; el segundo consiste en el derecho a la protección y preservación de la propia cultura y el tercero, es el derecho a no ser asimilado por otras culturas. Aunque por su propia naturaleza la Declaración no es muy específica en los deberes que asume el Estado, la formulación de éstos derechos puede constituir obligaciones muy puntuales para los Estados respecto de los grupos y culturas minoritarias que habitan en su territorio. Así, por ejemplo, el deber de fomentar y conservar su lengua, de respetar sus costumbres, sus formas de organización y sus modos de expresión constituyen exigencias derivadas del derecho a la identidad cultural. En ésta línea el artículo quinto de la *Declaración* afirma el valor intrínseco que tiene cada cultura en particular y cómo cada una aporta un elemento insustituible en la formación de la cultura humana. Esto le permite afirmar solemnemente que la cultura es obra de todos los seres humanos y patrimonio común de la humanidad. A mi juicio, la *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales* supera por mucho su propia esfera de incidencia. No sólo combate los prejuicios sociales en torno a la raza, lo cual, como hemos visto en el capítulo segundo, constituye una causa fundamental del fenómeno de la discriminación, sino que, además, introduce una serie de conceptos muy innovadores e, incluso, me atrevería a decir, revolucionarios para su época. Así, por ejemplo, el trato que hace de los grupos humanos, instituyendo derechos no sólo a sus miembros, sino aparentemente también a los grupos como tales; la recomendación de emplear acciones afirmativas para combatir la discriminación, el derecho al desa-

rrollo integral de los individuos y la incorporación del derecho a ser diferente, el cual, junto al principio de la igual dignidad, constituye la base sobre la que se sustenta el derecho a la no discriminación.

5. *Otros instrumentos para combatir la discriminación pertenecientes a las agencias especializadas de Naciones Unidas*

Por otra parte, algunas de las agencias especiales de Naciones Unidas, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de Naciones Unidas para la Ecuación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) han desarrollado también algunos instrumentos para combatir la discriminación en la esfera de su competencia. Así, podemos destacar, de parte de la OIT, el *Convenio (número 111) relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, el cual entró en vigor el 15 de junio de 1960,[25] mientras que de parte de la UNESCO, la *Convención Relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza,* del 22 de mayo de 1962.[26]

El Convenio número 111 fue el primer instrumento internacional que define lo que se entiende por discriminación. Al igual que el resto de instrumentos internacionales y regionales describe la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en un conjunto de motivos o cualidades personales que tienen por efecto anular o alterar la *igualdad de oportunidades* o de *trato* en el empleo y ocupación. Ahora bien, su protección se extiende no sólo al trato recibido en el lugar de trabajo, sino, también, se refiere a la igualdad de oportunidades para el empleo. De ésta manera la Convención intenta erradicar toda discriminación en otras esferas, como la educación, la capacitación, el transporte, la alimentación, las cuales están estrechamente vinculadas con la igualdad de oportunidades para desempeñar un empleo. Sin embargo, la Convención deja esta exigencia muy abierta dado que no estima necesario enumerar y desarrollar los derechos específicos que resultan indispensables para la consecución de la igualdad de trato en el empleo. Tan sólo menciona algunas obligaciones a las que se comprometen los Estados partes

25 *Ibidem*, pp. 65-70. México lo ratificó el 11 de septiembre de 1961 y entró en vigor para México el 11 de septiembre de 1962.

26 *Ibidem*, pp. 71-80. Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza. Esta Convención ha sido ratificada por noventa Estados, entre los cuales no se encuentra el Estado mexicano.

para alcanzar dicho objetivo, entre ellas destacan: derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones o prácticas administrativas que resulten discriminatorias, promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento del principio de no discriminación en el empleo, asegurar que en las instituciones y dependencias de la administración pública se respete el principio de no discriminación en el empleo y, finalmente, tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la eliminación de la discriminación en el empleo.

La Convención Relativa a la Lucha en contra de la Discriminación en la Esfera de le Enseñanza tiene una mayor proyección a la del *Convenio número 111*, en tanto, que en el fondo plantea una manera específica de estructurar el sistema educativo en los Estados partes. En su primer artículo se define qué debe entenderse por discriminación en la enseñanza. Para ello sigue las mismas líneas generales que el resto de definiciones aquí ya analizadas, destacando, obviamente, que los actos de distinción, exclusión y preferencia tienen por finalidad o efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza. Sin embargo, en ésta definición se añaden un conjunto de ejemplos concretos, no limitativos, de situaciones que constituyen claramente discriminación en la enseñanza. Así, considera discriminatorio: excluir a una persona o a un grupo el acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana y, salvo las excepciones que trataremos a continuación, instruir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos. De forma complementaria el artículo segundo identifica ciertas prácticas que aunque constituyen un trato desigual en materia de educación no constituyen en sí mismas un acto discriminatorio. Todas ellas se refieren al otorgamiento de educación por separado y en distintos planteles a grupos distintos de personas. Así pues, la Convención no considera discriminatorio la enseñanza por separado de niños y niñas, el establecimiento de centros específicos para personas que comparten una misma religión o una misma lengua y la creación de establecimientos de enseñanza privada, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: se ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, se disponga de un personal docente igualmente calificado, se cuente con locales escolares y equipo de igual calidad, se sigan programas equiva-

lentes de enseñanza, sea facultativo el ingresar a ellos y no tengan la finalidad de excluir o privilegiar a un determinado grupo.

En relación con las obligaciones que asumen los Estados, la Convención establece dos tipos de obligaciones: unas de carácter negativo y otras de naturaleza positiva. Entre las primeras destacan la obligación de derogar todas las disposiciones legislativas y de eliminar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminación en la esfera de la enseñanza, no establecer ningún tipo de preferencia de grupo en las ayudas que el Estado brinda a las instituciones de enseñanza, no establecer ninguna distinción en las becas, estímulos o facilidades que otorga el Estado para promover la enseñanza, no establecer ningún tipo de preferencia en la preparación que recibe el personal docente y conceder a los extranjeros residentes en el territorio el acceso a la enseñanza en los mismos términos y condiciones que a los nacionales. Mientras que se establecen las siguientes obligaciones positivas: adoptar las medidas necesarias para que no se haga discriminación en la admisión de alumnos a los establecimientos de enseñanza, hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, hacer accesible a todos la enseñanza secundaria y superior y mantener en todos los establecimiento públicos el mismo nivel académico. Como se puede ver con claridad la Convención no sólo establece ciertas obligaciones aisladas a los Estados partes, sino que exige la implementación de toda una política educativa que tenga como elemento central la no discriminación en la enseñanza y como finalidad la consecución del principio de igualdad de oportunidades para todos.

Por otra parte, la Convención hace eco de los principios que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* señala como los objetivos inspiradores de la educación: el pleno desenvolvimiento de la persona humana, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la comprensión, la tolerancia y la cooperación entre las naciones. Pero también integra y, por lo tanto, hace vinculante para los Estados partes el deber de respetar la libertad de los padres de elegir para sus hijos establecimientos de educación distintos a los establecidos por el Estado y de dar a sus hijos la educación religiosa y moral conforme a su propias convicciones.[27]

Una disposición muy interesante e innovadora en la Convención es la que establece el derecho de las minorías nacionales de establecer y man-

[27] Este deber también se establece en el párrafo cuarto del artículo 18 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* relativo al derecho de libertad religiosa.

tener escuelas y de emplear y enseñar su propio idioma. Este es un derecho colectivo en tanto su sujeto es el grupo minoritario como tal y no los individuos que pertenecen a él, aunque, por supuesto, éstos al final sean los que lo ejercen. Ahora bien, la Convención establece tres requisitos para poder ejercitar éste derecho: el primero consiste en que la enseñanza que se imparte no limite la capacidad de los miembros de la minoría de comprender la cultura y el idioma del conjunto de la sociedad a la que pertenecen; el segundo en la exigencia de que el nivel académico no sea inferior al del resto de instituciones de enseñanza y el tercero, que la asistencia a esas escuelas por los miembros de las minorías no sea obligatoria.[28]

Finalmente, no quisiera cerrar este panorama general sin mencionar que el tema del derecho a la no discriminación sigue siendo un tema de gran actualidad en el ámbito de las Naciones Unidas. Además de los trabajos constantes que realizan de manera permanente tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), como el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW), existe dentro del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a partir de 1993 y dentro de la figura de procedimientos especiales (Special Procedures), un relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas relacionadas de intolerancia. Además, existen otros relatores especiales y grupos de trabajo que de manera indirecta han abordado en sus informes y estudios el tema

28 Desafortunadamente la Convención no establece ningún tipo de mecanismo para hacer efectiva entre los Estados partes sus disposiciones. Sólo establece la obligación de presentar un informe periódico a la UNESCO sobre el grado de implementación de la Convención, la prohibición de establecer reservas al momento de depositar la ratificación y la posibilidad de que las partes acudan a la *Corte Internacional de Justicia* en caso de que exista una controversia respecto de su interpretación. Sin embargo, dos años después de aprobada la Convención la Conferencia General de la UNESCO aprobó un protocolo por el que se crea una comisión de conciliación y buenos oficios al que las partes podrán dirigir comunicaciones en el caso de que otro Estado parte incumpla con alguna disposición de la Convención. La Comisión creada por el Protocolo y conformada por 11 expertos nombrados por los Estados partes que trabajan a título personal está facultada para recibir éste tipo de comunicaciones una vez que las partes hayan agotado todos los recursos internos y hayan sido incapaces de solucionar el conflicto por sus propios mecanismos diplomáticos bilaterales. La función de la Comisión será prestar sus buenos oficios para que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio, en el caso de que ésta vía fracase la Comisión elaborará un informe en el que establecerá los hechos y presentará sus recomendaciones a las partes.

de la discriminación. Entre ellos podemos destacar: el relator especial de los derechos humanos de los migrantes, el relator especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el relator especial sobre la libertad de religión y creencias, el experto independiente sobre la relación entre pobreza extrema y derechos humanos y la relatora especial sobre la violencia en contra de la mujer.[29] Por último, tan sólo mencionar que dentro de la estructura interna de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (OHCHR) existe una unidad dedicada exclusivamente al tema del derecho a la no discriminación.

II. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), adoptado el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976,[30] retoma el derecho a la no discriminación en sus artículos 2o., 3o., 20 (2), 24 y 26.[31] Siguiendo el modelo impuesto por el artículo segundo de la *Declaración Universal*, el artículo segundo del PIDCP establece la prohibición de ser discriminado en el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto. Ahora bien, la enorme diferencia en relación a la redacción de la *Declaración Universal* es que se establece expresamente la obligación de los Estados partes en respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o en su jurisdicción los derechos reconocidos en el *Pacto* sin ningún tipo de discriminación. Esta nueva redacción, con la cual se señala expresamente un sujeto pasivo del derecho a la no discriminación, atiende a la naturaleza misma el PIDCP en tanto constituye, a diferencia de la *Declaración Universal*, un tratado internacional por medio del cuál los Estados partes adquieren obligaciones jurídicas específicas.

29 Para una panorama general del trabajo de los procedimientos especiales puede consultarse la siguiente dirección de Internet *http://www.ohchr.org/english/bodies/chr/special/themes.htm*.

30 El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 y se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

31 Otros artículos del PIDCP, cómo el que prohíbe la esclavitud y cualquier forma de servidumbre (artículo 8o.) o el que establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y las cortes de justicia (artículo 14) se vinculan con el derecho a la no discriminación en tanto propugnan por la igualdad en derechos de todos los hombres.

La segunda referencia al derecho a la no discriminación se reviste bajo la fórmula de la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos de hombres y mujeres.[32] Aunque ésta disposición puede ser comprendida en el artículo segundo, ya comentado, en tanto prohíbe cualquier distinción basada en el sexo, tiene una especial relevancia debido a que en la *Declaración Universal* no se había consagrado formalmente la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Cuestión, que como es sabido, tuvo una importancia crucial en el movimiento por los derechos humanos a lo largo de todo el siglo XX. El artículo tercero del PIDCP ha servido como punto de partida para la extensa protección, que en el plano internacional reciben los derechos de las mujeres.

El párrafo segundo del artículo 20 del PIDCP establece la obligación de los Estados partes de prohibir mediante ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación. Esta disposición, que por una parte, constituye un límite a otros derechos consagrados en el PIDCP, como el derecho a la libertad de expresión (artículo 19) o el derecho a la libertad de asociación (artículo 22), ha sido entendida como un mandato directo al legislador de desalentar todo posible germen de hostilidad, odio y enfrentamiento entre los miembros de la sociedad que pueda traducirse en actos concretos de discriminación. De alguna manera, con éste artículo el derecho a la no discriminación se está protegiendo de manera indirecta en tanto establece que el Estado tiene la obligación de inhibir toda doctrina, propaganda, partido político o ideología que discrimine a un grupo de la sociedad por motivos raciales, religiosos o de nacionalidad.

La cuarta referencia es muy puntual y se refiere a que todos los niños, sin discriminación, gozarán de las medidas de protección que su condición de menor requiere. En este caso, el mandato de no discriminación se refiere exclusivamente a un grupo humano específico. Esta disposición se vio ampliamente fortalecida con la entrada en vigor de la Convención de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, en su artículo segundo se establece la obligación expresa y particular a los Estados partes de ga-

32 El artículo 3o. del PIDCP dice textualmente "Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto". Véase *Derechos humanos; instrumentos de protección internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2004, pp. 241-242.

rantizar que los niños no sean discriminados en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

Pero, sin duda, la norma más importante del PIDCP en cuanto a lo que a la discriminación se refiere es la que se expresa en su artículo 26. En él, al igual que el artículo séptimo de la *Declaración Universal*, se consagran los derechos de igualdad ante la ley y de protección de la ley sin ningún tipo de distinción. Sin embargo, éste artículo perfecciona y desarrolla la redacción del artículo séptimo de la *Declaración* en tanto logra configurar claramente el derecho a la no discriminación. Textualmente afirma:

> La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Lo primero que conviene destacar es que ésta disposición trasciende por mucho el derecho a la igualdad ante la ley e, incluso, la prohibición de ser discriminado en la aplicación de la ley. Si éste artículo se interpreta armónicamente y de forma complementaria con el artículo segundo del PIDCP, el cual establece la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, tenemos que en él se establece una obligación directa de los Estados partes, primero, de prohibir mediante ley toda discriminación, pero, además, de garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación. La naturaleza del deber que adquieren los Estados partes ya no es meramente negativa, en el sentido de no cometer él mismo actos de discriminación, sino, además, se finca un deber positivo de hacer todo lo que esté a su alcance para combatir y erradicar la discriminación. Por lo tanto, aquí tenemos, ya con entera claridad, el fundamento jurídico internacional para exigir el derecho a la no discriminación.

La gran relevancia que adquiere la formulación de éste derecho por el PIDCP consiste en el pleno reconocimiento de su vigencia por la gran mayoría de Estados que forman parte de las Naciones Unidas. Pues, al 10 de enero del 2003 había sido ratificado por 166 países. Mientras que 111 habían ratificado su Primer Protocolo Facultativo, el cual establece un mecanismo que faculta a los individuos que se encuentran bajo la jurisdicción

de los Estados partes a presentar comunicaciones en las que aleguen que el Estado ha violado los derechos reconocidos por el Pacto.[33]

Ahora bien, el contenido y el alcance de éste derecho ha sido ampliamente desarrollado y delimitado por el Comité de Derechos Humanos creado por el propio Pacto. Esto ha sido posible debido a que el Pacto y su Primer Protocolo Facultativo asigna al Comité las siguientes tres atribuciones: la de recibir y evaluar los informes de los Estados partes respecto del cumplimiento en el ámbito de su jurisdicción de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto; la de recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto; y la de recibir y considerar comunicaciones individuales en las cuales los individuos alegan que algún Estado parte vulneró sus derechos reconocidos por el Pacto. El ejercicio de estas tres atribuciones por más de 25 años ha permitido que el Comité de Derechos Humanos desarrolle y delimite el contenido del derecho a la no discriminación tanto a través de las resoluciones que emite con motivo de las quejas individuales que recibe, como los Comentarios Generales que formula con base a los informes periódicos que tiene que presentar los Estados partes.

Entre los problemas que ha abordado destacan los siguientes: 1. Si la protección contra la discriminación se limita a los derechos y libertades reconocidos por el PIDCP o se extiende a otros derechos reconocidos en el resto de instrumentos internacionales; 2. Si las causas de discriminación que enumera el artículo 26 son exclusivas y limitativas o si existen otras causas por las que una distinción de trato pueda ser considerada como discriminación; 3. Si el artículo 26 también prohíbe la discriminación indirecta; y 4. Si de él se puede desprender la obligación de realizar acciones afirmativas en favor de grupos más vulnerables.

Sobre el primer problema el Comité de Derechos Humanos ha insistido que el articulo 26 debe ser interpretado ampliamente en el sentido de incluir, en el mandato de no discriminación, otros derechos y libertades, que a pesar de no estar reconocidos expresamente en el PIDCP, sí lo están en otros instrumentos internacionales. Sobre éste problema se presentó ante el Comité una comunicación individual en contra del gobierno de

33 Véase *Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. México se adhirió al Protocolo el 15 de marzo de 2002 y entró en vigor para México el 15 de junio de 2002.

Canadá en la cual una mujer de apellido Broeks alegaba que una ley local (*Unemploymente Benefits Act*) la discriminaba al negar los beneficios económicos por desempleo a una mujer casada en el caso de que su marido si tuviera trabajo, mientras que en el caso de los hombres sólo bastaba que ellos estuvieran desempleados sin importar si sus esposas trabajaban o no. El gobierno de Canadá respondió que el derecho a la seguridad social no estaba contemplado en el PIDCP, por lo que no tenía obligación de garantizar la igualdad en relación a éste tipo de derechos. El Comité resolvió que en efecto el PIDCP no contempla el derecho a la seguridad social, sin embargo, sostuvo que sí se encuentra consagrada en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* del cuál Canadá es parte.[34] Acto seguido, afirmó que el artículo 26 del PIDCP no hace ninguna restricción en cuanto a los derechos a los que se refiere el mandato de no discriminación, de tal manera que el derecho a la no discriminación contenido en el artículo 26 puede ser aplicado a cualesquiera de los derechos y libertades reconocidos por el Estado.[35]

En relación al segundo problema, el Comité ha resuelto que los motivos que se enumeran en el artículo 26 como ejemplos de distinciones discriminatorias no son limitativos. De manera que las distinciones hechas por otros motivos también pueden ser consideradas como discriminatorias. Ahora bien, el problema consiste en determinar bajo qué criterio debemos calificar si una causa constituye discriminación o no. En su comentario general número 18 relativo a la no discriminación el Comité de Derechos Humanos estableció como regla general que toda distinción hecha por algún motivo que no sea *razonable, objetivo* o que *no persiga los propósitos del Pacto* deberá ser considerado como discriminatorio.[36]

34 Véase artículo 9o. del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". En el caso del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976, sólo se contempla en su artículo 2o. (2) el mandato general de no discriminación en cuanto el goce y ejercicio de los derechos que se contemplan en el Pacto.

35 Véase, Joseph, Sarah, (*et al*.), "Mrs. Broeks *vs.* The Netherlands (171/84)" en *The International Convenant on Civil and Political Rights; Cases, Materials and Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2000. Otros casos en los que el Comité ha tomado la misma postura son: Brinkohof *vs.* The Netherlands (402/90), García Pons *vs.* Spain (454/91) y Adam *vs.* Czech Republic (586/94).

36 Véase, *General Comment núm. 18: Non-discrimination,* 10/11/89.

Sin embargo, conciente de la ambigüedad de los anteriores términos ha optado por definir, caso por caso, cuándo una causa o motivo deriva en una distinción discriminatoria. De esta manera, ha determinado de manera particular y atendiendo cada caso concreto que los siguientes motivos no pueden ser considerados objetivos y razonables para hacer distinciones entre los derechos de las personas: estatus marital o civil (*Danning vs. The Netherlands* (602 «94»), el lugar de residencia (*Lindgren et al, vs. Sweden* (298-299/88), la distinción entre hijo fuera y dentro del matrimonio (*Oulajin & Kaiss vs. The Netherlands* (406, 426/90), las personas empleadas y desempleadas (*Cavalcanti Araujo-Jogens vs. The Netherlands* (419/90) y la orientación sexual (Toonen *vs.* Australia «488/92»).[37]

En éste último caso, el Comité de Derechos Humanos consideró que dos artículos del Código Penal local de Tasmania que establecían como delito cualquier contacto sexual entre dos personas adultas del mismo sexo con su consentimiento y en privado, además, de vulnerar el artículo 17 del PIDCP que contiene el derecho a la no injerencia en la vida privada, violaba el artículo 26 al establecer una distinción irracional al permitir, por un lado, la libertad a las personas adultas heterosexuales de tener relaciones sexuales, mientras que, por otro lado, sancionaba penalmente los actos sexuales cometidos por personas adultas homosexuales.

En cuanto al tercer problema, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que una discriminación indirecta se presenta cuando una práctica común, una norma, una acción política, etcétera, en principio, y en apariencia, no constituye una discriminación en sí misma pero sus efectos o resultados constituyen una cierta desventaja para un determinado grupo de personas. Sobre ésta figura el Comité afirma que el artículo 26 también prohíbe ésta modalidad de discriminación. En el caso *Singh Bhinder vs. Canada (208/86)*, por dar un ejemplo, el Comité resolvió que una norma laboral que exigía que todos los trabajadores de la construcción utilizaran casco en el horario de trabajo constituía una discriminación indirecta, debido no a la norma en sí misma, que sin duda es neutral y no constituye discriminación, sino en cuanto colocaba a todos los miembros de la religión Sihj, a los cuales su religión les exige llevar turbante durante el día, en una situación de desventaja respecto del resto de los trabajadores al no poder cumplir por motivos religiosos la citada norma laboral.[38]

37 Joseph, Sarah, (*et al*.) *op. cit.,* nota 35, p. 530.
38 *Ibidem.*, pp. 533-540.

En relación al último problema, el de las acciones afirmativas, el Comité ha resuelto que del artículo 26 se deriva una obligación positiva de parte del Estado de hacer todo lo que esté a su alcance para combatir y eliminar la discriminación. Lo que incluye tomar las medidas necesarias para eliminar los *contextos* de discriminación en los que ciertos grupos de personas se encuentran. Esta obligación necesariamente implica la implementación de acciones afirmativas que tengan como objetivo principal revertir las situaciones de desventaja en la que se encuentran ciertas personas en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos.

Finalmente, el Comité de Derechos Humanos proporciona una definición amplia de discriminación en la cual podemos identificar los tres elementos que por nuestra parte hemos señalado como esenciales en el concepto de discriminación.

> Se debe entender por discriminación —afirma textualmente el Comité— toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualesquiera condiciones, tales como: raza, color, sexo, lenguaje, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o estatus, y que tenga como propósito o efecto el menoscabo o la negación del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona.[39]

III. Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

El proyecto de ésta Convención fue elaborado por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías tomando como base la *Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1963.[40] Después de varias rondas de fuertes debates la Convención fue aprobada el 7 de marzo de 1966 y entró en vigor el 4 de enero de 1969. En la actualidad, más de 175 Estados la han ratificado, constituyéndose en uno de los instrumentos internacionales de más amplia aceptación en el marco de las Naciones Unidas.[41]

39 Véase *General Comment num. 18; Non-discrimination, op, cit*., nota 36, p. 2.

40 Véase resolución 1904 (XXVIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1963.

41 México ratificó la Convención el 20 de febrero de 1975. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 1975.

La *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (CIEFDR) se divide en tres partes: en la primera se proporciona la definición de discriminación racial, se establecen las obligaciones de los Estados partes y se consagra un catálogo de derechos derivados de la no discriminación; en la segunda, se establecen la estructura y las atribuciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) y en la última parte, se concretan las disposiciones finales de todo tratado internacional relativas a cuestiones tales como su entrada en vigor, las reservas, su denuncia y el procedimiento a seguir en caso de controversia en torno a sus disposiciones.[42]

La definición que aporta el artículo primero de la Convención ha sido tomada como el prototipo del concepto de discriminación relativo a las distintas formas o manifestaciones de discriminación, así como por los instrumentos que buscan eliminar la discriminación hacia ciertos grupos humanos. Se estructura en base a cuatro elementos esenciales: el primero define qué acciones son consideradas como constitutivas de discriminación —distinguir, excluir, restringir o preferir—; el segundo indica bajo qué motivos estas acciones se considerarán discriminatorias —raza, color, linaje u origen nacional o étnico—; el tercero se refiere a los resultados que tienen que producirse para considerar que existe una discriminación —anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales—; y, finalmente, el último establece los ámbitos o esferas en los cuales se prohíben las conductas discriminatorias —política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública—.[43]

Ante la enorme objeción que presentaron los representantes de los Estados partes en lo relativo a asimilar toda distinción basada en el origen nacional como discriminación, la Convención hace una aclaración señalando que no se considerarán discriminatorias las distinciones, ex-

42 Para ver la relevancia de ésta Convención en el Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas véase *The United Nations and Human Rights, 1945-1995*. Nueva York, United Nations Publications, 1996, pp. 33-37.

43 Artículo 1o. "En la presente Convención la expresión 'discriminación racial' denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública". Véase *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación y racismo, op., cit.,* nota 24, pp. 93-111.

clusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado entre ciudadanos y no ciudadanos. De ésta manera, se excluye la posibilidad de utilizar la Convención como fundamento jurídico para inconformarse en contra de las diferencias establecidas en relación a ciertos derechos fundamentales que aún hoy en día establecen los Estados entre sus ciudadanos y los no ciudadanos.

En virtud de su naturaleza vinculante la Convención establece dos tipos de obligaciones que los Estados asumen en torno al derecho a la no discriminación racial. El primer grupo lo constituyen obligaciones de carácter pasivo, tales como: no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial y no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones. Mientras que el segundo grupo encierra obligaciones de carácter positivo, entre las cuales destacan: tomar medidas efectivas para derogar todas las disposiciones legislativas que tengan como consecuencia la discriminación racial; prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de segregación racial y de *apartheid*; eliminar toda propaganda y apología de ideas o teorías vinculadas con la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico o que promuevan el odio y la discriminación racial; estimular organizaciones y movimientos multirraciales que tengan como fin eliminar las barreras entre las razas y desalentar la división racial; tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los *prejuicios* que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos étnicos o raciales y, finalmente, declarar como actos punibles las siguientes actividades: difundir ideas basadas en la superioridad racial, incitar a la discriminación racial, apoyar o financiar las actividades racistas.

Además de estas obligaciones particulares la Convención establece un par de obligaciones de proyección más general. La primera de ellas se refiere, no ya a los actos del propio Estado, sino de los particulares, así se establece el deber de implementar todas las medidas necesarias para combatir y erradicar la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones. Natan Lerner sostiene que ésta es la disposición más importante y con mayor alcance de la Convención en contra de la discriminación racial, pues compromete a los Estados partes a tomar una actitud realmente activa en la lucha contra toda forma de discrimina-

ción practicada por particulares.[44] Incluso, en el debate en torno a su aprobación surgieron una serie de objeciones que indicaban que ésta disposición autorizaría al Estado a violentar derechos civiles y políticos fundamentales bajo la excusa de combatir la discriminación. Por ello se acordó mencionar expresamente en el artículo 4o. que en la lucha contra la discriminación se tomarían muy en cuenta los principios y derechos incorporados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. En la vida diaria se presentan, en efecto, una serie de conflictos o colisiones entre el derecho a la no discriminación y ciertos derechos civiles y políticos. Casos típicos son, por ejemplo, la prohibición de ciertas publicaciones de tintes racistas o la negativa a conceder el registro a un partido político en cuyos estatutos o discurso promueva el odio racial o la intolerancia religiosa.

La segunda obligación se refiere a las denominadas acciones afirmativas. El inciso 2 del artículo segundo recomienda a los Estados partes que tomen medidas especiales y concretas para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Ésta disposición tiene que ser interpretada en relación con el inciso 4 del artículo primero que establece precisamente que éste tipo de medidas no serán consideradas como medidas de discriminación racial. Así, aunque la Convención no utiliza textualmente el término de *acciones afirmativas* se puede inferir fácilmente que está autorizando e, incluso, alentando a que los Estados implementen distinciones (discriminaciones) a favor de ciertos grupos raciales con el fin de revertir una situación anterior de desigualdad respecto del resto de los ciudadanos y alcanzar así una igualdad de oportunidades y derechos para todos. La Convención reitera en ambas disposiciones que dichas medidas deberán ser temporales, de manera que en la medida en que alcancen sus objetivos tendrán que desaparecer para evitar el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales.

Ahora bien, la Convención no solo se limita a establecer obligaciones para los Estados partes en relación al derecho a la no discriminación. También se preocupa por señalar de manera particular todos aquellos derechos a los cuales las personas, sin distinción alguna por motivo de raza

44 Véase Lerner, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 113.

u origen étnico, tienen el derecho de disfrutar y ejercitar. La Convención recoge seis grupos de derechos: los derechos relacionados con el acceso a la administración de justicia, el derecho a la seguridad e integridad personal, los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos económicos, sociales y culturales y, por último, un tipo de derechos que cobran sentido en tanto impiden un régimen de segregación o de *apartheid* y que se integran bajo el derecho de acceso a los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques.

Para cobrar conciencia de la relevancia de ésta disposición hay que tomar en cuenta que apenas un año antes de que se aprobara la Convención, Martín Luther King dio su famoso discurso en Washington en defensa de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos de color en los Estados Unidos,[45] mientras que durante los años sesentas el régimen del *apartheid* en Sudáfrica se encontraba en su máxima expresión, teniendo que pasar veinte años más hasta que fuera liberado Nelson Mandela y casi 30 años para que la Constitución Sudafricana de 1996 entrara en vigor poniendo fin por completo a los últimos resquicios del régimen segregacionista.

En cuanto a la constitución del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial cabe subrayar que además de las atribuciones para recibir informes de los países relativos a las medidas implementadas para hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención y para analizar las comunicaciones que un Estado parte presenta en relación al incumplimiento de la Convención a cargo de otro Estado parte, el artículo 14 de la Convención establece un procedimiento a través del cual las personas o grupos de personas que estén dentro de la jurisdicción de un Estado parte pueden presentar comunicaciones en las que aleguen la violación de los derechos reconocidos por la Convención. A pesar de que éste mecanismo forma parte integral del texto de la Convención se estableció que para que entre en vigor es necesario que el Estado parte reconozca, mediante declaración expresa, la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales. Aunque el mecanismo fue novedoso en su

45 En él Luther King declaraba frases como ésta "Sueño con el día en que esta nación se levante para vivir de acuerdo con su creencia en la verdad evidente de que todos los hombres son creados iguales (...) Sueño con el día en que mis cuatro hijos vivan en una nación donde no serán juzgados por el color de su piel sino por la integridad de su carácter". Véase Branch, Tylor, *Marthin Luther King y su tiempo; Estados Unidos desde 1954 a 1963*, Buenos Aires, Editor Latinoamericano, 1992.

tiempo realmente no constituye una vía muy eficaz para la protección del derecho a la no discriminación racial. Primero, se establece que los Estados que reconozcan la competencia del Comité designen un órgano local para recibir las comunicaciones. De ésta manera sólo si éste órgano no es capaz de restituir los derechos violados se puede presentar la inconformidad ante el Comité. A éste respecto se exige que se hayan agotado todas las instancias locales, excepto cuando la substanciación de los recursos se prolongue injustificadamente. Una vez admitida la comunicación el Estado inculpado tiene tres meses para exponer su posición así como cualesquiera aclaraciones pertinentes. Finalmente, el Comité sólo tiene facultades de emitir sugerencias y recomendaciones, las cuales las remitirá al peticionario y al Estado involucrado, incluyendo un resumen de las mismas en el informe anual que presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas. A la fecha cuarenta y cinco Estados partes han depositado su declaración reconociendo la competencia del Comité para implementar éste mecanismo. Se han presentado 33 comunicaciones individuales, de las cuales 13 no fueron admitidas y 5 están en proceso de revisión. En relación a las otras 15, el Comité ha emitido 10 opiniones negativas y sólo 5 opiniones en las cuales reconoce que si existió violación al derecho a la no discriminación.[46] Ahora bien, sin duda el procedimiento más eficaz y que más ha incidido en el abandono de prácticas discriminatorias al interior de los países ha sido el de los informes periódicos que tienen que presentar los Estados partes al Comité. Esto se debe a que desde los años setenta los Estados han adquirido la obligación de armonizar su legislación interna con los estándares de la Convención. Pero, además, debido a que han tenido que reducir los índices de discriminación que ciertos grupos sufren en su país con el fin de presentar mejores informes al Comité. Debido curiosamente a esta exigencia algunos de los países que tienen una legislación mas avanzada en la lucha contra la discriminación, son aquellos que en los primeros años de entrada en vigor de la Convención aparecían como los países con mayor nivel de discriminación racial. Estos países son: Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y los Estados Unidos.

La *Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* constituye, pues, no sólo el modelo que se si-

46 Para consultar el trabajo realizado hasta la fecha por el Comité para la Eliminación de al Discriminación Racial véase *http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/members.htm*.

guió para la elaboración de otras convenciones y declaraciones en contra de la discriminación, sino, además, uno de los instrumentos internacionales que más ha contribuido en la lucha contra la discriminación. La gran amplitud de su aceptación así como su lenguaje estrictamente jurídico, mediante el que se imponen claras obligaciones a los Estados partes y se consagran derechos específicos a los ciudadanos derivados del derecho a la no discriminación racial, lo sitúa, incluso, como uno de los seis instrumentos internacionales más importantes en la protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas.

IV. Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer

Durante el periodo que corre entre la firma de la Carta fundacional de las Naciones Unidas en 1945 hasta la entrada en vigor del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* del 18 de diciembre de 1979, el tema de la discriminación contra las mujeres ha merecido una especial atención de parte del Sistema de Derechos Humanos de Naciones Unidas. La razón que explica ésta situación es muy clara. El hecho es que a pesar de los enormes avances que se han dado en la lucha contra la discriminación de la mujer en los últimos cincuenta años aún en nuestros días persisten en casi todo el mundo contextos de discriminación que quiebran el principio de igualdad entre hombres y mujeres y constituyen claros atentados en contra de su dignidad humana.

Habiendo sido precedida por un par de convenciones internacionales relativas a proteger los derechos políticos de la mujer y el derecho a la nacionalidad de la mujer casada, el primer instrumento internacional que en el marco de las Naciones Unidas tiene como objetivo específico luchar contra la discriminación de la mujer fue la *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2263 (XXII) del 7 de noviembre de 1967. A pesar de la importancia de éste esfuerzo se consideró que la Declaración era muy parca en la delimitación de las obligaciones de los Estados y en el desarrollo de los derechos específicos de las mujeres, pero, sobre todo, insuficiente e incapaz de hacer eficaz a nivel local el derecho a la no discriminación de la mujer. Por ello, el Se-

cretario General de Naciones Unidas en 1972 encargó a la *Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer* la preparación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que tuviera como objetivo específico combatir la discriminación contra las mujeres.[47] Cinco años después la Comisión presentó un proyecto de Convención a la Asamblea General de la ONU, la cual aprobó el texto definitivo el 18 de diciembre de 1979.[48] En 1981, recibidas las 20 ratificaciones necesarias, la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* entró en vigor, así como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer contemplado en los artículos 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la propia Convención. En la actualidad 175 países la han ratificado, constituyéndose en el instrumento internacional más ratificado en el sistema de Naciones Unidas, después de la Convención de los Derechos del Niño.[49]

La Convención va claramente más allá de la Declaración, no sólo por su naturaleza jurídica de tratado internacional vinculante para las partes, sino debido a que adopta un lenguaje jurídico más preciso, desarrolla ampliamente los derechos específicos de las mujeres, delimita con mayor precisión la responsabilidad de los Estados partes y, sobre todo, plantea decididamente que para combatir la discriminación contra las mujeres es necesario un cambio estructural en la sociedad, tanto en los ámbitos legislativos, económicos y políticos, como los ámbitos culturales y familiares. La propuesta de la Convención sostiene, en último término, que para eliminar todas las formas de discriminación en contra de las mujeres es necesario modificar muchos de los papeles tradicionales que en casi

47 El Consejo Económico y Social creó la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en 1946 y le atribuyó las funciones de preparar y presentar al Consejo informes y recomendaciones sobre el fomento de los derechos de la mujer en los planos político, económico, civil, social y educativo y elaborar recomendaciones y propuestas de acción para el Consejo sobre los problemas urgentes en la esfera de los derechos de la mujer, con objeto de que se aplique el principio de la igualdad de derechos del hombre y de la mujer. La Comisión se integra actualmente por 45 miembros elegidos por el ECOSOC tomando en cuanta el principio de representación geográfica. Véase Symonides, Janusz y Volodin, Vladimir, *A Guide to Human Rights, op. cit.*, nota 13, pp. 59-60.

48 México la ratificó el 23 de marzo de 1981. Fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981 y entró en vigor el 3 de septiembre del mismo año. Véase, *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación, op. cit.,* nota 24, pp. 121-138.

49 Véase *Informe sobre desarrollo humano 2004: La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Madrid, PNUD, 2004, p. 241.

todos los ámbitos se han asignado a mujeres y hombres, esto, con el fin de conseguir en la realidad la igualdad de derechos y oportunidades entre ambos sexos.

La Convención se compone de un preámbulo y treinta artículos, los cuales están estructurados en cinco partes: en la primera se delimitan los conceptos y principios generales sobre los que se sostiene la Convención; en la segunda se delimitan las obligaciones de los Estados partes; en la tercera parte se establecen y desarrollan los derechos de las mujeres; en la cuarta se define la estructura y funciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer y en la última parte se establecen las disposiciones finales propias de todos los tratados internacionales.

La primera parte es de crucial importancia debido a que en ella se establece el concepto de discriminación en contra de la mujer, se establecen las líneas generales de las políticas que los Estados deben adoptar para combatir la discriminación, se establece como elemento central de la no discriminación el desarrollo personal de la mujer, se propone el empleo de medidas positivas para combatir la discriminación y se establece la necesidad de modificar los patrones culturales que impiden la igualdad de derechos de hombres y mujeres. La definición que el artículo primero aporta retoma los mismos elementos de la definición de discriminación que hemos propuesto. Así pues, se considera discriminación en contra de la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto el menoscabo o la anulación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la mujer en cualquier esfera. Es importante apuntar, que aunque no se menciona expresamente la esfera familiar, el Comité para al Eliminación de la Discriminación en sus Recomendaciones Generales ha puntualizado que el derecho a la no discriminación también debe abarcar éste ámbito de la vida de las personas, precisamente, debido a que en él se viola de múltiples maneras la igualdad de hombres y mujeres. En este entendido, el Comité también ha presentado la violencia intrafamiliar como una forma de discriminación especialmente grave.[50] Respecto del artículo segundo conviene destacar que no sólo se proponen ciertas medidas a los Estados partes para combatir la discriminación sino que se emplea el término de *políticas,* en el sentido de un conjunto de acciones interrelacionadas e interdependientes que de manera estructurada y perma-

50 Véase *General Recomendation núm. 12. Violence against Women, (Eigth Session 1989). http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ce139d61da39928cc12563ee00629d7?Opendocument*.

nente deben ser implementadas para eliminar la discriminación. Me parece que las obligaciones que la Convención establece a los Estados partes para llevar a acabo ésta política contra la discriminación de las mujeres pueden clasificarse en cinco tipos: las primeras se relacionan con la adopción de medidas legislativas, ya sea en el sentido de eliminar del orden jurídico toda distinción que pueda resultar discriminatoria, como en el de integrar el principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres y en el de establecer penas para desalentar la discriminación. El segundo tipo se refiere a medidas para implementar mecanismos nacionales de justicia al que las mujeres puedan acceder para exigir la protección de sus derechos. El tercero establece la obligación de *no hacer* de parte del Estado en el sentido de abstenerse de toda conducta discriminatoria, así como velar para que ninguna institución pública cometa dichos actos. El cuarto se refiere específicamente a la labor educativa y cultural. En este sentido se establecen dos estrategias de acción: modificar todos los patrones culturales de conducta que estén basados en prejuicios, tales como la superioridad de uno de los sexos y revalorar el importante papel que desempeña la mujer en todos los ámbitos públicos y privados, haciendo espacial hincapié en el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y el desarrollo de los hijos y en el abandono de los estereotipos de los papeles que cada uno desempeña en la familia. Finalmente, en la primera parte de la Convención se recomienda la implementación de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad entre el hombre y la mujer, siempre y cuando éstas medidas no impliquen el mantenimiento de normas desiguales o separadas. El Comité en su *Recomendación General* número cinco ha señalado que en éste artículo podemos encontrar claramente la recomendación de emplear acciones afirmativas para mejorar sustancialmente la situación de la mujer en todas las áreas en las que se encuentre en un plano de desigualdad con el hombre. Incluso, el Comité ha recomendado a los Estados la implementación de acciones afirmativas, tales como trato preferencial a las mujeres, la discriminación inversa y el establecimiento de cuotas mínimas para cubrir la representación de las mujeres en ciertos órganos de gobierno.[51]

51 Véase *General Recomendation núm. 5. Temporary especial Measures A/43/48,* (*Seventh Session 1988*). http//www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/183f475d51c3fdbac12563ee006176f5?Opendocument.

En la parte concerniente a los derechos de las mujeres la Convención emplea la estrategia de alcanzar la igualdad de la mujer respecto del hombre en las distintas esferas de la vida mediante el fortalecimiento de ciertos derechos específicos relacionadas con cada esfera. Así, en la esfera política o pública destaca los derechos a votar y ser votadas para todos los cargos públicos, a participar en la formulación de políticas gubernamentales y a participar en las organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública del país (artículo 7o.). En la esfera de la educación establece un catálogo muy extenso de derechos, tales como: acceso a los mismos programas de estudio y al mismo personal docente que los hombres, gozar de las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios, igual acceso a la información y a los materiales didácticos etcétera (artículo 10). En relación con la igualdad en la esfera del empleo, además de consagrar el derecho inalienable de toda mujer al trabajo, establece una serie de derechos subsidiarios como son: el derecho a las mismas oportunidades de empleo, de ascenso y de capacitación para el trabajo, el derecho a elegir libremente la profesión y el empleo sin estar constreñida a ningún tipo de estereotipos, el derecho a igual remuneración, el derecho a la seguridad social y el derecho a sindicalizarse y ejercer su derecho de huelga. Es necesario apuntar que en todo lo largo de la Convención se establecen varias disposiciones para proteger a la mujer embarazada, entendiendo que las disposiciones de éste tipo no constituyen medidas discriminatorias. También se establecen disposiciones específicas para evitar que a la mujer se le despedida por estar embarazada o que no se le contrate por el hecho de estar casada, esperar o tener hijos (artículo 11). La Convención también hace énfasis en la igualdad de hombres y mujeres en el plano de la vida familiar, civil, económica y social, para lo que establece un conjunto de derechos encaminados a asegurar la igual capacidad jurídica para celebrar todo tipo de actos jurídicos indispensables para el desarrollo de la personalidad en esta áreas. La Convención también establece disposiciones específicas para que los Estados partes sancionen y erradiquen la violencia contra las mujeres, así como la trata de mujeres y la explotación de la prostitución. Una protección especial merece de parte de la Convención las mujeres que viven en zonas rurales, pues se constata que específicamente en ellas la discriminación se presenta con el rostro de la pobreza.[52]

52 El artículo 14 establece textualmente "Los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempe-

El Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer contemplado en el artículo 17 de la Convención se integra por 23 expertos que trabajan a título personal pero son elegidos por los Estados partes en voto secreto. Su mandato dura cuatro años y deben representar proporcionalmente a todas las zonas geográficas del mundo. Hasta ahora todos sus miembros han sido mujeres salvo una excepción. El Comité funciona como un sistema de vigilancia con el fin de examinar la aplicación de la Convención por los Estados que la hubieran ratificado o se hubieran adherido a ella. Para ello está facultado para examinar los informes periódicos —un año después de la entrada en vigor de la Convención y por lo menos cada cuatro años o cuando el Comité así lo solicite— que los Estados partes se comprometen a presentar sobre el avance de la implementación de la Convención. El Comité estudia esos informes y formula propuestas y recomendaciones generales que serán incluidos en el informe anual que el Comité debe presentar a la Asamblea General por conducto del ECOSOC.

Aunque el mecanismo de revisión de informes periódicos de los Comités creados en los instrumentos internacionales han propiciado paulatinamente la efectiva aplicación de los mismos en la jurisdicción de los Estados partes. En el caso de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación* de la mujer éste procedimiento no ha dado los resultados esperados, debido a la poca diligencia que los Estados partes han tenido en la rendición de los informes. Para octubre de 1993, por ejemplo, 72 Estados partes, dos tercios del número total, no habían presentado sus informes respectivos. Ante ésta problemática se hizo indispensable la adopción de un instrumento que ampliara las facultades del Comité y los mecanismos para exigir la correcta implementación de la Convención. Mediante Resolución A/54/4 de la Asamblea General de la ONU del 6 de octubre de 1999 se adoptó el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer*, el cuál, entró en vigor el 22 de diciembre de 2000. Para el 10 de enero de 2003, ochenta Estados partes, incluyendo a México,

ñan en la supervivencia económica de su familia, incluidos su trabajo en los sectores no monetarios de la economía y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales". Véase, *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación, op. cit.,* nota 24, p. 130.

habían depositado su ratificación.[53] En el Protocolo se establecen dos mecanismos distintos, uno establece la posibilidad de presentar comunicaciones individuales sobre la violación a los derechos consagrados en la Convención, el otro, determina la posibilidad de que el Comité realice visitas al territorio de un Estado parte en el caso de que se produzcan violaciones sistemáticas y graves a los derechos de las mujeres.

V. Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia

A pesar del desarrollo que ha tenido el derecho a la no discriminación en el plano internacional, desafortunadamente en la década pasada fue también uno de los derechos menos respetados y más violados a lo ancho y largo del mundo. Es por ello, que la comunidad internacional y, de manera específica, los órganos y agencias de las Naciones Unidas lejos de dar por terminada la lucha en contra de la discriminación han reforzado el paso en los últimos años y han tratado de no rezagarse ante las nuevas formas y expresiones de discriminación que hoy atentan a un importante número de seres humanos.

Como parte de éste esfuerzo, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevada acabo en Viena del 14 al 25 de junio de 1993 y en la cual se establecieron las líneas ha seguir por la comunidad internacional para la promoción y protección de los derechos humanos establece expresamente que la eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de xenofobia y manifestaciones conexas de intolerancia constituyen una tarea prioritaria para la comunidad internacional.[54] Sumando a ello, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró la Tercera Década para el Combate contra el Racismo y la discriminación racial iniciando en el año de 1993 para concluir el 2003.[55]

Pero realmente el esfuerzo de mayor alcance en la lucha contra la discriminación en los últimos años corresponde sin lugar a dudas a la *Con-*

53 *Estatus de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos*. Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. Véase *http://www.unhchr.ch/pdf/reportsp.pdf*.

54 Véase punto número 15 de la *Declaración y Programa de Acción de Viena* aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

55 Resolución de la Asamblea General número 49/146 del 7 de febrero de 1995.

ferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, llevada acabo los días 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica.[56] A ella acudieron 2,300 representantes de 160 países, entre ellos, 16 jefes de Estado, 58 ministros de exteriores y 44 ministros de otros ramos. También participaron más de 4,000 representantes de Organizaciones No Gubernamentales y más de 1,000 medios de comunicación de todo el mundo. La Conferencia de Durban constituye un verdadero punto de inflexión en la erradicación de las formas de discriminación, pues, por una parte, logra recuperar los principios y estándares acumulados en los instrumentos internacionales y regionales en torno a la no discriminación y, por el otro, traza las nuevas líneas a seguir en los próximos años en el combate a la discriminación.

Los frutos de la Conferencia Mundial se reflejaron principalmente en dos documentos: *la Declaración y el Programa de Acción*. En un intento por estructurar de manera conjunta el contenido de ambos documentos podemos afirmar que de manera general los resultados de la Conferencia de Durban se refieren a cinco aspectos fundamentales.

El primero de ellos se refiere a los principios y valores que sirven de guía y de puntos fundamentales de acuerdo para la eliminación de la discriminación. Así, se reafirma la convicción de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y que todos formamos parte de la misma familia humana. Al mismo tiempo que se refuerza la idea de que la diversidad cultural, religiosa, étnica, ideológica etcétera, entre los hombres es un gran valor que constituye, el patrimonio de toda la humanidad. Apoyado en éstos principios recuerda que toda discriminación constituye una violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, del derecho internacional y, sobre todo, de la dignidad de la persona humana. Por ello, dedica un especial apartado en calificar algunas de las más terribles formas de discriminación, tales como el genocidio, la xenofobia y el apartheid como crímenes de *lesa humanidad.*

El segundo aspecto se refiere al reconocimiento, por una parte, de la discriminación histórica que han sufrido ciertos pueblos y grupos humanos, como los pueblos africanos, las poblaciones indígenas, los pueblos gi-

56 A/CONNF.189/12, *Informe de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Véase *http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.Conf.189.12.Sp?Opendocument*.

tano, judío y palestino, así como los migrantes y las mujeres, y, por otro lado, la constatación de, que con viejas y nuevas formas, en el presente se siguen presentando contextos graves de discriminación, tales como: el neocolonialismo comercial, formas disfrazadas de esclavitud, intolerancia religiosa, discriminación de genero, antisemitismo, islamofobia, marginación social y exclusión de un sector muy importante de la población de los beneficios de la globalización.[57] Sobre estos dos últimos puntos es digno destacar que la Conferencia de Durban hace gran hincapié en que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se ven muy agravadas por una distribución no equitativa de la riqueza, la marginación y la exclusión social.[58]

El tercer aspecto se refiere a la protección especial que contra la discriminación exigen ciertos grupos humanos. Dedicando un apartado específico en el que se establecen medidas de protección contra la discriminación adecuadas a las cualidades y circunstancias de cada grupo, el plan de acción reclama una especial protección a los pueblos indígenas, a los pueblos africanos y afrodescendientes, a los migrantes, a los refugiados, a las minorías religiosas, étnicas, lingüísticas y nacionales, las mujeres y los niños.

Finalmente, el aspecto que ocupa más espacio en el Plan de Acción es el relativo a las medidas e instrumentos nacionales e internacionales para luchar contra la discriminación y promover la igualdad formal y real entre todos los hombres. Debido al enorme número de medidas que propone, pero sobre todo, al detalle con el que desarrolla cada medida, a continuación presentamos una lista de las medidas e instrumentos más relevantes.

57 Sobre el proceso de globalización en el punto 11 de la Declaración se afirma textualmente lo siguiente: "Aunque la globalización brinda grandes oportunidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual, la mismo que sus costos. Así, expresamos nuestra determinación de prevenir y mitigar los efectos negativos de la globalización. Esos efectos puede agravar, en particular, la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social, la homogeneización cultural y las desigualdades económicas que puede producirse conforme a criterios raciales, dentro de los Estados y entre ellos, con consecuencias negativas".

58 En este sentido se afirma textualmente "Recalcamos que la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas están estrechamente vinculadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza".

— Revisar el marco jurídico interno con el fin de abolir toda norma que pueda considerarse en sí misma discriminatoria, o bien, cuyos efectos puedan implicar algún tipo de discriminación (discriminación indirecta).
— Integrar en el marco constitucional o en las leyes fundamentales el reconocimiento del valor de la diversidad cultural, la tolerancia y el multiculturalismo.
— Elaborar una política integral, que incluya medidas legislativas, programas administrativos, campañas de comunicación social etcétera, para combatir todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.
— Tipificar penalmente las conductas criminales que tengan un sustento discriminatorio, así como luchar contra la impunidad en éste tipo de crímenes.
— Integrar una visión de género en las políticas públicas y en el marco jurídico, así como luchar contra todas las formas de discriminación, explotación y violencia en contra de la mujer.
— Implementar mecanismos internos de protección jurisdiccional en contra de la discriminación.
— Establecer y, en su caso, fortalecer y consolidar las instituciones nacionales no jurisdiccionales que tengan como fin la protección de los derechos humanos en general y, en particular, la protección y promoción del derecho a la no discriminación.
— Fomentar la realización de estudios estadísticos sobre la situación real que guardan los grupos vulnerables, así como estudios en torno a la implementación de políticas públicas para combatir la discriminación.
— Prohibir que la investigación genética o sus aplicaciones se utilicen para promover el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.
— La implementación de políticas orientadas a la adopción de medidas legislativas y planes de acción que impliquen acciones positivas a favor de los grupos vulnerables con el fin de alcanzar una igualdad de oportunidades mediante su acceso a los servicios sociales, la educación, el empleo, la vivienda, la salud y la toma de decisiones políticas.

— La adopción de programas nacionales destinados a erradicar la pobreza y reducir la exclusión social. En este sentido la Declaración hace mucho hincapié en que un instrumento clave para combatir todas las formas de discriminación es el derecho al desarrollo.
— El establecimiento de políticas educativas de largo alcance que promuevan los valores de la tolerancia, la diversidad, el respeto de los derechos humanos y la no discriminación, así como la erradicación de los prejuicios sociales que fomentan conductas discriminatorias.
— La adopción y ratificación de todos los instrumentos internacionales y regionales que directa o indirectamente protegen o promueven el derecho a la no discriminación. Así como reconocer la jurisdicción de los mecanismos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos. Entre ellos se incluye de modo especial a la Corte Penal Internacional.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PREVENCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

Juan Carlos GUTIÉRREZ CONTRERAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Cuerpo normativo interamericano de protección contra la discriminación*. III. *Los desarrollos jurisprudenciales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. IV. *Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana*.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar en materia, deseo resaltar la pertinencia e importancia de generar un espacio académico como el diplomado sobre el derecho a la no discriminación organizado de manera conjunta por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Cabe mencionar que esta publicación, se suma a los esfuerzos que estas instituciones vienen realizando en la prevención de la discriminación y que tiene como uno de sus mayores objetivos la capacitación, reflexión académica y la sensibilización sobre este asunto. En particular, el diplomado incorpora un proceso de formación dirigido a los funcionarios públicos, resaltando sus deberes de protección y garantía, consagrados en el marco normativo tanto nacional como internacional. Por esta razón la pertinencia, además, de incluir una reflexión sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la prevención de la discriminación.

Es evidente la existencia de un amplio consenso internacional, configurado en un importante catalogo de normas de derecho existentes para

prevenir la discriminación, toda vez que la igualdad es uno de los pilares del sistema democrático y uno de los principios centrales del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto crea las condiciones para asegurar el goce y ejercicio de los derechos humanos, permitiendo unificar a los sujetos en la universalidad a través de derechos específicos vinculados a la aplicación de condiciones igualitarias en el cumplimiento de ciertas garantías.

Esta situación es palpable en el Sistema Interamericano. La *Carta de la Organización de Estados Americanos*, en su artículo 3.I, establece como principio básico que "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". Asimismo, el artículo 45 de la Carta consagra la construcción de un sistema de justicia social basado en el principio de que todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica.

De igual forma, lo señala la *Carta Democrática Interamericana*, instrumento no convencional aprobado por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001, en su capítulo II, artículo 9o. referente a democracia y derechos humanos:

> La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y a la participación ciudadana.

II. Cuerpo normativo interamericano de protección contra la discriminación

La constante preocupación de la sociedad civil y los órganos de protección del sistema, así como el reconocimiento por parte de los Estados de la existencia de este flagelo gravísimo, que afecta a diversos sectores sociales, ha permitido avanzar en la configuración de un verdadero *corpus juris*, en el sistema interamericano, de prohibición de la discriminación.

Este marco jurídico se compone por los instrumentos propios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que definen un conjunto de derechos y normas de conducta, que exhortan a los Estados a promover y proteger el principio de igualdad. En este sentido, la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en su preámbulo reconoce que "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros", en consonancia con el artículo II de la Declaración que configura el derecho de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

El proceso de reconocimiento del derecho a la igualdad y su corolario en el principio de la no discriminación, se consolida con el instrumento por excelencia de protección de los derechos humanos del continente, la *Convención Americana de Derechos Humanos*. En ella se prohíbe la discriminación en su artículo 24, relativo al derecho de igualdad ante la ley de todas las personas y en consecuencia el derecho, sin discriminación, a igual protección de la misma. Así, se reconoce que la no discriminación es un corolario de la igualdad de todas las personas, de lo que se desprende, además, la obligación que tienen los Estados de no discriminar y proteger a todas las personas de dicha práctica.

Es pertinente afirmar que el principio de no discriminación se encuentra consagrado de manera genérica en la Convención, vinculándose de forma específica con relación a ciertos derechos, convirtiéndose así en prohibiciones absolutas o relativas de acuerdo al derecho protegido. De esta forma, por ejemplo, el debido proceso configurado en el artículo 8o. de la Convención establece el derecho absoluto de los acusados a ejercer su defensa en condiciones de plena igualdad (8.2), y el artículo 27 prohíbe ciertas formas de discriminación en situaciones de excepción.

Sin embargo, conforme a los preceptos de derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento de los principios y su configuración normativa en tratados internacionales, como la Convención Americana, conlleva tres elementos sustanciales de gran importancia, a saber: la obligación de respetar los derechos reconocidos en los instrumentos mediante el deber de no discriminación y la obligación de proteger contra la misma; el compromiso de adecuar las leyes internas a los preceptos internacionales que establecen que los Estados, como sujetos de derecho internacional, no podrán, por medio de sus agentes o terceros particulares, realizar u omitir acciones que conlleven actos de discriminación, so pena de

incumplir el tratado (cláusulas consagradas en los artículos 1.1 y 2o. de la Convención); y la necesidad de comprender que el derecho a la igualdad no es absoluto, en tanto supone posibles limitaciones basadas en el ejercicio de algunos derechos consustanciales, circunscribiendo su ejercicio a ciertas personas en función de su estatus, por ejemplo.

Así mismo, en los instrumentos específicos temáticos o sectoriales, se incorpora un importante catálogo relacionado con la prohibición de la discriminación. Por una parte, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* (Convención de Belém do Pará, 1994), en su artículo 4o., establece que toda mujer tiene derecho a igual protección ante la ley y, en su artículo 6o., reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, incluyendo, entre otras cosas, que debe ser libre de toda forma de discriminación y debe ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Cabe destacar que la vulneración de estos derechos y, específicamente, de los consagrados en el artículo 7o. de dicha Convención, permite presentar peticiones individuales por vía directa a la Comisión Interamericana. Lo cual ha posibilitado la construcción de un cuerpo jurisprudencial de protección a mujeres víctimas de discriminación y el desarrollo general, de forma paulatina, de una importante jurisprudencia en la materia.

Igualmente, la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, en su artículo I.2, a), nos ofrece la única definición normativa de la discriminación en el sistema interamericano, relacionada con aquélla que se comete contra las personas con discapacidad. Así, establece:

> El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Además, en su literal b) establece aquellos actos que no constituyen discriminación, señalando que:

> No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia…

Asimismo, en materia de derechos sociales, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en su artículo 3o., consagra la obligación de garantizar el ejercicio de estos derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Adicionalmente, el Protocolo permite, conforme a su artículo 19.6, presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana por la violación de los derechos de asociación sindical y el derecho a la educación. Lo cual, para efectos de la prevención de la discriminación, permitiría acudir ante órganos de protección por vía directa ante situaciones en las que se impida, niegue, distinga o excluya a alguna persona o colectivo al acceso a la educación o a ejercer sus derechos sindicales por motivos discriminatorios.

En igual sentido, la relación del principio de no discriminación con la libertad de expresión, otro de los derechos fundamentales para la consolidación del sistema democrático, está protegida por la *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, que en su artículo 2o. prescribe:

> Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los principios destacan, además, que la discriminación de la mujer y los pueblos indígenas atenta contra la libertad de expresión, es decir, la marginación de dichos grupos de los espacios públicos de discusión, priva a la sociedad en su conjunto de la opinión y participación de estos sectores mayoritarios.

III. Los desarrollos jurisprudenciales en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Es importante precisar que, como observamos en los párrafos precedentes, a excepción de la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, ningún otro instrumento de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano define el concepto de discriminación, sin embargo lo consagran como principio fundamental incorporado bajo el concepto de igualdad ante la ley. Entonces, para analizar casos concretos de vulneración de derechos diversos al reconocido en el artículo 24, es necesario invocar otros cuerpos normativos que se vinculen con la no discriminación; utilizar los estándares y desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios, examinando la situación fáctica; y aplicarlos de forma complementaria entre el derecho a la igualdad con otros derechos reconocidos en la Convención.

Si, por el contrario, se pretende alegar la violación por vía directa del artículo 24 respecto a la igualdad ante la ley, que establece la imposibilidad de que los Estados partes de la Convención otorguen un tratamiento distinto o desigual a sus ciudadanos ante situaciones equivalentes, se debe demostrar que la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable y, por tanto, se probará directamente la vulneración de dicho artículo de la Convención.

Sin embargo, esto no implica que los Estados no puedan establecer diferencias en el trato respecto de determinadas situaciones, pues no todas aquellas están prohibidas. En este sentido, es importante considerar que en los casos tramitados por la Comisión mantiene una jurisprudencia constante, en la que considera que la igualdad ante la ley no significa que las disposiciones sustantivas de la ley serán iguales para todos, sino que la ley deberá ser aplicada con igualdad, es decir, sin discriminación.

A este respecto, la Comisión sostiene que:

> La igualdad ante la ley establece la imposibilidad de que los Estados partes de la Convención den un tratamiento distinto o desigual a sus ciudadanos ante situaciones equivalentes. Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados no puedan establecer diferencias en el trato de determinadas situaciones, pues no todas las diferencias están prohibidas. Sólo cuando la diferencia de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable, estaremos en presencia de una vulneración del artículo 24 de la Convención.

> De tal forma que los Estados pueden establecer diferencias en forma justa y razonable frente a situaciones diferenciadas, y categorizar determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable relación con la finalidad perseguida por la ley. De allí, como ejemplo, no puede decirse que el Estado discrimina entre sus ciudadanos cuando establece un límite mínimo de edad para otorgar licencias de conducir, pues está persiguiendo un fin legítimo (seguridad de tránsito) y la diferenciación está relacionada con la finalidad perseguida.[1]

En este sentido, la CIDH considera que, con el fin de probar la vulneración del artículo 24 de la Convención, primero se debe demostrar que no existe "justificación razonable y objetiva" del tratamiento diferencial por parte de las autoridades. Así, la Comisión ha negado la violación a dicho artículo en algunos casos,[2] pues se trata de una distinción de tratamiento orientada de forma legítima. Un claro ejemplo, es el caso *Juan Carlos Abella contra Argentina*, en el que los peticionarios argumentaron que existían diferencias de tratamiento en los procesos judiciales entre los civiles y los militares y, específicamente, diferencias en las condiciones carcelarias. Sin embargo, la CIDH estimó que no se vulneró el derecho de igualdad ante la ley, bajo la premisa de que la distinción denunciada parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y expresa de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma.[3]

Contrariamente, la CIDH ha reconocido la violación directa al artículo 24 de la Convención al establecer que en los aspectos fácticos se configura el estándar mencionado, es decir, se presenta la aplicación de diferencias de trato no justificadas ni objetiva ni razonablemente. Algunos de estos casos se relacionan directamente con otros derechos, como el de participación política, debido proceso, protección judicial, derechos de la

[1] Informe número 48/98, caso 11.403. Carlos Alberto Marín Ramírez *vs.* Colombia, 29 de septiembre de 1998.

[2] Informe número 39/96, caso 11.673. Santiago Marzioni *vs.* Argentina, 15 de octubre de 1996; Informe número 34/97, Jorge Enrique Benavides *vs.* Colombia, 3 de octubre de 1997; Informe número 8/98, caso 11.671, Carlos García Saccone *vs.* Argentina, 2 de marzo de 1998; Informe número 42/00, caso 11.103, Pedro Peredo Valderrama *vs.* México, 13 de abril de 2000; Informe número 73/00, caso 11.784, Marcelino Hanríquez y otros *vs.* Argentina, 3 de octubre de 2000.

[3] Informe número 55/97, caso 11.137, Juan Carlos Abella *vs.* Argentina, 18 de noviembre de 1997.

mujer a tomar sus propias decisiones, protección a la familia, el derecho a la intimidad de la mujer y discriminación por orientación sexual.[4]

Uno de los casos más relevantes en este sentido, es el caso de *Maria Da Penha Maia Fernandes* que, por su trascendencia jurisprudencial, merece especial atención. En el caso se alega la tolerancia e impunidad, por parte del aparato judicial de Brasil, respecto de la violencia domestica perpetrada sistemáticamente por Marco Antonio Heredia en perjuicio de su esposa Maria da Penha Maia durante 15 años de matrimonio. La Comisión confirmó la vulneración del derecho de igualdad ante la ley, concluyendo que la ineficacia y parcialidad por parte de la acción judicial brasileña son parte de un patrón discriminatorio respecto a la tolerancia de la violencia doméstica contra las mujeres. Además, determinó específicamente que el Estado violó el artículo 7o. de la Convención de Belém do Pará.[5]

Por otra parte, en algunos casos,[6] resulta interesante precisar que la Comisión aplica una interpretación del derecho protegido por la Declaración Americana de Derechos del Hombre y los principios de la Carta de la OEA, frente a países que no han firmado ni ratificado la Convención, dándole vida de esta forma a la característica de *jus cogens* que comparte la prohibición de discriminación. Es así como, en el contexto de situaciones que afectan a pueblos indígenas, la Comisión opina que las disposiciones de la Declaración Americana deben interpretarse y aplicarse con la debida consideración de los principios particulares del derecho internacional en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Este criterio incluye la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo de los pueblos indígenas, por ejemplo, en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos, y su derecho a no ser privados de este interés, excepto con un previo con-

4 Informe número 71/99, caso 11.656, Marta Lucía Álvarez Giraldo *vs.* Colombia, 4 de mayo de 1999; Informe número 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa *vs.* Perú, 6 de octubre de 1999; Informe número 137/99, caso 11.863, Andrés Aylwin Azcar y otros *vs.* Chile, 27 de diciembre de 1999; Informe número 48/00, caso 11.166, Walter Humberto Vásquez Bejarano *vs.* Perú, 13 de abril de 2000; Informe número 4/01, caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra *vs.* Guatemala, 19 de enero de 2001.

5 Informe número 54/01, caso 12.051, Maria Da Penha Maia Fernandes *vs.* Brasil, 16 de abril de 2001.

6 Informe número 51/01, caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y otros *vs.* Estados Unidos, 4 de abril de 2001; Informe número 62/02, Caso 12.285, Michael Dominguez *vs.* Estados Unidos, 22 de octubre de 2002.

sentimiento informado, en condiciones de equidad y con una compensación justa. A este respecto, reconociendo la vulneración del artículo 2o. de la Declaración, la Comisión ha advertido en algunos casos la ausencia de condiciones de igualdad en procesos de expropiación estatal de tierras ocupadas ancestralmente por grupos indígenas.[7] En este punto, merece especial atención el hecho que la Comisión retome el concepto de igualdad, vinculándolo específicamente con el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, ampliando así el desarrollo jurisprudencial del derecho a la igualdad, en este caso reconocido en la Declaración.

La CIDH también ha otorgado medidas cautelares de protección con relación a la igualdad ante la ley y no discriminación, especialmente en casos de personas condenadas a penas graves de prisión en los cuales se observa un patrón de aplicación sustancial y diferenciada de la ley, especialmente en países que no han firmado y ratificado la Convención.

En este sentido es importante mencionar las medidas cautelares en favor de *Thomas Joe Miller-El*, quien fue condenado a la pena capital y sentenciado a muerte en el estado de Texas, EEUU, prevista para el 1o. de febrero de 2002. En este caso, se alegaron violaciones al principio de igualdad, debido a que el juicio y el procedimiento en contra del señor Miller-El observaron un patrón de discriminación racial. En la comunicación que remitió a Estados Unidos, la Comisión señaló que si el señor Miller-El era ejecutado antes de que la Comisión tuviera la posibilidad de examinar su caso, toda eventual decisión quedaría desprovista de eficacia, y dicha persona sufriría daños irreparables. El 16 de febrero de 2002, la Comisión recibió información según la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos había acordado oír su petición y accedió a la suspensión de la ejecución prevista.

De forma similar, en 2005 la Comisión otorgó medidas cautelares en las que se solicitó que se preservara la vida de *Marlin Gray*, condenado a muerte en Missouri, hasta tanto se pronunciase sobre el fondo de la petición presentada en su favor, la cual alega trato discriminatorio en la imposición de la sentencia y maltrato físico por parte de cuerpo policíacos. Sin embargo, la ejecución se llevó a cabo haciendo caso omiso a la decisión sobre admisibilidad del asunto y al hecho de que seguía pendiente la

[7] Informe número 75/02, caso 11.140, Fondo Mary y Carrie Dann *vs.* Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002; Informe número 40/04, caso 12.053, Fondo Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo *vs.* Belice, 12 de octubre de 2004.

revisión de los méritos por parte de la CIDH. Posteriormente, la Comisión determinó que la negativa de un Estado miembro de la OEA a preservar la vida de una persona condenada a pena de muerte, durante el proceso de revisión, resulta contrario a las obligaciones internacionales de dicho Estado y socava la eficacia del sistema interamericano.[8]

Un caso paradigmático en este tema lo constituye el caso de *William Andrews* contra Estados Unidos de diciembre de 1996, en el cual la víctima fue sentenciada a la pena de muerte por tres cargos de homicidio. Según la Comisión, se menoscabó el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación cuando se negó al abogado defensor una solicitud de anulación del juicio y el derecho de cuestionar a los jurados acerca de la nota que fue encontrada entre ellos, que decía "cuelguen al negro (*sic*)". Esto, aunado a la doctrina racista de la Iglesia mormona, constituía razón suficiente para una anulación del juicio, o como mínimo, para una investigación ulterior sobre las implicaciones de la nota. Sin embargo, el juez de primera instancia se negó a satisfacer la solicitud, e impidió cualquier cuestionamiento del jurado acerca de la nota.[9]

Igualmente importante es el caso de los *Haitianos detenidos en alta mar* por Estados Unidos, en el que la CIDH instó a dicho gobierno a revisar la práctica de detenciones de navíos provenientes de Haití, debido a que se les obliga a regresar a su país sin concederles la posibilidad de ser calificados como refugiados o como solicitantes de asilo, actitud que permite una diferenciación desfavorable e irrazonable en comparación con el tratamiento dispensado a nacionales de otros países, por ejemplo, los cubanos. Asimismo, la Comisión hizo un llamado al gobierno para que tomara las medidas necesarias para evitar que los haitianos que ya se encuentren en Estados Unidos sean devueltos a Haití, antes de establecer si tienen derecho a ser calificados como asilados.[10]

[8] Un caso similar se relaciona con la ejecución de Anthony Green en Carolina del Sur, Estados Unidos, en 2002.

[9] Informe número 57/96, caso 11.139, William Andrews *vs.* Estados Unidos, 6 de diciembre de 1996.

[10] Informe número 51/96, caso 10.675, Haitian Interdiction *vs.* Estados Unidos, 13 de marzo de 1997.

IV. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana

Las referencias realizadas al cuerpo jurisprudencial de la Comisión, se ha complementado vigorosamente con el desarrollo doctrinario realizado por la Corte Interamericana, sustentado en opiniones consultivas y en la emisión de sentencias. Es importante reiterar, que las obligaciones que se generan en virtud de los tratados de derechos humanos descansan sobre la aceptación voluntaria de los Estados, las cuales son supervisadas tanto por la Comisión como por la Corte.

En su caso, al interpretar el contenido de los tratados de derechos humanos, la Corte Interamericana ha precisado que la obligación asumida por los Estados de respetar ciertos derechos humanos esenciales, es considerada hoy una obligación *erga omnes.* Esto se debe a que estos tratados benefician a todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado, y deben considerarse no como un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados, sino para el establecimiento de un orden público común, cuyos destinatarios son los seres humanos que habitan sus territorios.

En este marco se debe ubicar tanto el cuerpo normativo como el desarrollo jurisprudencial que previene la discriminación en el Sistema Interamericano. Por una parte, las opiniones consultivas que interpretan los derechos reconocidos en la Convención Americana y sus tratados complementarios, por otra, las sentencias emitidas por la Corte, han desarrollado una serie de criterios jurisprudenciales que es necesario resaltar, tanto por su trascendencia para comprender de mejor manera la configuración doctrinaria de la no discriminación, como por la práctica efectiva de justicia y protección a las víctimas de discriminación en el Continente.

La Corte Interamericana, al desarrollar estos criterios consultivos de interpretación de la Convención respecto de las cuestiones relativas a la discriminación, ha señalado en su *Opinión Consultiva número 4* que el artículo 1.1 de la Convención, referido a la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana, es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado y establece la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pue-

da ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma.

De esta forma, la Corte realiza un estudio de esta obligación, la cual, relacionada con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 24 de la Convención, adquiere la especificidad de evitar todo trato discriminatorio fundado en preceptos legales. De lo cual se desprende que los Estados partes tienen la obligación de no introducir, en su ordenamiento jurídico, normas que consientan una interpretación o aplicación que afecte la condición de igualdad real ante la ley, creando diferencias más allá de las propias e intrínsecas a la naturaleza humana.

En palabras de la Corte:

> La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.[11]

Sin embargo, la Corte considera que no toda distinción o diferenciación de trato es por si misma discriminatoria, en el sentido que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes se defina como jurídicamente débil.

En este sentido, este Tribunal estableció que:

> No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la nor-

11 Opinión Consultiva OC-4/84, 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párrafo 55.

> ma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.[12]

Según *Daniel O´Donnell*, académico y experto en derecho internacional de los derechos humanos, este párrafo contiene observaciones relevantes sobre cada uno de los tres elementos de la definición operativa de discriminación. Primero, en cuanto al objetivo de la medida, se observa que una distinción está orientada legítimamente si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas; vale decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que, de alguna manera, repugnen a la unidad esencial y dignidad de la naturaleza humana. Segundo, se indica que una diferenciación puede considerarse objetiva cuando parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes. Por último, se establece que una medida es razonable cuando exprese de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.[13]

En opiniones consultivas recientes, la Corte reafirma sus criterios doctrinarios e incorpora criterios adicionales fundados en la teoría de las acciones afirmativas, basada en el reconocimiento de las denominadas "desigualdades reales". En la *Opinión Consultiva número 16*, referente al derecho de asistencia consular a extranjeros detenidos como componente de las garantías propias del debido proceso, afirmó:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales, y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condicio-

[12] *Ibidem*., párrafo 57.

[13] Daniel O´Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano,* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, p. 956.

> nes de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[14]

Desarrollando los mismos precedentes jurisprudenciales, en su *Opinión Consultiva número 17*, sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño, la Corte relaciona la obligación genérica consagrada en el artículo 1.1 de la Convención con el artículo 24 de la misma, resaltando la idea de que no toda norma que implique desigualdad es contraria a los parámetros del derecho internacional, en caso de que incorpore diferencias de trato a favor de sectores en desigualdad real o que por su misma condición así lo requieren.

La Corte estima que cualquier tratamiento que pueda ser considerado como discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la Convención, es incompatible con ésta. Sin embargo, en cuestión de los niños, niñas y adolescentes, en razón de las condiciones en las que se encuentran y en razón del trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad, no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño.[15]

De forma similar, la Corte continúa este desarrollo doctrinario en la *Opinión Consultiva número 18*, sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. En ella, el gobierno mexicano solicitó que la Corte se pronunciara, entre otras interpretaciones, sobre la posibilidad de que un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establezca un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados, respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria impida *per se* el goce de derechos laborales.

En su pronunciamiento, el Tribunal construyó su análisis a partir de algunas precisiones conceptuales, específicamente sobre la diferencia entre el término *distinción* y el de *discriminación*. El primero, se emplea para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. Por el contrario, la discriminación se utiliza para lo inadmisible, pues ha-

[14] Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párrafo 119.

[15] Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrafo 55.

ce referencia a toda exclusión, restricción o privilegio no objetivo ni razonable, que redunda en detrimento de los derechos humanos. Por consiguiente, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad.

Así, la Corte consideró algunos argumentos desarrollados por la Comisión Interamericana a efectos de explicitar la legitimidad de las *distinciones*. En este sentido, los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, se precisó que, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.[16]

Además, la Corte estimó que pueden establecerse distinciones basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades, es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.[17]

La trascendencia de esta opinión consultiva se debe a que el máximo tribunal de justicia del Continente, fundamenta los principios de igualdad y no discriminación como normas de *ius cogens*, esto es, preceptos de obligado cumplimiento por parte de toda la comunidad internacional, respecto de los cuales no puede existir justificación alguna para su vul-

16 Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párrafo 47.

17 *Ibidem*, párrafo 89.

neración. De ser así, implica comprometer la responsabilidad internacional de los Estados, independientemente de que sean parte o no del instrumento, toda vez que los principios mencionados operan como normas perentorias que deben impregnar y guiar cualquier actuación estatal.

Sobre esta cuestión, la Corte considera:

> Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental (de igualdad), no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.[18]

Por consiguiente, la Corte precisó el alcance de las obligaciones de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad, al establecer que el principio de igualdad y no discriminación, que es fundamental para la salvaguardia de esos derechos, pertenece al *jus cogens*.

Esta precisión conduce a la Corte a declarar, igualmente, que los Estados, sean o no partes de un determinado tratado internacional, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación y que esa obligación tiene efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente a terceros y particulares. Deben, por tanto, los Estados respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sea cual fuere su estatus migratorio, y, al mismo tiempo, deben impedir que empleadores privados violen los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o que la relación laboral vulnere los estándares mínimos internacionales. Además, para que sea efectiva la tutela de los derechos laborales de los migrantes indocumentados es necesario que se garantice a éstos el acceso a la justicia y el debido proceso legal.[19]

[18] *Ibidem*, párrafo 101.

[19] Voto concurrente del juez Alirio Abreu Burelli en la Opinión Consultiva OC-18/03.

Más aún, la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la no discriminación en casos concretos.[20] En este sentido, el caso de las *niñas Yean y Bosico* contra República Dominicana de 2005, especialmente relevante por su actualidad e importancia en cuanto al desarrollo jurisprudencial y la protección de los derechos a la nacionalidad, igualdad ante la ley, protección judicial, debido proceso y derechos de los niños. Específicamente, de los niños haitianos que viven en República Dominicana, a los cuales se les niega su derecho a obtener la nacionalidad, al acceso a la educación y otros derechos fundamentales por carecer de nacionalidad, fundándose en preceptos legales.

Al analizar conjuntamente las violaciones, la Corte destacó:

> La situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).[21]

La Corte encontró que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente:

> ...el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.[22]

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Instituto de Reeducación del Menor, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párrafo 158; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 19 Comerciantes, sentencia del 5 de julio de 2004, serie C, núm. 109, párrafo 153.

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Las niñas Yean y Bosico, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130, párrafos 173.

[22] *Ibidem*, párrafos 174 y 175.

En esta cita confluyen algunos de los criterios a los que hemos hecho referencia. Por una parte, el efecto que produce un acto de discriminación irrazonable realizado por el Estado, al colocar en condición de "extrema vulnerabilidad" a las víctimas con base en una ley, negando el ejercicio de derechos fundamentales tendientes al desarrollo integral de la persona, como el acceso a la educación. Más aún, tal acto conlleva indudablemente la violación del derecho a la igualdad ante la ley y posibilita, a su vez, la vulneración de otros derechos protegidos por la Convención. Por otra parte, la presencia de preceptos legales discriminatorios implica la violación de la obligación genérica de proteger y garantizar los derechos, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1.1 de la Convención, lo cual genera responsabilidad internacional del Estado.

Dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana, el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin* contra Trinidad y Tobago es igualmente importante, pues vincula de forma explícita el derecho al debido proceso con el principio de la no discriminación. A este respecto, la Corte ha dicho que para que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales, es preciso que en él se observen todos los requisitos que protejan, aseguren o hagan valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Así, "para que exista un 'debido proceso legal' es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables". Además, reiterando lo dispuesto en la *Opinión Consultiva número 16*, el Tribunal establece:

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefi-

> cian de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[23]

Finalmente, la Corte estableció que, para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el artículo 8o. de la misma. Por consiguiente, se deduce que la protección judicial debe proveerse en un contexto libre de discriminación, toda vez que cualquier persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías judiciales mínimas, entre las que se encuentran la asistencia legal o el acceso a asistencia letrada gratuita (artículo 8.2 de la Convención).

Para concluir, me parece pertinente insistir en la importancia de analizar el cúmulo de decisiones, tanto de la Comisión como de la Corte, a las que hemos hecho referencia y alimentar la discusión en el orden interno con base en los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que, en un grado consecuente de interpretación, los desarrollos jurisprudenciales mencionados deben alimentar la doctrina interna y las decisiones de los jueces, además sirven de argumento importante para fundamentar de manera articulada con el derecho interno, las quejas, situaciones o denuncias que se presenten para la defensa de aquellas personas que son víctimas, cotidianamente, de este odioso flagelo. Los animo a continuar la tarea por combatir la discriminación a partir de la denuncia.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, párrafo 146.

LA ESTRUCTURA JURÍDICA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Carla HUERTA OCHOA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Delimitación del contenido*. III. *Estructura normativa*. IV. *Igualdad como fundamento del derecho a la no discriminación*. V. *Distinción entre derechos humanos y fundamentales*. VI. *El origen de los derechos humanos*. VII. *La transformación del derecho humano en derecho interno*.

I. INTRODUCCIÓN

Para poder abordar el problema de la discriminación es preciso conocer el objeto al que se refiere, pero más que ocuparme de la discriminación como fenómeno o situación, intentaré delimitar el sentido y función de este derecho, así como de la estructura normativa del derecho a la no discriminación haciendo una comparación con la de los derechos fundamentales.

El concepto de derechos humanos es tanto vago como ambiguo. A lo largo de la historia de los derechos de las personas ha sido utilizado de manera diversa, y designado con distintos términos de conformidad con las influencias culturales e históricas de cada país. Su primer antecedente como derecho positivo ha sido identificado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.[1] Desde entonces se ha transformado sustancialmente su significado, en aquel tiempo era completamente distinto al actual, ya que más que un simple reconocimiento de la naturaleza humana, pretendía fundar la obligación del Estado de

[1] Un estudio clásico sobre esta Declaración es el de Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

proteger y garantizar un determinado catálogo de derechos en el orden jurídico. Con ello se pretendía impedir la posibilidad de retroceder una vez más, a un Estado absolutista, puesto que se consideraba que su regulación se configuraría como un límite al ejercicio del poder.[2]

II. Delimitación del contenido

Una primera pregunta para determinar el contenido u objeto de este derecho sería: ¿qué es discriminación? De manera general y sin intentar proponer una definición, se podría decir que como hecho o situación se refiere al acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida.[3]

Este derecho se integra por tres elementos: la vulneración del principio de igualdad, un efecto negativo directo y la ausencia de una razón aceptable que sustente la distinción, por lo cual la discriminación produce una desigualdad no justificada. Existen dos formas genéricas de discriminación: la activa, que es consecuencia de la regulación o de las políticas o acciones de las autoridades, y la pasiva, que resulta de la falta de realización o implementación de las reformas o políticas necesarias para superar un determinado problema de desigualdad. Ambas formas son imputables al Estado, una por acción, la otra por omisión.

El derecho que se puede inferir de este tipo de conductas discriminatorias, ya sean activas o pasivas, es un derecho a una abstención, en el sentido de no intervención en el ámbito de acción del particular, puesto que su objeto es impedir que otros produzcan un daño o perjuicio a una persona en la esfera de su dignidad.

En general se entiende por discriminación en sentido amplio, toda infracción al principio general de igualdad motivado en una razón de clase o por la pertenencia a un grupo, y en sentido estricto, cuando concurre un criterio de diferenciación no permitido o prohibido expresamente por

[2] "La formación del Estado de derecho no puede ser observada desde una perspectiva unidimensional" como bien apunta José Antonio Caballero Juárez, quien incluye el reconocimiento de los derechos individuales como un elemento fundamental para la "transición del absolutismo al Estado de derecho" como se titula el primer capítulo de *Transiciones y diseños institucionales*, González y López, (eds.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 19-47.

[3] Sobre el concepto de discriminación véase Rodríguez Cepeda, Jesús, *El concepto de la discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005.

la ley. El derecho a la igualdad se manifiesta en el momento de establecer una diferenciación legal, mientras que el derecho a la no discriminación puede ejercitarse cuando se produce una diferenciación o inequidad no justificable.[4]

De modo que al vulnerar el derecho a la no discriminación necesariamente también se atenta contra el principio de igualdad general,[5] el cual se dirige principalmente al legislador y a la autoridad ejecutora, mientras que al derecho a la no discriminación se le debe reconocer un espectro más amplio, incluso frente a terceros, no solamente individuos sino también personas morales como pueden ser agrupaciones civiles, escuelas particulares, asociaciones de familia, por ejemplo.

La discriminación se puede producir de manera directa o indirecta. Es directa cuando se fundamenta expresamente en las características distintivas o definitorias de las personas que pertenecen a un grupo. Es indirecta cuando se produce a través de las normas, las políticas o de ciertas prácticas que aun cuando no constituyen actos discriminatorios, tienen por efecto causar un perjuicio o una cierta desventaja para un grupo de personas.

Diferenciar no es sin embargo una acción negativa necesariamente, en virtud de lo cual es preciso distinguir las razones por las cuales se produce la diferenciación. Para ello es necesario distinguir los motivos que pueden justificar una diferenciación válida, de las acciones que la llevan a cabo (distinciones, preferencias, privilegios, exclusión, restricciones), de los resultados de la discriminación (el detrimento, un impedimento, el menoscabo, el hecho de negar el derecho o su ejercicio, o la marginación, por ejemplo). Ya que cuando las acciones que producen una distinción se fundan correctamente, no deben producir un efecto discriminatorio. La regulación de la discriminación tiene por objeto combatirla.

El derecho a la no discriminación se puede configurar de distintas maneras, a partir del otorgamiento de ciertos derechos fundamentales correlativos, de derechos derivados de la no discriminación como por ejemplo la tolerancia, o de protección especial, o bien, estableciendo distinciones

4 Véase Ruiz Miguel, Alfonso, "Sobre el concepto de Igualdad", en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad; Lecturas de introducción,* México, CNDH, 2003.

5 Sobre la relación entre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación véase Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Conapred, 2005.

permitidas que no constituyen discriminación. Estas formas de establecer una limitación a la discriminación pueden ser previas al otorgamiento del derecho a la no discriminación, o pueden ser coexistentes, pero también pueden ser derivados de dicho derecho. En todo caso, la presencia de estas instituciones que tienden a proteger y preservar la igualdad en un sistema jurídico, indican una tendencia a evitar e impedir normatividad y acciones discriminatorias.

III. Estructura normativa

El objetivo de un derecho a la no discriminación, un derecho negativo (a una abstención), es evitar la distinción legal que produzca diferencias de trato que afecte a la persona en sus derechos, pero sobre todo en su dignidad, y proteger a los grupos desfavorecidos y discriminados para procurarles una igualdad efectiva. Es una forma de procurar una protección adicional que el sistema jurídico confiere, en virtud de ciertas circunstancias específicas que se consideran que lo ameritan.

Si el contenido es el derecho a no ser discriminado en el goce y ejercicio de sus derechos y libertades, a la protección contra la discriminación o incitación a la discriminación, entonces resulta necesario revisar cual es la estructura normativa del mismo.

Los derechos se constituyen en general, en una relación bilateral entre dos personas, frente a todo derecho existe una obligación según la teoría clásica.[6] Considerar que para poder ejercer una potestad o reclamar una expectativa basta con decir que tenemos el derecho, y que los derechos humanos no requieren de una obligación correlativa para su ejercicio, es un tanto ingenuo. La relación bilateral que se establece entre el titular del derecho y el sujeto obligado se encuentra vinculada a uno de los aspectos más relevantes del derecho que es la coercibilidad.[7]

El contenido de la obligación es no discriminar, no distinguir cuando la ley no lo prevé, así como de proteger al individuo frente a los actos de discriminación, combatir y erradicar la discriminación. Como obligación

6 Esta se refiere a la teoría de los derechos subjetivos, que se puede consultar en la obra ya clásica de García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1977, capítulo XIV.

7 Bidart Campos considera que existe una prelación del derecho frente a la obligación correlativa mediante la cual se fortalece la estimativa axiológica en la que se sostienen los derechos humanos. Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 12.

tiene un carácter activo y uno pasivo, en el primer caso se trata de que las autoridades emprendan acciones que procuren la igualdad, en el sentido pasivo, implica la abstención de realizar distinciones mediante las leyes, programas políticos o acciones que no se encuentren justificadas.

El contenido del derecho es entonces, a ser tratado igual, aun cuando algunas formas de diferenciación pueden configurarse como un derecho, como por ejemplo, para las minorías, siempre que se evite producir un efecto secundario de discriminación respecto de otros grupos. La idea subyacente es la de protección de grupos vulnerables, por lo que hay distinciones válidas que no solamente pueden, sino que deben ser incluidas en ciertos sistemas jurídicos para reconstruir una forma de igualdad.

Como derecho se ejerce en primera instancia frente a la autoridad, y en este sentido se parece mucho a la concepción tradicional de los derechos fundamentales, pero los derechos humanos, como derechos de la persona, deben considerarse exigibles también frente a los particulares. Pero, ¿qué es un derecho? Como derecho subjetivo constituye una facultad, o posibilidad; se puede entender como la autorización otorgada por una norma a un sujeto para exigir la realización de una conducta o su abstención. No puede entenderse como un simple permiso, pues está asociado a la obligación de un tercero.

Los sujetos de la relación jurídica son dos, el titular de los derechos que siempre es un individuo (en el caso de ciertos derechos puede ser una colectividad como se verá más adelante), y el titular de la obligación que es el Estado o autoridad específica que se obliga en el instrumento jurídico sea de derecho interno o internacional, tanto el legislador, como los órganos aplicadores, sean administrativos o judiciales.

Para efectos del análisis de la estructura de los derechos fundamentales, y de los derechos humanos también (aun cuando desde la perspectiva iusnaturalista no sea considerado así), resulta importante recordar que para la ciencia jurídica al derecho le corresponden ciertas características derivadas de su naturaleza, como son la exterioridad, la bilateralidad, la coercibilidad y la heteronomía.[8] Estas últimas tres fundamentan la obligatoriedad del derecho y se encuentran interrelacionadas en función de la propia estructura del derecho como sistema normativo, dado que la fuente de la obligatoriedad de las normas jurídicas, así como la posibilidad de su ejecución se encuentran fuera del sujeto regulado. La bilateralidad de-

8 García Máynez, *op. cit.,* nota 6, pp. 15-24.

be ser entendida, como la correlatividad de todo derecho con una obligación, esta correspondencia se traduce en una garantía del ejercicio del derecho, ya que en caso de interferencia se podrá exigir su respeto incluso de manera coactiva.

La coercibilidad, como posibilidad lícita de ejercer la coacción para el cumplimiento de una obligación, es un elemento característico propio del derecho positivo. La coacción se legitima a través de su regulación y cumplimiento con los parámetros establecidos, lo que se conoce como legalidad. Kelsen[9] era de la opinión que la sanción coactiva era distintiva del derecho,[10] para él, la coacción significa la posibilidad del uso de la fuerza física para exigir el cumplimiento de una obligación. No obstante, vale la pena aclarar que la coacción no es una propiedad de las normas, sino del sistema jurídico.

La obligatoriedad del derecho que deriva de la coercibilidad, se encuentra estrechamente vinculada a la unidad del sistema jurídico, ya que concebir así al sistema, hace posible la relación entre las normas. Es por ello que en un sistema jurídico cada norma se encuentra vinculada, de un modo más o menos directo a un acto coactivo.

La eficacia de las normas jurídicas y de los derechos, sean fundamentales o humanos, específicamente, depende en gran medida de que en un sistema normativo se incluyan normas que prescriban actos coactivos, ya que la ausencia de la coerción y de un sistema de aplicación y de ejecución de la sanción, así como del establecimiento de un monopolio de la fuerza, reduciría la seguridad jurídica que el derecho como normatividad debe proporcionar.

Estas notas consideradas como propias del derecho, refuerzan su carácter obligatorio, ya que las razones para su cumplimiento no radican exclusivamente en la voluntad de las personas. Si fuese así entonces, o bien suponemos que vivimos en una "comunidad de ángeles",[11] o resulta

9 Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 1a. ed., Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1934 (1985), *passim*, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2000, pp. 70 y ss.; *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, capítulo II, *passim*.

10 También Raz considera que la sanción y el uso de la fuerza son característicos del derecho, y que incluso en una sociedad de ángeles pueden ser necesarios para asegurar la coordinación. *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 184 y 185.

11 Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 242.

superfluo establecer catálogos de derechos y regular conductas que son cumplidas de manera voluntaria.[12] Como sería el caso de suponer que los derechos humanos no establecen una relación bilateral, por lo que no requieren de un obligado que debe respetar el ejercicio del derecho, porque poseen una naturaleza superior e intangible.

IV. Igualdad como fundamento del derecho a la no discriminación

Cabe plantear la pregunta sobre si el derecho a la no discriminación contiene un núcleo autónomo que lo caracteriza, o si simplemente se fundamenta en la igualdad y parte de ella, constituyendo este derecho el núcleo del derecho a la no discriminación.

Normalmente es aceptado que como derecho se sustenta en la igualdad, esto es, igualdad ante la ley cuando la ley no distingue. La igualdad a su vez, se sustenta en la dignidad de la persona, misma que es considerada como fundamento de los derechos humanos. En general, la dignidad es considerada como un valor superior, y calificada como inviolable, pero esto no indica qué es. Resulta evidente que se refiere a algo que es valioso, y que constituye un reconocimiento del valor de la persona como ser humano. Que incluye elementos que se refieren al respeto y la consideración, así como la protección de una persona por el hecho de ser. La persona no es un medio, sino un fin, un ente con la capacidad de autodeterminarse, salvo en casos excepcionales. La dignidad está asociada a la vida y a la forma en que ésta se verifica. Por lo tanto, discriminar sería tanto como degradar a la persona, disminuir su valor.

Fundar los derechos humanos en la dignidad de la persona resulta impreciso, pues necesitamos una idea de dignidad para poder justificar o no una determinada acción, valorándola conforme al contenido que se le de al concepto relativo a lo digno. Lo mismo sucede con la igualdad, tenemos que saber, que se ha de entender como igual, pero también debemos preguntarnos si la igualdad tiene el carácter de un principio, un valor o constituye simplemente un derecho.

12 Raz se expresa en este mismo sentido en *Razón práctica y normas*, *op. cit.,* nota 10, pp.184-187, y sobre la obligatoriedad del derecho en *La autoridad del derecho; ensayos sobre moral y derecho*, 2a. ed., trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1985, capítulos XII y XIII.

Jurídicamente hablando, la diferencia entre principios y valores radica en su función, y en que los principios tiene un carácter deóntico, mientras que los valores no establecen conductas debidas. En la doctrina se han realizado diversos intentos para distinguirlos, pero la dificultad radica principalmente en que ambos pueden ser caracterizados como cláusulas generales. Así, se podría decir que los principios son cláusulas genéricas que enuncian "modos de ser del derecho", Dworkin considera que en ese sentido reflejaría la dimensión jurídica de la moralidad.[13]

Los valores en cambio, tienen como función orientar y limitar la interpretación y aplicación de otras normas, por lo tanto, son cláusulas genéricas de tipo directivo y operan como metanormas respecto de los principios. Dicen como deben ser aplicados o interpretados los principios, y en general se refieren a lo que es bueno, más que a un deber ser. Su estructura no es la de una norma, constituyen más bien, un criterio, en consecuencia, sirven para comparar dos o más estados de cosas. Distinguir entre principios y valores no es ocioso, ya que ambos cumplen con fines distintos y pueden ser utilizados en el proceso de justificación de las decisiones, así como en la argumentación de la solución a un problema jurídico.

Los principios generales del derecho tienen una naturaleza distinta a la de los principios mencionados, dado que sirven como guías de aplicación de las normas en aquellas áreas en donde existe un exceso de legislación, o bien una mutabilidad extrema. Los principios generales del derecho tienen como función, auxiliar en la resolución de casos en que se presenta una laguna, o para resolver conflictos entre normas. Operan como normas integradoras o supletorias y se encuentran de manera explícita o implícita en el sistema jurídico.[14] Es por ello que no deben ser confundidos con los valores que sustentan un determinado sistema jurídico, pues éstos tienen un origen de tipo societario, ya sea en el discurso político o en el social. A pesar de la similitud en su estructura o en su utilización, los principios generales del derecho se aplican en el ámbito jurídico

13 Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge/Mass., Harvard University Press, 1978, pp. 22-90.

14 Aarnio considera que a pesar de los principios generales pueden no encontrarse escritos en el derecho positivo, son parte de la tradición jurídica que a través de las decisiones y su justificación pasan de una generación a otra como parte del derecho, Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 131.

exclusivamente, en tanto que los valores tienen un ámbito de aplicación más amplio.

El término principio puede referirse también a la distinción doctrinal que se ha hecho relativa a su forma de aplicación entre dos tipos de normas jurídicas, las reglas cuya aplicación es estricta, y los principios que pueden ser aplicados en grados diferenciados.[15] Los principios como normas jurídicas se distinguen de las reglas por su particular operatividad, la cual no implica vulneración alguna al principio de legalidad. En realidad la diferencia entre un principio y una regla no puede percibirse antes de su aplicación, y se hace notoria en los casos de conflicto. Ambos tipos son normas jurídicas, establecen un deber ser, tienen la misma estructura lógica,[16] no obstante, su formulación puede ser distinta, o pueden ser tipificados como derechos o libertades (como el derecho a la igualdad o a la no discriminación, por ejemplo). La ventaja de esta distinción es que en caso de conflicto entre normas, la oportunidad de la aplicación de los principios puede ser valorada sin perjuicio de su validez. Para evitar el abuso de autoridad, es que Alexy los califica como "mandatos de optimización",[17] en consecuencia, la autoridad debe ponderar los principios en conflicto para conciliarlos de la mejor manera posible.

Esta distinción ha querido ser atraída al ámbito de los derechos humanos, no obstante, éstos no pueden ser considerados principios en ninguno de los sentidos antes mencionados, ni como normas jurídicas por contraposición a reglas, dado que los derechos humanos pueden tener tanto la estructura de un principio como el de una regla en el sentido de la teoría de Robert Alexy, ni en el de principio como guía o directriz del derecho y su aplicación. Tampoco pueden ser concebidos como valores, ya que

15 Esta distinción se atribuye principalmente a Dworkin y a Alexy, Dworkin, *op. cit*., nota 13, pp. 22 y ss., y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss.

16 Para Juan Ruiz Manero la diferencia no radica en la mayor generalidad de los principios, como sostienen muchos otros autores, sino en que "las reglas se configuran de forma cerrada tanto en el supuesto de hecho como en la conducta calificada deónticamente en la solución", lo cual coincide con la fórmula relativa a su aplicación como de "todo o nada" de Dworkin, mientras que los principios se "configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente", lo cual como se puede ver, no implica como a muchos les gusta afirmar, que los principios carecen de sanción. "Principios jurídicos", en Garzón Valdés y Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 1995, p. 153.

17 Alexy, *op. cit.*, nota 15, p. 87.

no constituyen lineamientos interpretativos sino derechos. Son derechos ejercitables frente a terceros que permiten exigir su respeto, ya sea una abstención, o una contraprestación.

Finalmente, si el núcleo del derecho a la no discriminación es el derecho a la igualdad, es posible cuestionarse si tiene sentido proteger específicamente un derecho a la no discriminación o si basta con asegurar el derecho a la igualdad. En última instancia, la pregunta que hay que plantear es si el derecho a la no discriminación tiene realmente un ámbito de referencia distinto e independiente al del derecho a la igualdad.

V. Distinción entre derechos humanos y fundamentales

El objeto del presente apartado es preguntarse qué tanto constituyen categorías diversas, los derechos fundamentales y los derechos humanos, si la conceptualización diferenciada de ambos se justifica, o si en realidad, desde el punto de vista histórico y científico, los derechos fundamentales constituyen los precedentes de los humanos, o son efectivamente dos cosas distintas, que comenzamos a confundir.[18]

Los antecedentes de los derechos fundamentales se encuentran en las declaraciones de derechos americanas del siglo XVIII, la primera en 1776, las cuales a su vez tienen los suyos en la carta magna de Juan sin Tierra de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1688, que se refieren a regulación contractual y legal de los derechos burgueses. La relevancia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano radica en ser el primer documento al que se puede atribuir el carácter material de Constitución, no solamente por ser expresión de la voluntad general, sino principalmente por el establecimiento de una lista de derechos individuales y la división de poderes, por lo que puede ser calificada como una "ley fundamental". Con este documento se juridifica el reclamo del reconocimiento de los derechos del individuo frente al Estado. En México, ya desde 1857, la Constitución reconoce derechos

18 Con anterioridad intenté ya esbozar la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos, ya que no solamente considero que constituyen dos categorías distintas, sino que es importante que sus esferas de acción sean independientes. Véase "Derechos Humanos y Constitución", "Derechos humanos y pueblos indígenas", en *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Tuxtla-Gutiérrez, 1998, pp. 37-56.

a los individuos y les atribuye un medio jurídico especial de protección, el juicio de amparo, por lo cual son consideradas como garantías individuales. La Constitución vigente retoma el modelo de protección y amplia el catálogo de derechos considerados como fundamentales por el sistema jurídico.

La mayoría de los autores quieren encontrar la diferencia entre estas dos categorías en su estructura, por lo que asimilan los derechos humanos a los principios y los derechos fundamentales a las normas jurídicas. Esto trae consigo más confusiones que respuestas, ya que en principio como ambos establecen una forma de deber ser, tienen la misma estructura lógica, esto es, un supuesto de hecho, una cópula y una sanción, esto es, derechos y obligaciones.[19] La diferencia radica más bien en la posibilidad de exigir el respeto de la consecuencia jurídica, lo que hace notorio que la diferencia más que referirse a la estructura de la norma, se encuentra en su efectividad y eficacia, cuestiones dependientes más bien de los medios de protección y defensa de los derechos que de su estructura.

Para poder intentar desentrañar la naturaleza de los derechos humanos, es preciso hacer una distinción entre éstos y los derechos fundamentales, la cual radica principalmente en sus efectos jurídicos. A continuación se hará una comparación relativa a su origen, fundamento, efectos jurídicos, características, propiedades y formulación:

	Derechos humanos	*Derechos fundamentales*
Fuente:	Pertenecen al ámbito de la axiología, proceden de la naturaleza del hombre.	Están positivados en el sistema jurídico, son creados por el hombre.
Fundamento:	La naturaleza humana.	La norma jurídica.
Efectos jurídicos:	Carecen de consecuencias jurídicas, a menos que sean positivados.	Tienen todas las consecuencias jurídicas que el sistema jurídico les atribuya.

19 Esta es la estructura comúnmente aceptada en la cual, la cópula es una forma de deber ser y la sanción no es necesariamente un acto coactivo, sino simplemente alguna consecuencia jurídica. Véase Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, Springer Verlag, 1966, pp. 9 y ss., Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 4a. ed. (1979), trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1994, p. 243, Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 46-52, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1a. ed., México, Editora Nacional, 1981, p. 48, entre otros.

	Derechos humanos	*Derechos fundamentales*
Características:	Son innatos, individuales, propios de la persona, imprescriptibles, irrenunciables, inviolables e inalienables.	Son creados, existen a partir de su otorgamiento por el sistema jurídico, y son asegurados por los medios de control de su ejercicio que el mismo establece como garantía frente a los abusos por parte de la autoridad. Se encuentran limitados por el propio derecho.
Propiedades:	De interdependencia y complementariedad entre sí debido a que son considerados como derechos universales, en el sentido de que pertenecen a todos los individuos.	Se configuran como derechos subjetivos públicos, oponibles *erga omnes*. Son ante todo, obligaciones de abstención por parte del Estado; pueden ser individuales o colectivos.
Formulación:	Se distinguen por su vaguedad, su formulación es muy general, lo que dificulta su protección.	La generalidad de los derechos fundamentales es menor, pues está referida a libertades o derechos específicos.
Medios de protección:	La protección de los derechos humanos frente a los Estados está encargada en principio a organismos internacionales regidos por el derecho internacional.	El derecho constitucional confiere la protección de los derechos fundamentales a órganos creados por la propia Constitución y establece mecanismos de protección.
Coercibilidad:	Estos derechos funcionan de manera intimidatoria, ya que normalmente los organismos internacionales carecen de medios coactivos para hacer eficaces sus resoluciones, su fuerza radica en la opinión internacional.	La posibilidad del uso legítimo de la fuerza física para obligar al cumplimiento, así como la institucionalización del aparato coactivo es correlativo a la estructura del Estado y forma parte de la estructura del sistema jurídico.

Los derechos humanos, conforme a la tradición iusnaturalista son aquellos que las personas tienen y deben poder ejercitar por el simple he-

cho de serlo, es decir, son correlativos a su ser.[20] Por lo mismo, se presume un derecho que emana de la naturaleza humana, por eso se califican de inherentes. Se podría decir, que son los derechos que todo individuo debe reconocer para sí o para otro, para permitir un desarrollo digno del ser humano como tal.

Si se admite esta postura, entonces debe considerarse que los derechos humanos han existido siempre y los derechos fundamentales son solamente el resultado del reconocimiento de su relevancia y postivización, un producto histórico y cultural. Lo cual explicaría que su protección por los sistemas jurídicos ha variado tanto en sus contenidos, como en sus formas.

Pero si se toma en consideración que su protección deriva de su positivización, ya sea en el derecho internacional o en el nacional vale la pena preguntarse ¿cuál es la fuente en la que deben ser regulados? ¿la ley o la Constitución? En principio sabemos, que los derechos humanos tienen su origen en los tratados internacionales, y los derechos fundamentales en la Constitución. El proceso de reconocimiento de los derechos humanos ha llevado a muchos sistemas jurídicos a incluir los derechos humanos en sus Constituciones o a elevar a rango de ley fundamental los tratados celebrados una vez que éstos pasan a formar parte del derecho interno.

La relevancia del cambio de fuente radica en la posibilidad de regular con mayor precisión estos derechos y conferirles una mayor protección a través del sistema local de impartición de justicia. Pero si un sistema jurídico prevé ya en su Constitución derechos fundamentales, solamente tiene que agregar a esta lista los derechos humanos que no se encuentran ya previstos.[21] Incluirlos dos veces con el mismo rango y eficacia podría traducirse en una duplicación de la instancia. Esto puede acarrear más problemas que soluciones, ya que no sólo no puede incrementar la protección de los derechos de los individuos, sino por el contrario, tendrá

20 Según Beuchot y Saldaña, la corriente del derecho natural que mejor desarrolla el concepto de naturaleza humana es la del derecho natural clásico con sus antecedentes en Aristóteles y Tomás de Aquino. En su artículo "Derechos humanos y derecho natural" se explicita claramente la naturaleza de los derechos humanos y su carácter inmanente. *Derechos humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 2000, pp. 49-75.

21 Víctor Martínez hace un análisis de los artículos constitucionales que se modificaron para incluir derechos humanos o complementar los derechos fundamentales existentes en función de otros derechos humanos en "Los derechos humanos en las reformas a la Constitución mexicana de 1917", *Ochenta años de vida constitucional en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados, México, 1998, pp. 11-30.

como consecuencia mayor incertidumbre jurídica. Mientras que si se mantienen y preservan como ley, formando parte del tratado que los prevé, permanecen inalterables y se encontrarían fuera del alcance del legislador, a diferencia de aquellos que se encuentran previstos en la Constitución y pueden ser modificados por el órgano reformador.

Desde esta perspectiva, es posible preguntarse, si el cambio de fuente vale la pena tan sólo para proporcionar a los derechos humanos otras formas legales de protección, como sería el amparo, en el caso del derecho mexicano, o si más bien, lo relevante sería actualizar el catálogo de derechos fundamentales para ampliarlos e incluir los derechos humanos no previstos, preservando a la vez los tratados internacionales celebrados en plena forma y vigor.

VI. El origen de los derechos humanos

Para realizar la siguiente clasificación relativa al origen de los derechos humanos se parte del supuesto que éstos son conquistas históricas o culturales, al igual que los derechos fundamentales, lo cual impide poder afirmar que constituyen dos categorías distintas de protección de la esfera de acción de las personas.[22]

La concepción y relevancia de los derechos humanos ha evolucionado con el tiempo, en virtud de lo cual la lista de derechos del individuo se ha modificado históricamente, por lo que es difícil conferirles una dimensión permanente y absoluta a esta categoría de derechos que ha mostrado ser variable.[23] De esta mutabilidad deriva la ruptura con la fundamentación naturalista y su sustitución por una fundamentación positivista y posteriormente, historicista basada en la razonabilidad de los derechos del hombre.[24]

22 Hay autores que utilizan los términos como equivalentes, para quienes se trata de una misma cosa, como por ejemplo para Humberto Nogueira Alcalá, que en su libro *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* se ocupa de los derechos humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 2003.

23 Sobre el desarrollo del valor de la persona humana y su afirmación política y jurídica en la historia, véase Lafer, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 136 y ss.

24 En la obra *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, es posible encontrar opiniones diversas sobre el problema de la fundamentación de los derechos humanos. Saldaña, Javier (coord.), México, UNAM, 1997.

De conformidad con la protección o tutela que confieren han sido clasificados[25] por generaciones de conformidad con su período de gestación y consolidación:

1. La primera generación: en este grupo se encuentran los derechos que surgen de las primeras declaraciones de derechos tras la Revolución francesa en el siglo XVIII, de la separación entre Estado y sociedad, y tienen como fundamento el individualismo y las teorías contractualistas. Su origen es un reclamo ante la autoridad, por lo que son considerados parte de la naturaleza humana, inherentes a la persona, y en consecuencia, se configuran como derechos individuales tanto en el modo de su ejercicio, como en relación al titular del derecho y al sujeto pasivo del mismo, ya que se puede afirmar en relación a otros individuos. Esta generación se complementa posteriormente en un segundo periodo con los derechos ejercidos colectivamente, como la libertad de asociación, por ejemplo. Se pueden calificar de absolutos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes*, puesto que respecto del Estado significan un deber de abstención.

Los derechos de la primera generación surgen como reacción frente al absolutismo es por ello que son considerados como inalienables, la idea de la delimitación de la soberanía, de la limitación del ejercicio del poder en función del respeto de la dignidad humana está asociada al liberalismo, a una economía capitalista, a la expansión y a la migración, por ello es relevante que exista un reconocimiento general de los derechos del hombre.

2. La segunda generación es producto del legado que deja el socialismo, es la complementación de los derechos individuales, al prever derechos de crédito de los individuos en relación a la colectividad, como el derecho a la salud, el trabajo, la educación, los cuales tienen como sujeto pasivo al Estado, sin embargo, el titular del derecho sigue siendo individual. El Estado es el titular del deber correlativo, de ello deriva su obligación de prestar determinados servicios públicos. Son deberes de acción positiva que corresponden a la evolución del Estado policía al Estado de bienestar.[26]

25 Aquí se presenta una clasificación general que se puede considerar como la mayormente aceptada, aun cuando hay autores que discrepan y hablan solamente de tres o incluso de cinco generaciones, pero considerando al titular del derecho y modo de ejercicio del derecho, creo que cuatro grupos son los distintivos, aunque existen discrepancias en cuanto a la forma de agruparlos.

26 Este tipo de Estado corresponde al Estado social, sobre su significado e implicación véase García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Alianza Universidad, 1989.

De esta concepción se derivan dos pactos que producen sistemas diferentes de tutela de los derechos humanos en la ONU: uno para derechos civiles y políticos y otro, para derechos económicos y sociales. El sistema de reclamo y de protección es distinto, en el primer caso, se puede realizar de manera individual, en el segundo, se logran de manera mediata, esto se debe a que el reconocimiento de esos derechos deriva de dos concepciones distintas de Estado.

3. La tercera generación es aquella en que el titular del derecho es una colectividad o grupo humano, como la familia, la nación o las etnias por ejemplo. Son derechos que corresponden a esta generación los relativos a la autodeterminación, la paz, etcétera, y se caracterizan porque su titularidad es colectiva. Su problema es la legitimación para reclamarlos frente al Estado, ya que es difícil individualizar a los sujetos que tienen el derecho y pueden reclamarlo. Un ejemplo es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, ya que en México son entidades que no son inidentificables como unidad y carecen de un representante.[27]

4. La cuarta generación, es una categoría que todavía se está delimitando, son derechos de la "humanidad", como el derecho al medio ambiente por ejemplo. El aspecto más relevante en este caso, es el cambio en la relación tradicional entre derecho subjetivo y deber subjetivo, puesto que si los obligados son las generaciones presentes, produce algo de confusión pensar que el derecho correlativo de un deber de acción corresponde a algo intangible e improbable como son las "generaciones futuras".[28]

La evolución histórica de los derechos humanos refleja que no hay un contenido mínimo fijo que debe estar en la Constitución, sino que se encuentra en constante adecuación a los nuevos reclamos. De la misma ma-

[27] Las reformas constitucionales que establecen derechos fundamentales para los pueblos indígenas siguen teniendo eficacia exclusivamente individual, en virtud de que su único medio de acción sigue siendo el amparo, y éste solamente reconoce la legitimación individual. Sobre la evolución de la protección de los derechos de los indígenas, véase, María del Refugio Gonzáles, "Derechos humanos y pueblos indígenas", *Los derechos humanos frente al nuevo milenio*, Tuxtla-Gutiérrez, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 1998, pp. 240-258.

[28] Este es un término también bastante impreciso que se puede definir siguiendo a Leticia Bonifaz como "las que existirán en un futuro inmediato o remoto", aun cuando no haya certeza alguna sobre su existencia efectiva, en "El artículo cuarto constitucional: ¿cajón de sastre?, *Ochenta aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, 1997, p. 53.

nera, se puede decir que no existe precepto constitucional alguno que no pueda ser eliminado de la misma, a menos que la propia norma suprema prevea su intangibilidad. En otras palabras, así como se adicionan nuevos derechos en el catálogo, de la misma manera pueden ser eliminados al cambiar la opinión general sobre su relevancia.

VII. La transformación del derecho humano en derecho interno

Uno de los aspectos más importantes de reconocer a los derechos de las personas el carácter de supremos es la posibilidad de protegerlos frente a las intervenciones o limitaciones de terceros.

El hecho de asimilar el contenido de los tratados internacionales al derecho interno tiene como principal consecuencia incrementar la eficacia de su protección con el respaldo de los sistemas de control del ejercicio del poder por parte del Estado. La jurisdicción internacional, a pesar de haberse fortalecido en los últimos decenios, sigue siendo insuficiente para asegurar de manera eficiente los derechos de las personas.

Existen distintos tipos de control, Loewenstein[29] los clasifica de acuerdo con su ámbito de actuación en controles verticales y horizontales. Los primeros son modos de acción entre los poderes instituidos y la sociedad, como el federalismo, los derechos fundamentales y el pluralismo entre otros, dados cuando la sociedad se enfrenta al Estado.

Los horizontales operan dentro del aparato estatal, y se subdividen en: 1. controles intraorgánicos, que son controles internos que se articulan dentro del órgano mismo, y 2. controles interorgánicos, que funcionan entre los distintos órganos estatales de manera recíproca, y a través de la cooperación se evita la concentración de facultades y el bloqueo de actuación entre poderes.

De tal forma, que los derechos fundamentales, así como los derechos humanos, gozan de por sí, de un efecto de control por parte de la sociedad respecto de la autoridad. Pero su mayor fuerza radica en constituirse como límites al ejercicio del poder, ya que las extralimitaciones pueden ser controladas, ya sea por la vía administrativa o jurisdiccional de conformidad con diversos procedimientos dependiendo de cada sistema jurídico.

[29] Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp.149 y ss, y 353 y ss. respectivamente.

Los derechos fundamentales, gozan en virtud de su positivización en la norma suprema de una forma de protección jurídica garantizada por un sistema de control. En México, el juicio de amparo, es el medio de control de la constitucionalidad que tiene por objeto impedir el ejercicio abusivo del poder por medios jurisdiccionales que prevé procedimientos para obligar a la autoridad a cumplir con la resolución aun en contra de su voluntad (artículo 107, fracción XVI constitucional).

Las garantías individuales, que es el término que la tradición y la doctrina constitucional han utilizado para designar a los derechos contenidos en la Constitución,[30] han sido llamadas así, porque están relacionadas con los medios de control que garantizan el ejercicio de esas libertades y derechos. Se consideran como derechos subjetivos públicos que facultan al gobernado para reclamar una acción u abstención frente al Estado que tiene la obligación correlativa. En otras palabras, nuestro sistema jurisdiccional no ha legitimado, sino las acciones en contra de autoridades, no acciones en contra de terceros, sin embargo, la teoría moderna, por ejemplo en Alemania reconoce, la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros.[31]

Existen otros medios de protección que a pesar de estar previstos en el ordenamiento jurídico tienen efectos distintos, como es la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos.[32] En virtud de su carácter de órganos administrativos, la función primordial de estas comisiones es investigar y denunciar públicamente los abusos de poder por parte de funcionarios públicos, sin embargo, no pueden realizar actos tendientes a impedir dichos abusos o para sancionar a la autoridad responsable. En virtud de la estructura de los derechos humanos se considera que éstos se ejercen y protegen frente a la autoridad, por lo que ante un acto de particulares, individual o colectivo,

30 Sobre las garantías individuales, su origen y el significado del concepto, véase Burgoa Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1982, capítulo segundo.

31 Los derechos fundamentales se refieren principalmente a pretensiones que se ejercen frente a los poderes públicos, frente a los particulares tienen eficacia solamente en función del reconocimiento que el propio sistema jurídico haga y en tanto no sea hecha por el legislador, deberá realizarse caso por caso. Normalmente la eficacia de los derechos fundamentales, o *Drittwirkung*, se encuentra mediada por las leyes frente a los tribunales ordinarios.

32 Existe un amplio estudio sobre la relación entre el derecho constitucional y la protección institucionalizada de los derechos humanos por el Estado de Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos,* México, Comisión Nacional de Derechos Humanos*,* 2001.

es decir frente a terceros, no existe más opción que recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria, y esto solamente en el caso de que la conducta se encuentre tipificada en el Código Penal, lo cual reduce su eficacia.

En conclusión, el sistema jurídico reconoce los derechos humanos al celebrar tratados y convenios internacionales que los protegen, así como al crear las comisiones de derechos humanos. Éstas se convierten en instancias paralelas a la jurisdiccional que protegen los derechos de las personas con un eficacia jurídica diversa. Los tratados internacionales celebrados y los derechos humanos que prevén, adquieren el rango y fuerza que el propio sistema jurídico les confiere en la Constitución.

Los derechos previstos en tratados internacionales celebrados por México, de conformidad con el artículo 133 constitucional, se integran a nuestro derecho como "ley suprema de toda la Unión," siendo así obligatorios como cualquier otra ley, siempre y cuando hayan cumplido con el procedimiento previsto en la Constitución para su creación. La obligatoriedad de los tratados, sin embargo, depende de las reservas establecidas en el momento de su celebración y de su adecuación al sistema jurídico nacional. Ya que, el propio artículo 133 establece la jerarquía de las normas de nuestro sistema y los tratados internacionales quedan subordinados a ella, por lo tanto, son los tratados los que para su aplicación y eficacia deben adecuarse a la Constitución y no a la inversa.

Los derechos humanos forman parte de nuestro sistema jurídico a través de su asimilación al derecho nacional mediante el procedimiento de celebración de tratados internacionales previsto en la Constitución, así tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre derechos humanos de la Organización de Estados Americanos[33] de 1969. Se conoce con el nombre de Carta Internacional de Derechos Humanos al conjunto de los tres tratados básicos en materia de derechos humanos, que son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[34] y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[35] ambos de 1966.[36]

33 En vigor en México a partir del 7 de mayo de 1981.

34 Entró en vigor en México el 23 de marzo de 1981.

35 En vigor en nuestro país desde el 23 de junio de 1981.

36 En el libro *México y las declaraciones de derechos humanos*, se encuentran los documentos básicos, así como comentarios y reflexiones en torno a estas declaraciones; Fix-Zamudio (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

Del análisis de contenido de los principales tratados en materia de derechos humanos celebrados por México, haciendo una comparación con los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución, así como con otros derechos previstos en legislación secundaria en el sistema jurídico mexicano, es posible concluir, que la mayoría de los "derechos humanos" se encuentran ya protegidos por nuestro derecho. Para su defensa se encuentran además previstos en el orden jurídico nacional recursos específicos.

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Concepto de discriminación*. III. *Principios de interpretación*. IV. *Apertura al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho comparado*. V. *Conductas que discriminan*. VI. *Medidas de acción positiva*. VII. *El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación*. VIII. *Los procedimientos previstos en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*. IX. *Las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Al analizar el tema de la no discriminación en México es obligado hacer referencia a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003 (en lo sucesivo la Ley será identificada simplemente como LD). La Ley tuvo como origen remoto o mediato un proyecto redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación que estuvo trabajando durante buena parte del año 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado. En esa Comisión trabajaron más de 160 personas, muchas de ellas pertenecientes a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados en México (personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas o con tendencias sexuales distintas a las mayoritarias, mujeres, etcétera).

Aunque el texto de la Ley, como veremos enseguida, se apartó en aspectos importantes del proyecto de la Comisión Ciudadana, es claro que los legisladores tuvieron en ese proyecto su principal insumo de trabajo

y que muchas de las propuestas novedosas que en él se establecieron finalmente pudieron adquirir fuerza de ley.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos. A continuación se refieren algunos de sus aspectos más destacados.

II. Concepto de discriminación

La primera cuestión a destacar del contenido de la LD es la que tiene que ver con el concepto de discriminación. El artículo 4o. de la LD nos presenta el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es el siguiente:

> Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.
>
> También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Como se puede ver, el artículo 4o. de la LD no se limita a transcribir el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como por ejemplo la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.[1]

[1] En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la "Declaración y programa de acción de Viena" dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que "El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional" (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la "Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia", celebrada en Durbán, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la

En el proyecto ciudadano de ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación la llamada "discriminación indirecta"; el artículo 4o. del proyecto tenía un párrafo tercero de acuerdo con el cual "será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad". Fernando Rey define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como "aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo".[2]

Por su parte, el artículo 5o. de la LD precisa una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan alguno de los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional; su texto es el siguiente:

> No se considerarán conductas discriminatorias las siguientes:
>
> I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;
>
> II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;
>
> III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;
>
> IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;
>
> V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;
>
> VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durbán pueden consultarse en Carbonell, Miguel, *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., Porrúa, CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

[2] *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64.

> VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y
>
> VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

El artículo 5o. de la LD viene a concretar la idea de que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de *distinciones no razonables.* En este contexto, al legislador mexicano le pareció adecuado recoger de forma explícita algunas distinciones que, desde su punto de vista, no serían irrazonables. Es importante señalar que el texto del artículo 5o., tal como quedó finalmente redactado, no se encontraba en el proyecto ciudadano presentado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación. El texto de ese artículo que fue propuesto por la Comisión Ciudadana era el siguiente:

> No se considerarán discriminación todas aquellas acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades. Dichas acciones tendrán un carácter temporal y no podrán mantenerse después de alcanzados los objetivos para los cuales fueron diseñadas. Tampoco se considerarán actos discriminatorios las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar un empleo determinado.

III. Principios de interpretación

Un segundo tema interesante del texto de la LD es el que tiene que ver con las cuestiones interpretativas. Los artículos 6o. y 7o. de la LD contienen algunas pautas interpretativas que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la propia Ley y que, en alguna medida, suponen una aportación novedosa para el ordenamiento jurídico mexicano.

El artículo 6o. dispone que:

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

Como se puede apreciar, el artículo 6o. incorpora como un canon hermenéutico de la LD a los instrumentos de derecho internacional relacionados con el tema de la igualdad y con la no discriminación. Esto significa que el intérprete, al darle sentido a alguna disposición de la LD, lo deberá hacer tomando en cuenta esos instrumentos. En el proyecto ciudadano el artículo 6o. tenía una redacción más amplia y, a la vez, más concreta; el texto que había propuesto la Comisión Ciudadana era el siguiente:

> El contenido de esta Ley se interpretará tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas en los organismos multilaterales y regionales, particularmente las que se refieren a la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La actuación de las autoridades deberá apegarse a lo establecido por dichos instrumentos y a la interpretación de los mismos que hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Una cuestión muy novedosa y positiva del artículo 6o. de la LD, que como se acaba de mencionar ya había sido incorporada en la propuesta de la Comisión Ciudadana, es que los intérpretes no solamente deben tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales, sino también las "recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales", que se hayan expedido con fundamento en esos tratados. La consecuencia práctica de esta disposición es muy relevante; la LD incorpora al derecho mexicano un conjunto de recomendaciones y resoluciones muy amplio e importante, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.[3] Así por ejemplo, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las observaciones generales número 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3o. del Pacto Internacional de De-

[3] Una introducción al régimen jurídico de esas recomendaciones y a su significado para el ordenamiento jurídico mexicano puede encontrarse en Carmona Tinoco, Jorge, "El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

rechos Civiles y Políticos, que contiene una cláusula de igualdad) y las recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros textos normativos.[4]

Por su parte, el artículo 7o. de la LD señala que "Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias". Este precepto también incorpora una novedad importante en materia de derechos humanos. Por una parte, asume una postura moderna en materia de interpretación jurídica al entender que un mismo texto puede tener distintos significados posibles, varios de los cuales pueden ser perfectamente congruentes con lo dispuesto en la Constitución.[5] Por otro lado, le señala al intérprete la obligación de elegir de entre esos significados el que mejor proteja a los grupos en situación de vulnerabilidad. Aunque la ley no lo señala, se debe entender que al realizar esa elección el intérprete tendrá que justificarla y explicarla, lo cual exige una argumentación jurídica muy sólida y rigurosa.

El reconocimiento de que la ley puede tener diversos sentidos interpretativos —uno o más de los cuales pueden ser válidos— y que, en consecuencia, no siempre hay una única respuesta correcta para todos los problemas, supone la aplicación de las más modernas teorías, no solamente en materia de derecho constitucional, sino también en materia de interpretación jurídica.[6]

IV. Apertura al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho comparado

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6o. y 7o. de la LD, que esta es una ley muy sensible al derecho internacional. No solamente porque explícitamente lo cita y lo recoge con nota-

[4] Una compilación muy amplia de las observaciones y recomendaciones generales expedidas por diversos Comités de la ONU en materia de derechos humanos puede verse en Carbonell, Miguel, *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, *op. cit.,* nota 1.

[5] Al respecto, Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2005.

[6] Sobre el tema puede verse la excelente obra colectiva Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México-Porrúa, 2005, 2 ts.

ble amplitud, sino también porque de forma implícita toma varios textos de tratados internacionales y los convierte en legislación interna. Así por ejemplo, el artículo 3o. de la LD dispone que:

> Cada una de las autoridades y de los órganos públicos federales adoptará las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, de conformidad con la disponibilidad de recursos que se haya determinado para tal fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio correspondiente, para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en las leyes y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.
>
> En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán, las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el Capítulo III de esta Ley.

Es evidente que el precepto transcrito está claramente inspirado en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuyo texto es el siguiente:

> Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Quizá el texto de la LD podría considerarse una mala copia del artículo 2.1. del Pacto. El proyecto de la Comisión Ciudadana se había apegado de forma más estrecha a lo dispuesto por el Pacto; el texto de su artículo 3o. señaló:

> Cada una de las autoridades y de los órganos públicos adoptará todas las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para que toda persona que se encuentre en el territorio nacional goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, la LD también recoge influencias del derecho constitucional comparado. Por ejemplo en su artículo 2o. cuando establece que:

> Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Se trata de un precepto claramente inspirado en los artículos 9.2. de la Constitución española de 1978 y 3.2. de la Constitución italiana de 1947. El punto de partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de "igualdad sustancial", que busca asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

V. Conductas que discriminan

El capítulo II de la Ley se denomina "Medidas para prevenir la discriminación" y contiene un solo artículo (el 9o. de la LD). En ese precepto se realiza una enumeración prolija de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones. Su texto es el siguiente:

> Artículo 9o. Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.
>
> A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:
>
> I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;
>
> II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4o. de esta Ley.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones con relación a varios de los grupos en situación de vulnerabilidad y que, respecto a cada uno de ellos, la ley describiera las conductas discriminatorias más comunes que les afectaban (artículos 10 a 16 del proyecto); además, el proyecto ciudadano comenzaba el capítulo de medidas contra la discriminación señalando claramente que las conductas discriminatorias podían ser realizadas tanto por autoridades como por particulares y que podían afec-

tar a cualquier persona que estuviera en el territorio nacional, con independencia de su estatuto jurídico; el texto del artículo 9o. del proyecto ciudadano fue el siguiente "La presente Ley protege a toda persona o grupo de personas, nacionales o extranjeras, que puedan sufrir cualquier acto de discriminación proveniente tanto de las autoridades, los órganos públicos, así como de los particulares".

Entre las medidas que establece el artículo 9o. de la LD hay algunas que ya han comenzado a provocar reacciones nerviosas, sobre todo de algún medio de comunicación. Por ejemplo, la fracción XV que dispone que es una conducta discriminatoria "Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación"; también ha generado algunos escozores la fracción XVIII del mismo artículo, que considera como discriminación "Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual". Para algunos, estos preceptos podrían ser violatorios de la libertad de expresión. Olvidan quienes así piensan que en una democracia no todas las expresiones pueden estar tuteladas ni pueden considerarse, con independencia de su contenido, como protegibles por el ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no puede servir para proteger las manifestaciones verbales de odio racial u homofóbico, ni para hacer escarnio de quien tiene una discapacidad o de quien presenta cierto estado de salud o asume una determinada preferencia sexual.

Algunas fracciones del artículo 9o. de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ir siendo progresivamente concretizados y dotados de sentido normativo por los intérpretes de la ley. Así por ejemplo, la fracción XIII se refiere a la "dignidad e integridad humana", pero no las define; la fracción XIX habla de "condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo, especialmente de las niñas y los niños" (se tendrá que precisar cuáles son esas condiciones); en la fracción XXIII se incorpora el concepto, muy difundido en el derecho internacional de los derechos humanos, de "trato abusivo o degradante". Desde luego, que se tenga que precisar el sentido y alcance de sus contenidos posibles no implica que esos preceptos sean superfluos o innecesarios; al contrario, justamente por su deliberada amplitud pueden generar una actividad hermenéutica muy generosa en cuanto a la tutela contra la

discriminación, siempre y cuando los intérpretes asuman posiciones progresistas y desligadas de prejuicios.

Algunas de las fracciones del artículo 9o. se aplican claramente a las relaciones entre particulares, con lo cual la LD reconoce una de las tendencias más importantes del constitucionalismo de los últimos años. Ya se han mencionado varias de esas fracciones.

A las citadas habría que añadir una que puede tener mayor interés como lo es la fracción XXII según la cual no se puede discriminar en el sentido de impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que presente servicios al público.

VI. Medidas de acción positiva

La Comisión Ciudadana consideró, con todo acierto desde mi punto de vista, que en países en los que, como sucede en México, existen paisajes sociales profundamente desigualitarios y expresiones discriminatorias tan arraigadas, es necesario tomar medidas drásticas (por llamarlas de alguna forma) para combatir la discriminación. Entre esas medidas se encuentran las que se suelen llamar acciones positivas o medidas de discriminación inversa.

Al diseñar el proyecto ciudadano de ley, la Comisión Ciudadana consideró oportuno que su propuesta contuviera algunas acciones positivas. El capítulo III del proyecto ciudadano llevaba por título, justamente, "Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades" (artículos 17 a 23).

Siguiendo la metodología que ya se había elegido para el capítulo II, el proyecto identificaba medidas positivas específicas para los grupos en situación de vulnerabilidad; de esta manera, el proyecto establecía medidas positivas a cargo de los poderes públicos en favor de las mujeres (artículo 17), de las niñas y los niños (artículo 18), de las personas mayores de 60 años (artículo 19), de las personas con discapacidad (artículo 20), de la población indígena (artículo 21); también contemplaba medidas positivas a cargo de las personas físicas y morales no oficiales, en favor de las mujeres (artículo 22) y en favor de las personas con discapacidad (artículo 23).

Algunas de las medidas contenidas en los artículos mencionados eran ciertamente radicales, como reflejo del carácter progresista que distin-

guía a varios de los miembros de la Comisión Ciudadana; así por ejemplo, el proyecto establecía una cuota del 50% de los cargos públicos administrativos y de representación popular en favor de las mujeres (artículo 17 fracción II); también disponía que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social quedara inscrita a nombre de la mujer o, en su defecto, a nombre de ambos cónyuges o convivientes (artículo 17 fracción III). El proyecto establecía porcentajes fijos (del 5%) del total de recursos destinados a la educación preescolar y básica para la atención de las personas con discapacidad (artículo 20 fracción III).

La LD siguió parcialmente el esquema del proyecto ciudadano, en la parte en que se identifica a los grupos en situación de vulnerabilidad en favor de los cuales se establecen las cuotas, quedando en su texto los mismos que había propuesto la Comisión Ciudadana (artículos 10 a 14 de la LD). Pero las medidas que fueron finalmente establecidas están redactadas de tal manera que dejan grandes espacios de discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental para decidir el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados. Tomemos como ejemplo las medidas establecidas en favor de las personas mayores de 60 años; el artículo 12 de la LD dispone lo siguiente:

> Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:
>
> I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;
>
> II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:
>
> a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie y
>
> b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y
>
> III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Como se puede ver, en cada uno de las tres fracciones el legislador fue muy cauteloso y prefirió permitir que lo que podríamos llamar "normas intermedias" precisaran el alcance de los derechos que en ese precepto se

establecieron. Ninguna de esas expresiones figuraban en el artículo 19 del proyecto de la Comisión Ciudadana, cuyo texto señalaba con mayor claridad y precisión lo siguiente:

> Los órganos públicos y las autoridades, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:
>
> I. Garantizar el acceso gratuito a los servicios de salud pública y seguridad social;
>
> II. Otorgar descuentos en el pago por suministro de energía eléctrica;
>
> III. Garantizar un nivel mínimo y decoroso de ingresos;
>
> IV. Garantizar un sistema de pensiones, las cuales no podrán ser inferiores al salario mínimo vigente, y
>
> V. Crear programas de apoyo financiero para la construcción de estancias y albergues.

Con independencia de lo afortunado de la redacción legislativa que finalmente quedó en la LD, lo cierto es que a partir de su entrada en vigor existe una obligación expresa para diversas entidades de la administración pública, a fin de hacer efectivos los mandatos de la propia Ley. En el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que es emitido por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación conforme a lo establecido por el artículo 20 fracción II de la LD, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el capítulo III de la propia LD.

VII. El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

En los capítulos IV a VI de la LD se precisa lo relativo al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, su integración, los órganos que lo componen, sus respectivas competencias, etcétera (capítulo IV), así como los procedimientos que deberá seguir en el ejercicio de sus atribuciones (capítulo V) y la manera en que habrán de repararse los actos discriminatorios (capítulo VI).

La naturaleza jurídica del Consejo está definida en el artículo 16 de la propia LD en los siguientes términos:

> El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, en adelante el Consejo, es un organismo descentralizado sectorizado a la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Para el desarrollo de sus atribuciones, el Consejo gozará de autonomía técnica y de gestión; de igual manera, para dictar las resoluciones que en términos de la presente Ley se formulen en los procedimientos de reclamación o queja, el Consejo no estará subordinado a autoridad alguna y adoptará sus decisiones con plena independencia.

La LD establece que el Consejo tiene las siguientes atribuciones principales (artículo 20 de la ley), que presentamos de forma abreviada:

1) Diseñar estrategias e instrumentos, proyectos, acciones y programas para prevenir y eliminar la discriminación;
2) Proponer y evaluar la ejecución del Plan Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación; aunque la LD no lo menciona hay que destacar la importancia práctica que tiene el Plan Nacional, pues se trata del principal instrumento coordinador de las políticas públicas del Poder Ejecutivo Federal en materia de lucha contra la discriminación;
3) Verificar la adopción de medidas y programas en la materia, así como expedir los correspondientes reconocimientos;
4) Realizar estudios sobre las prácticas discriminatorias en los ámbitos político, económico, social y cultural;
5) Estudiar los ordenamientos vigentes, tanto legales como de carácter administrativo, para proponer, en su caso, las reformas que sean necesarias para prevenir y eliminar la discriminación;
6) Divulgar los compromisos del Estado mexicano derivados de la firma y ratificación de instrumentos internacionales en materia de no discriminación; el Consejo deberá también promover su cumplimiento en los diferentes ámbitos de gobierno, lo cual obliga al Consejo a establecer comunicación con los demás poderes federales, con los órganos constitucionales autónomos y con los gobiernos de las entidades federativas a fin de llevar a cabo esa tarea de divulgación y alcanzar el cumplimiento de los instrumentos mencionados;[7]

[7] La coordinación que deberá establecer el Consejo con los distintos niveles de gobierno está explícitamente prevista por la fracción XIII del artículo 20 de la LD.

7) Difundir y promover contenidos no discriminatorios en los medios de comunicación; sobre esta atribución conviene señalar que desde los trabajos de la Comisión Ciudadana se consideró muy relevante generar y difundir información sobre el fenómeno discriminatorio, fundamentalmente por dos razones: la primera es que muchas prácticas discriminatorias no son entendidas como tales, sino que se perciben por la sociedad como conductas normales, lo que lleva a tolerar violaciones graves a los derechos de las personas; la segunda razón es que existe muy poca información pública sobre la discriminación, lo cual da lugar a que no sea fácil diseñar una estrategia para su prevención y eliminación. Parece obvio sostener que una primera forma de detonar el cambio cultural al que aspira la LD se podría dar a través del acopio y difusión de información.
8) Conocer de los procedimientos de queja; y
9) Promover la presentación de denuncias por actos que pudieran ser violatorios de la misma LD o de otros ordenamientos en materia de no discriminación, entre otras.

Los órganos sustantivos que componen el Consejo son la Junta de Gobierno, la Presidencia del Consejo y la Asamblea Consultiva. La LD contempla también órganos de vigilancia interna (artículos 38 y 39).

La Junta de Gobierno, según el artículo 23 de la LD, está integrada por cinco representantes del Poder Ejecutivo Federal y cinco representantes de la Asamblea Consultiva. Los cinco representantes del Ejecutivo serán designados por las Secretarías de Gobernación, Hacienda y Crédito Público, Salud, Educación Pública y Trabajo y Previsión Social. Llama la atención que no se haya preferido incluir, en vez de alguna de las anteriores, a un representante de la Secretaría de Desarrollo Social, sobre todo si se toma en cuenta que habrá muchas políticas públicas contra la discriminación que involucren temas sobre las que esa Secretaría tiene competencia.[8]

En todo caso, el propio artículo 23 determina que los representantes no podrán tener rango menor al de subsecretario y sus suplentes el nivel jerárquico inmediato inferior. Con ello se busca resaltar que las tareas de la Junta de Gobierno son muy importantes y que, en esa medida, deberán

[8] La competencia básica de la Secretaría de Desarrollo Social está establecida en el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

ser tomadas por personas con el mayor nivel de responsabilidad dentro del gobierno.

Los representantes de la Asamblea Consultiva duran en su encargo tres años y pueden ser ratificados por un periodo igual; su nombramiento tiene carácter honorífico.[9]

El artículo 23 amplía el catálogo de integrantes de la Junta de Gobierno al incluir a los representantes de varios organismos públicos dependientes del Poder Ejecutivo, los cuales tendrán derecho a voz pero no a voto en las sesiones de la propia Junta. Se trata de los siguientes organismos: Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Mexicano de la Juventud, Instituto Nacional Indigenista, Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores, Consejo Nacional para la Prevención y Control del VIH/SIDA y Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Tomando en cuenta lo anterior tenemos entonces que la Junta de Gobierno sesionará con un total de 17 personas, si a las que ya se han mencionado se suma el presidente del Consejo, el cual preside también la Junta por mandato del artículo 26 de la LD.

De acuerdo con el artículo 25 de la ley, la Junta podrá sesionar cuando en la sesión estén presentes al menos la mitad más uno de los miembros, siempre que esté presente el presidente del Consejo. Es decir, la Junta podrá sesionar cuando estén presentes 9 personas. Sus resoluciones se tomarán por mayoría de votos y el presidente tiene voto de calidad. La Junta puede tener sesiones ordinarias y extraordinarias; las primeras deberán celebrarse al menos cada tres meses y las segundas cada vez que sean convocadas por el presidente.

Es el artículo 24 de la LD el que determina la competencia de la Junta; entre sus facultades se encuentran las de: a) aprobar su reglamento de sesiones y el Estatuto Orgánico del Consejo, con base en la propuesta que formule la Presidencia; b) establecer las políticas generales del órgano; c) aprobar su proyecto de presupuesto y conocer de los informes sobre el

[9] Es importante señalar que el artículo tercero transitorio de la ley dispone que "La designación de la Junta de Gobierno deberá realizarse dentro de los 90 días siguientes a la publicación de la Ley. En tanto se instala la Asamblea Consultiva, la Junta de Gobierno dará inicio a sus funciones con la presencia de los representantes del Poder Ejecutivo Federal y de cinco integrantes designados por única vez por el presidente del Consejo, quienes durarán en dicho cargo seis meses, pudiendo ser ratificados por la Asamblea Consultiva, una vez instalada, en cuyo caso sólo ejercerán el cargo hasta completar los tres años desde su primera designación".

mismo; d) aprobar el informe anual de actividades del presidente; e) nombrar y remover a los servidores públicos de mayor jerarquía dentro del Consejo (con excepción del presidente, que es nombrado de otra manera, como enseguida se verá); f) aprobar el tabulador salarial del Consejo; y g) presentar su propio informe anual de actividades.

Como puede verse, las facultades de la Junta son muy relevantes desde el punto de vista práctico, pues abarcan desde las funciones sustantivas del Consejo, hasta las administrativas y presupuestales. Con respecto a la facultad de la Junta para dictar el Estatuto Orgánico del Consejo, hay que destacar su importancia, pues se trata de la norma que regula la estructura y competencias concretas de las unidades que integran el propio Consejo.

El presidente del Consejo es nombrado directamente por el presidente de la República, según el artículo 26 de la LD. Dura en su cargo tres años y puede ser ratificado hasta por un periodo de igual duración (artículo 28),[10] tiene incompatibilidad para desempeñar otros cargos (artículo 27) y goza de inamovilidad (artículo 29), lo cual implica que no podrá ser removido de su cargo sino mediante los procedimientos establecidos por el título cuarto de la Constitución. Su competencia básica está definida en el artículo 30 de la LD.

Hasta aquí podríamos decir que la LD sigue un modelo organizacional muy parecido al del Instituto Federal Electoral, donde existe un Consejo General, presidido por un consejero presidente, que a la vez preside la Junta General Ejecutiva. La Junta de Gobierno del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación vendría teniendo más o menos las mismas competencias que el Consejo General del IFE, al cual también concurren representantes externos al propio IFE, los cuales tienen voz pero no voto; el presidente del Consejo Nacional tendría facultades similares a las del presidente del IFE. Otro modelo parecido es el que se sigue en la CNDH, en donde existe un presidente y un Consejo Consultivo, según el apartado B del artículo 102 constitucional.

Podemos ver, entonces, que el diseño de la LD sigue el que han establecido otros ordenamientos para regular el funcionamiento de órganos

10 Hay que recordar que el artículo segundo transitorio de la ley dispone lo siguiente "La designación del presidente del Consejo deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la entrada en vigor del presente decreto.

La primera designación del presidente del Consejo durará hasta el treinta de diciembre del año 2006 pudiendo ser ratificado sólo por un periodo de tres años".

dotados de un alto grado de autonomía (constitucionalmente asegurada, tanto en el caso de la CNDH como en el del IFE). Esto permite suponer que el legislador creó un órgano que debe funcionar con total autonomía, a pesar de estar orgánicamente adscrito a la Secretaría de Gobernación según el artículo 16 de la LD.

Por su parte, la Asamblea Consultiva es definida por la LD como "un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle el Consejo en Materia de Prevención y Eliminación de la Discriminación" (artículo 31).

La Ley no precisa el número de sus integrantes sino que pone un máximo y un mínimo: 20 y 10, respectivamente. Su nombramiento corre a cargo de la Junta de Gobierno según el artículo 32 de la LD.

Los integrantes de la Asamblea tendrán carácter honorífico, por lo cual —como se encarga de señalar enfáticamente el artículo 33 de la Ley— no recibirán retribución, emolumento o compensación alguna por su participación en el Consejo. Durarán en su cargo tres años y podrán ser ratificados por un periodo igual de tiempo (artículo 35 de la LD). Sus facultades, como ya se ha dicho, son de carácter consultivo y de opinión, de acuerdo a lo que señala el artículo 34 de la Ley.

La idea de la Comisión Ciudadana al redactar el anteproyecto de la LD fue que la Asamblea Consultiva debe ser el puente de unión entre la sociedad civil y el Consejo; en materias como la que nos ocupa es muy importante contar con la retroalimentación de la sociedad, para el efecto de mejorar o corregir las tareas de cualquier órgano público. Con la integración de dicha Asamblea se intenta acotar de alguna manera la tendencia endógena y opaca que suele afectar a muchos órganos de la administración pública en México. Lo importante es que será el vehículo indicado para llevar ante el Consejo los temas que, en referencia a la discriminación, preocupan a la sociedad.

Antes de terminar con estos breves apuntes sobre la estructura orgánica del Consejo cabe señalar que el artículo 42 precisa que "Las relaciones de trabajo del organismo y su personal se regirán por la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado "A" del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

VIII. Los procedimientos previstos en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

La LD dedica un número importante de sus artículos a regular los procedimientos para su aplicación; resulta curioso que los procedimientos están más detallados incluso que la parte sustantiva de la Ley.

En primer lugar hay que mencionar que la LD contempla tanto una legitimación individual como una de carácter colectivo para iniciar los procedimientos que son competencia del Consejo; el artículo 43 de la Ley dispone que:

> Toda persona podrá denunciar presuntas conductas discriminatorias y presentar ante el Consejo reclamaciones o quejas respecto a dichas conductas, ya sea directamente o por medio de su representante.
>
> Las organizaciones de la sociedad civil podrán presentar reclamaciones o quejas en los términos de esta Ley, designando un representante.

Es decir, en el primer caso estamos ante una legitimación individual y en el segundo ante una de tipo colectivo, la cual se ejerce, como es natural, por medio de un representante.

El plazo que establece la Ley para interponer las denuncias es de un año, contado a partir de que el sujeto tenga conocimiento del acto presuntamente discriminatorio o de dos años "fuera de esta circunstancia" (artículo 44).

El legislador no eligió con la mejor técnica la forma de contar los plazos; por un lado, todos los códigos procesales que contemplan el inicio de los plazos a partir de que el interesado tiene conocimiento de un acto jurídico han sido criticados por incorporar elementos subjetivos que no permiten determinar con certeza si se ha cumplido o no con el mismo; es decir, ¿cómo puede saber el Consejo o más adelante un órgano jurisdiccional en qué preciso momento un sujeto adquirió conocimiento del acto discriminatorio? Se suele recomendar que los plazos comiencen a contar a partir de la realización del acto, que es algo mucho más fácil de precisar objetivamente. Por otro lado, llama la atención el segundo supuesto del artículo 44: ¿cuándo estamos fuera de la circunstancia en que el sujeto tiene conocimiento del acto discriminatorio? ¿cuándo otro sujeto se entera y luego se lo cuenta a la víctima? ¿cuándo la denuncia se presenta por un tercero sin conocimiento del in-

teresado? Con seguridad será interesante ir viendo como se acredita éste supuesto en la práctica.

Para todo lo relativo a los procedimientos la Ley establece que será supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles. Las disposiciones del Código serán muy importantes en varios aspectos; por ejemplo en materia probatoria, pues la LD es más bien escueta al tratar lo relativo a las pruebas que se pueden esgrimir ante el Consejo.

De un modo correcto, la LD establece que las denuncias no están sujetas a ningún tipo de formalidad, con excepción de los datos que permitan identificar al interesado; las denuncias podrán presentarse por escrito, de forma oral, por teléfono o por cualquier medio electrónico (como internet, por ejemplo), de acuerdo con el artículo 49 de la Ley.

La presentación de una queja o denuncia ante el Consejo no interrumpe la prescripción de las acciones judiciales o procedimientos administrativos que se pudieran derivar de los hechos denunciados (artículo 53 de la LD). Esto genera dos consecuencias importantes para el funcionamiento del Consejo: por un lado, deberá informar y asesorar al denunciante sobre éste hecho, instándolo a que promueva las correspondientes acciones antes de que prescriban; por otro, deberá tramitar con mucha celeridad sus propios procedimientos, para que una vez terminados —en el sentido que sea— el denunciante tenga todavía la posibilidad de acudir ante otro órgano sin que haya prescrito su acción.

El artículo 54 de la LD establece que "El Consejo, por conducto de su presidente, de manera excepcional y previa consulta con la Junta de Gobierno, podrá excusarse de conocer de un determinado caso si éste puede afectar su autoridad moral o autonomía". Se trata de una norma que puede ser útil en la práctica, sobre todo para evitar la utilización partidista del Consejo, o para evitar su instrumentación por intereses ilegítimos; ya se verá en qué casos se puede aplicar ese artículo. El legislador, al determinar el contenido del artículo 54, no hizo otra cosa más que copiar un precepto con idéntico contenido que se encuentra en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 35).

Si una denuncia involucra tanto a autoridades como a particulares, se procederá a hacer la separación correspondiente a fin de seguir procedimientos distintos; en el caso de la autoridad se aplicará lo dispuesto en los artículos 58 a 79 de la LD, mientras que en el caso de los particulares se deberá estar a lo que establecen los artículos 80 a 82 de la misma Ley.

Una de las cuestiones que generó alguna duda respecto a la competencia del Consejo tenía que ver con la posibilidad de que fuera un obstáculo para el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por mandato constitucional la CNDH. La LD, sin embargo, señala con toda precisión que "Los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas que acudan en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta fuera admitida, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que dieron fundamento a la queja". Es decir, la CNDH tiene competencia preferente sobre el Consejo. Sobra decir que si un particular acude al Consejo y no ve satisfecha su pretensión, puede acudir si lo desea a la CNDH, incluso en queja contra el propio Consejo.

IX. Las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación

Una de las cuestiones que generó mayor discusión en el seno de la Comisión Ciudadana fue el tema de las sanciones que debía contener el anteproyecto de la LD. Fue un tema realmente muy debatido. Muchos de sus integrantes (partícipes de una visión más tradicional del derecho), querían establecer severas sanciones para las personas que realizaran actos discriminatorios. A otros les pareció que diseñar medidas de represión en el anteproyecto podía contribuir a la reproducción de situaciones en las que los que siempre salen perjudicados son, precisamente, los grupos en situación de vulnerabilidad (que son el objeto esencial de protección de cualquier legislación contra la discriminación).

Por supuesto, el hecho de que la LD no incluya las típicas sanciones previstas por el legislador en otras leyes no significa que se pueden llevar a cabo actos discriminatorios sin que suceda nada en términos jurídicos. En la Comisión se argumentó que muchas sanciones ya estaban previstas en otros ordenamientos; así por ejemplo, varias de las conductas descritas en el artículo 9o. pueden caer en los supuestos de la legislación laboral o incluso de la penal. Por tanto, era inútil intentar reproducir los esquemas sancionadores que ya existen en otras leyes. Por otra parte, en el ánimo de la Comisión siempre se quiso "legislar de otra forma", es decir, no hacer una ley como muchas de las que ya existen, sino ofrecer algunos

esquemas imaginativos que, sobre todo a través de medidas promocionales o premiales, hicieran interesante o benéfico para los particulares y las autoridades el cumplimiento de la ley.[11]

En ese contexto, la LD establece una serie de "medidas administrativas" no represivas para el caso en que se acredite un acto o una conducta discriminatorios. De acuerdo con el artículo 83 de la ley:

> El Consejo dispondrá la adopción de las siguientes medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación:
>
> I. La impartición, a las personas o a las instituciones que sean objeto de una resolución por disposición dictada por el Consejo, de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades;
>
> II. La fijación de carteles en cualquier establecimiento de quienes incumplan alguna disposición de esta Ley, en los que se promueva la modificación de conductas discriminatorias;
>
> III. La presencia del personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación en cualquier establecimiento de quienes sean objeto de una resolución por disposición, por el tiempo que disponga el organismo;
>
> IV. La publicación íntegra de la Resolución por Disposición emitida en el órgano de difusión del Consejo, y
>
> V. La publicación o difusión de una síntesis de la Resolución por Disposición en los medios impresos o electrónicos de comunicación.
>
> La imposición de estas medidas administrativas a los particulares, se sujetará a que éstos se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente.

Junto a estas medidas, la LD también contiene las que se suelen denominar "sanciones premiales o positivas", que tienen por objetivo no generar un castigo, sino justamente lo contrario, es decir, reconocer públicamente que una institución (pública o privada) o una persona cumplen de manera extraordinariamente destacada con la Ley. Es por eso que en el artículo 85 de la Ley se crea la figura de los reconocimientos, los cuales podrán ser otorgados por el Consejo y darán lugar a la obtención de

[11] Sobre el carácter promocional del derecho ver los ensayos de Norberto Bobbio, "La función promocional del derecho" y "Las sanciones positivas", ambos incluidos en su libro *Contribución a la teoría del derecho*, 2a. ed., traducción y edición de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990.

algún tipo de beneficios fiscales, que la ley no determina. El texto del artículo 85 es el siguiente:

> El Consejo podrá otorgar un reconocimiento a las instituciones públicas o privadas, así como a los particulares que se distingan por llevar a cabo programas y medidas para prevenir la discriminación en sus prácticas, instrumentos organizativos y presupuestos.
>
> El reconocimiento será otorgado previa solicitud de parte interesada.
>
> La Junta de Gobierno, a propuesta de la Presidencia del Consejo, ordenará verificar el cumplimiento de los requisitos señalados.
>
> El reconocimiento será de carácter honorífico, tendrá una vigencia de un año y podrá servir de base para la obtención de beneficios que, en su caso, establezca el Estado, en los términos de la legislación aplicable.

X. Bibliografía

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

Aparisi Miralles, Ángela, "Notas sobre el concepto de discriminación", *Derechos y Libertades*, núm. 5, Madrid, julio-diciembre de 1995.

Balaguer Callejón, María Luisa, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Valencia, Ediciones Cátedra, 2005.

Ballester, María Amparo, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

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

Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003.

———, "Legislar contra la discriminación", *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

———, *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa, 2003, 2 ts.

———, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM-Porrúa, 2005.

Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México, 2001.

ELÓSEGUI ITXASO, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres,* Madrid, CEPC, 2003.

FERRAJOLI, Luigi y CARBONELL, Miguel, *Igualdad y diferencia de género*, México, Conapred, 2005.

FERRER MACGREGOR, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 ts.

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

——— *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004.

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

LAPORTA, Francisco J., "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, Madrid, 1985.

——— "Problemas de la igualdad", Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994.

LERNER, Natan, *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, 2a. ed., México, CNDH, 2002.

MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003.

MCCRUDDEN, Christopher (ed.), *Anti-Discrimination Law*, Nueva York, New York University Press, 1991.

PÉREZ PORTILLA, Karla, "Acciones positivas", *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2003.

——— *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Conapred, 2005.

PITCH, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.

REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, Conapred, 2005.

RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Igualdad", en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, t. III,

RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994.

——— "La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Doxa*, núm. 19, Alicante, 1996.

WESTEN, Peter, "Speaking of Equality. An Analysis of the Retorical Force of 'Equality'" in *Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

LEGISLACIÓN Y LAS POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS EN MÉXICO: EL INICIO DE UN LARGO CAMINO*

Christian COURTIS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La definición del término "discriminación" y su posible alcance*. III. *Carácter grupal de la discriminación y factores prohibidos*. IV. *Alcance de la protección antidiscriminatoria: público-privado*. V. *Medidas antidiscriminatorias y garantías*. VI. *La evaluación de los efectos y del cumplimiento de los objetivos de la Ley*. VII. *Un paso en falso: una muestra de la debilidad del control judicial de constitucionalidad sobre discriminación en México*.

I. INTRODUCCIÓN

Estas breves notas tienen la intención de sugerir algunos parámetros para considerar el alcance, las necesidades y los posibles efectos de la legislación y las políticas antidiscriminatorias que un Estado decida adoptar. No tienen, por supuesto, intención alguna de exhaustividad, pero creo que brindan un panorama de cuestiones a tener en consideración cuando se asume la tarea de adoptar y llevar a la práctica medidas antidiscriminatorias, como pretende hacerlo México. En este sentido, pueden ser relevantes para acompañar el proceso de puesta en práctica de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

II. LA DEFINICIÓN DEL TÉRMINO "DISCRIMINACIÓN" Y SU POSIBLE ALCANCE

Un primer parámetro insoslayable está vinculado con la concepción o noción de "discriminación" que la ley y las políticas públicas correspon-

* Este artículo saldrá publicado en Gustavo Fondevila (comp.), *Derechos civiles en México*, México, Fontamara, 2006.

dientes adopten. Tratándose de un término con una carga emotiva importante, una tarea de clarificación del alcance del término permitirá una mejor comprensión de los desafíos que implica la puesta en marcha de una política antidiscriminatoria. Para realizar esta tarea de clarificación, hemos de acudir a algunas distinciones ya acuñadas en el derecho antidiscriminatorio de países desarrollados.[1]

Así, una primera distinción relevante es la que media entre discriminación legal (o normativa, o *de jure*) y la discriminación de hecho (o *de facto*, o "invisible"). Por discriminación legal, normativa o *de jure* se entiende aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. Explicaré después el significado del término "factor prohibido". Por ahora, basta con señalar que este tipo de discriminación puede manifestarse al menos de dos modos: de modo *directo*, es decir, cuando el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión —por ejemplo, cuando se prohíbe a las mujeres ejercer una profesión, o cuando se establecen distinciones raciales para el ejercicio de un derecho, o cuando se prohíbe a las personas con discapacidad acceder a un cargo o empleo público— e, inversamente, cuando se omite cumplir con una obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente; y de modo *indirecto* esto es, cuando pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente "neutro", no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo. Un ejemplo puede aclarar la discriminación normativa *indirecta*: supongamos que para postular a un puesto administrativo se exija una estatura de más de 1,80 metros, o correr 100 metros en menos de 15 segundos. En el primer caso, es probable que el criterio de distinción elegido impacte desfavorablemente sobre las mujeres; en el segundo caso, es probable que lo haga sobre las personas con movilidad física restringida.

[1] Véase Barrère Unzueta, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997 y "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 60, mayo-agosto 2001, pp. 145-166; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; Rodríguez Piñero, Miguel y Fernández López, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

La diferenciación entre discriminación normativa directa e indirecta tiene consecuencias importantes en materia de prueba: mientras en el primer caso bastaría —para acreditar la discriminación— con probar que una distinción legal se basa sobre el empleo de un factor prohibido, en el segundo caso es necesario acreditar, además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo prueba que requiere indicios de carácter empírico.

La llamada discriminación de hecho, *de facto* o "invisible" se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es finalmente el de la exclusión de los miembros de un grupo. Por ejemplo, las decisiones de un empleador, o de la autoridad que decide el otorgamiento de becas o el ingreso a una entidad pública, tienen como resultado consistente la preferencia de varones sobre mujeres, o de miembros no indígenas sobre indígenas. En este caso, al igual que en el caso de la discriminación normativa indirecta, acreditar la existencia de discriminación supone aportar datos empíricos que demuestren el sesgo "invisible" en la adopción de decisiones.

En la literatura contemporánea se habla también de *discriminación estructural o sistémica*.[2] Se trata más bien de la descripción de la magnitud del fenómeno de la discriminación tanto *de jure* como *de facto* contra grupos en particular. El señalamiento de una situación de *discriminación estructural* se ha empleado como justificación de las medidas de acción afirmativa o positiva, de las que hablaremos después.

Otro de los sentidos clásicos del término "discriminación" se relaciona con las denominadas *expresiones discriminatorias*. Se trata del empleo de expresiones injuriantes, agraviantes o portadores de estereotipos negativos referidos a un grupo social y basadas sobre un factor prohibido.

Por último, la legislación de diferentes países se refiere a la *igualdad de oportunidades*, en relación con las medidas antidiscriminatorias. Se trata, ciertamente, de nociones estrechamente vinculadas: la idea de igualdad de oportunidades surge por contraste con la idea de igualdad formal o identidad de trato, a raíz de la constatación de la existencia de

[2] Véase Saba, Roberto, "(Des)igualdad Estructural", en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, pp. 479-514.

grupos y sectores que, pese a la declaración de igualdad formal, son sistemáticamente excluidos del acceso a bienes sociales tales como la representación política, el empleo, la educación, la cultura, etcétera. De allí la vinculación entre la existencia de discriminación y la ausencia de igualdad de oportunidades, y la correlativa necesidad de complementar medidas antidiscriminatorias con medidas de promoción de la igualdad de oportunidades, entre las que se encuentran las denominadas "medidas de acción positiva o afirmativa".

Ante este panorama, es útil subrayar un aspecto que ha caracterizado la evolución de las normas antidiscriminatorias. En el pasado, cuando la noción de discriminación se vinculaba casi exclusivamente con las expresiones discriminatorias o injuriosas, la concepción vigente ponía énfasis en los componentes subjetivos de la conducta de quien era acusado de discriminar es decir, en la intención o el propósito de discriminar. Por motivos diversos —entre ellos, la dificultad de probar la intención, y la creciente percepción de la existencia de fenómenos de discriminación que no son conscientes o voluntarios, sino efecto de la reproducción social de prejuicios y estereotipos— esta concepción ha variado, y hoy se pone énfasis en un tipo de análisis de la discriminación que privilegia los factores objetivos entre ellos, el *efecto* o *resultado* discriminatorio, por sobre la *intención* de discriminar, o bien la "objetivización" de la intención o del propósito, más allá de las intenciones declaradas.

Huelga señalar que el alcance y tipo de medidas antidiscriminatorias elegidas depende de la noción de discriminación que se adopte. La adopción de una noción amplia de discriminación, que englobe todos los criterios señalados, requerirá la elaboración de medidas, técnicas y garantías adecuadas, que eviten que el fin protectorio sea frustrado por la ausencia de mecanismos idóneos para cumplir ese fin.

Paso ahora a revisar brevemente la disposición del último párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, y la del artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, donde se incluyen las respectivas concepciones sobre discriminación adoptadas por esos cuerpos normativos.

En cuanto a la norma constitucional, parece abarcar tanto la discriminación *de jure* —tanto directa como indirecta— y *de facto*, y las expresiones discriminatorias (en tanto "atenten contra la dignidad humana"). Sin embargo, la norma plantea alguna dificultad porque parece referirse exclusivamente a tipos de discriminación voluntaria o intencional (ya

que requiere que la discriminación "*tenga por objeto* anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas"). Para que la cláusula tenga un alcance adecuado, es necesario interpretar esta expresión en un sentido objetivo, es decir, independiente de las intenciones subjetivas de las autoridades o particulares autores de la discriminación que, por supuesto, tienden a negar que la intención de cualquier distinción sea la de anular o menoscabar derechos o libertades de las personas.

En cuanto al artículo 4o. de la Ley, la cláusula —inspirada en gran medida en el lenguaje de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos—,[3] es más amplia que la disposición constitucional, y facilita la tarea de quien denuncia un acto discriminatorio, ya que habla explícitamente de su *efectos*, y no ya de las intenciones que lo motivaron. La definición incluye claramente los casos de discriminación *de jure* —directa e indirecta— y *de facto*; en el caso de la discriminación *de jure*, también incluye la discriminación por omisión o por incumplimiento de obligaciones, acciones positivas o medidas compensatorias (en la medida en que la omisión denunciada tenga por efecto "impedir o anular el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades"). Esto, sin perjuicio de las dificultades planteadas por el artículo 5o. —en especial, la del artículo 5o. inciso VIII, a la que me referiré después. Además, la definición legal incluye explícitamente expresiones discriminatorias tales como la xenofobia o el antisemitismo— aunque cabría reprochar la limitación de esta enumeración, ampliada de algún modo por el artículo 9o. incisos XV, XVII y XVIII de la misma Ley.

III. Carácter grupal de la discriminación y factores prohibidos

Una segunda cuestión que requiere explicación tiene que ver con la proyección grupal o colectiva del fenómeno de la discriminación. Cuando se habla de discriminación o de medidas antidiscriminatorias, no se

[3] Considérese, por ejemplo, su similitud con el artículo 2 a) de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo 2 a) "El término 'discriminación contra las personas con discapacidad' significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales".

está haciendo referencia a cualquier tipo de distinción legal. Por ejemplo, la distinción legal, a efectos de otorgar un subsidio, entre productores de leche y productores de miel, podría ser cuestionada a partir del principio de igualdad o tratamiento igualitario, pero difícilmente refleje el sentido en el cual se habla de "discriminación" en tratados internacionales de derechos humanos o en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Lo que caracteriza a la discriminación que estos cuerpos normativos pretenden atacar es la existencia de preconceptos o prejuicios contra un grupo social determinado, que tienen como efecto la exclusión de ese grupo del goce o ejercicio de derechos, y el consiguiente agravamiento de su exclusión o marginación social.[4] Esta noción supone explorar y definir de modo más preciso la idea de *grupo social* de la que se habla.

Los intentos de definir la noción de grupo o grupo social relevante a efectos de la noción de discriminación han sido varios, y suponen las típicas dificultades relativas a la necesidad de englobar bajo un mismo criterio conceptual una multiplicidad de fenómenos de alcance diverso. Existe algún consenso, sin embargo, en subrayar al menos las siguientes notas características: a) existe un factor común que vincula al grupo; b) el grupo se autoidentifica en alguna medida a través de ese factor; c) el grupo es identificado por quienes no son miembros del grupo a través de ese factor. Existen versiones más fuertes de la nota b), que requieren que el factor constituya un rasgo importante de identidad del grupo.

Iris Marion Young, una de las autoras más influyentes en esta materia, establece dos diferenciaciones interesantes, que sirven para visualizar con mayor claridad la noción de grupo a la que hacemos referencia.[5] Por un lado, un grupo social se distingue de un mero conjunto, agregado o agrupado. Mientras un grupo social se caracteriza por lazos de identificación identitaria y colectiva —tales como una historia, lenguaje, tradición o experiencia común, entre otros—, un agrupado es el resultado del empleo de algún factor clasificatorio convencional. En alguna medida puede decirse que mientras un grupo refleja una experiencia colectiva de ca-

4 Véase Barrère Unzueta, María Ángeles, *op. cit.*, nota 1, pp. 26-29.

5 Véase Marion Young, Iris, *La justicia y la política de la diferencia*, Valencia, Cátedra, 2000, pp. 77-85; Fraser, Nancy, "Cultura, economía política y diferencia. Sobre el libro de Iris Young: Justicia y la política de la diferencia", en *Iustitia Interrupta. Reflexiones crítica desde la posición "postsocialista",* Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, pp. 258-262; Fiss, Owen, "Grupos y la cláusula de la igual protección", en Gargarella, Roberto, (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 136-167.

rácter social, el agrupado sólo se debe a una clasificación intelectual o legal, y carece de un referente empírico colectivo. Así, por ejemplo, Young considera ejemplos de grupos sociales a las mujeres, a las personas con discapacidad, a los miembros de minorías raciales, nacionales o lingüísticas, a las personas adultas mayores, etcétera. Por lo contrario, serían ejemplos de agrupados convencionales los propietarios de carros con matrícula terminada en número par, los sujetos exentos del impuesto a las rentas, los usuarios de medios de transporte públicos, etcétera.

Por otro lado, Young también diferencia entre grupos sociales y asociaciones. Las asociaciones se caracterizan por la adhesión voluntaria de sus miembros: así, uno es socio de un club deportivo, de una entidad de bien común, de un partido político, de una iglesia. En la pertenencia a grupos sociales, el factor voluntario es mucho más débil en la medida en que parte de la definición de grupo supone la heteroidentificación por parte de quienes no son miembros del grupo. Así, independientemente de que alguien participe en un movimiento de reivindicación de los derechos indígenas, es identificado y considerado en tanto indígena. Lo mismo puede decirse de otras condiciones sociales, como la de mujer, homosexual, persona con discapacidad, miembro de una minoría nacional, religiosa o lingüística, etcétera.

Estas distinciones, no exentas de dificultades teóricas, son útiles para entender el fenómeno de la discriminación: no se trata de cualquier forma arbitraria de menoscabo de un derecho, sino sólo del menoscabo debido a la pertenencia de una o varias personas a un grupo social.

Evidentemente, la discriminación puede tener efectos individuales, pero esos efectos se relacionan con la pertenencia de la persona discriminada a un grupo social. Así, por ejemplo, si una mujer es rechazada por esa condición del ejercicio de un cargo público, además del efecto individual sobre la persona perjudicada, la discriminación afecta al grupo entero, ya que confirma el prejuicio y estereotipo no sólo para la persona afectada, sino para todo el resto de los miembros del género femenino.

A partir de este marco conceptual es más sencillo explicar la existencia de algunos "factores sospechosos", "categorías sospechosas" o "factores prohibidos", enumerados en cláusulas o disposiciones legales antidiscriminatorias. Puede tomarse como ejemplo el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos de México, o el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir o Eliminar la Discriminación. En el primer caso, se prohíbe la discriminación por *origen étnico* o *nacional*, *gé-*

nero, *edad*, *capacidades diferentes*, *condición social*, *condiciones de salud*, *religión*, *opiniones*, *preferencias* y *estado civil*, entre otros. En el segundo, se considera discriminación toda distinción basada sobre el *origen étnico* o *nacional*, el *sexo*, la *edad*, la *condición social* o *económica*, las *condiciones de salud*, el *embarazo*, la *lengua*, la *religión*, las *opiniones*, las *preferencias sexuales*, el *estado civil* o *cualquier otra que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas*.

Una forma de entender esta lista de factores es suponer que se trata de notas o rasgos que identifican grupos sociales susceptibles de sufrir prejuicios o estereotipos injustificados, que tienen el efecto de excluirlos del goce o el ejercicio de derechos. Ciertamente, esta lectura es más plausible cuando el propio grupo se identifica colectivamente y existen prácticas identitarias comunes como en el caso del género, los pueblos indígenas, las minorías religiosas, lingüísticas y tal vez las nacionales, las personas con discapacidad, las personas homosexuales. Resulta más complejo extender esta visión a otros factores de la lista, tales como las *opiniones* o el *estado civil*. En estos casos, parece más fácil pensar que el constituyente o legislador identificó factores que, pese a no responder a formas de organización e identificación grupal, resultan objetivamente en estereotipos o prácticas de exclusión.

Desde el punto de vista empírico, es más factible que quien denuncie y actúe contra la discriminación sea un grupo social con lazos y formas de organización ya establecidas, que las personas que sufren de marginación pero no se autoidentifican a partir de un rasgo común. Tal vez el desafío mayor de muchos de los países de nuestra región, incluido México, sea el de diseñar mecanismos para detectar y atacar la discriminación por razones de pobreza, combinados generalmente con factores raciales que, sin embargo, no han llevado a una identificación grupal colectiva. Un ejemplo de ello es la combinación de pobreza y mestizaje racial.

Desde el punto de vista jurídico, el listado de "categorías o factores sospechosos" o "prohibidos" implica la necesidad de un control estricto del empleo de estos factores como base para hacer distinciones *de jure* o *de facto*.[6] En el derecho constitucional comparado se han desarrollado técnicas tales como el escrutinio agravado o estricto de toda medida que

[6] Véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 102-109; Prieto Sanchís, Luis, "Igualdad y minorías", *Derechos y Libertades*, núm. 5, Madrid, 1997, pp. 116-117.

emplee factores o categorías sospechosas o prohibidas —lo que implica que el Estado o quien emplee la categoría para distinguir justifique por qué empleó esa categoría, y por qué era necesario acudir a ella y no a otra alternativa— o la inversión de la carga probatoria es decir, una vez identificado el empleo del factor o categoría prohibida o sospechosa, la presunción de invalidez de la medida y la necesidad de que el demandado sea quien la justifique, si pretende su pervivencia.

Una última aclaración referida a este punto se relaciona con la denominada "asimetría" de las medidas de acción positivas o afirmativas:[7] aunque estas medidas tengan —obviamente— en consideración factores prohibidos —de otra manera no podrían operar— no se las considera discriminatorias, ya que tienen el propósito de equiparar o igualar las oportunidades de grupos sociales discriminados o postergados y que, en principio, son de carácter temporal. Esta idea es recogida por el artículo 5o. inciso I de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

IV. Alcance de la protección antidiscriminatoria: público-privado

Otro de los temas cruciales relativos al alcance de la protección antidiscriminatoria se vincula con el tipo de relaciones a las que se aplicará dicha protección. En este sentido —y más allá de los problemas de "penumbra" que pueda acarrear la distinción— la legislación y las políticas públicas en la materia deben decidir entre limitar su aplicación al ámbito de las relaciones entre individuos y poderes públicos, o a extenderla también al ámbito de las relaciones entre particulares.[8] Mientras el primero es el ámbito tradicional del control de constitucionalidad y de legalidad de la actuación estatal, el segundo implica penetrar en relaciones que, al menos en el marco de la distinción común entre Estado y mercado, que-

[7] Véase Fiss, Owen, *op. cit*., nota 5, pp. 137-167.

[8] Véase en general, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado, 2000; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit*., nota 6, pp. 128-129; Wolfgang Sarlet, Ingo, "Direito Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", en Wolfgang Sarlet, Ingo (org.), *A Constituição concretizada. Construindo pontes como o público e o privado, Livraria do Advogado*, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

daban libradas al principio de autonomía de la voluntad y, por ende, exentas del control de motivaciones o efectos. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se ha decidido claramente por la estrategia más amplia, incluyendo tanto las relaciones entre individuo y Estado, como las relaciones entre particulares. Claros ejemplos de esto se encuentran en la enumeración del artículo 9o. de la Ley, ver así, entre otros, los incisos I (referido explícitamente a la educación privada), XXII (referido a instituciones privadas que presten servicios al público), XV, XXIII, XXVII y XXVIII (referidos a conductas que pueden ser llevadas a cabo tanto por servidores públicos como por particulares).

Esta elección de la Ley Federal mexicana tiene una importante serie de implicaciones, de las que es preciso tomar conciencia para poder aplicarla adecuadamente. Por lo pronto, como se dijo, significa una limitación considerable del principio de autonomía de la voluntad: ámbitos de interacción tan importantes como la contratación laboral, la oferta de productos y servicios, la utilización de espacios de propiedad privada pero de acceso público, la prestación de servicios médicos y educativos por parte de individuos o empresas privadas, quedan sujetos a la prohibición de discriminar y, por ende, a la calificación de ilicitud de la conducta en caso de discriminación.

Por otro lado, la legislación antidiscriminatoria supone también un control estricto de la actividad de órganos y entidades gubernamentales de los tres poderes. Esto implica la sustitución de la completa identificación entre interés público e interés gubernamental, y la limitación de la deferencia en la consideración de los criterios empleados por las autoridades públicas para ejercer derechos, acceder o mantener cargos o beneficios, desempeñar tareas oficiales, contratar o tercerizar servicios, etcétera.

V. Medidas antidiscriminatorias y garantías

Otro aspecto importante para considerar el alcance de la legislación antidiscriminatoria está relacionada con el tipo de mecanismos, dispositivos y medidas que incorpora, y con la existencia de garantías para el caso de incumplimiento de las obligaciones que la Ley establece por parte de los sujetos obligados.[9] En este sentido, no basta con establecer una

[9] Véase Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales", *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 37-72 y "Garantías", *Jueces para la Democracia*, núm. 38, Madrid, julio 2000, pp. 39-46.

prohibición genérica de discriminar muchos de los términos empleados por estas prohibiciones son a su vez susceptibles de interpretación: por ejemplo, la razonabilidad o justificabilidad de una distinción, o la determinación de que "tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de la personas", que "tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas", o que "atente contra la dignidad humana". Por ello, para que una ley o una política pública en materia de prevención y eliminación de la discriminación y promoción de la igualdad de oportunidades sea efectiva, es necesario al menos abordar específicamente las siguientes cuestiones:

a) Afinar los criterios para determinar cuándo un acto u omisión es discriminatorio. Para ello es útil, por ejemplo, la identificación de casos paradigmáticos, y la especificación de los criterios de justificabilidad —y por ende, también de los de no justificabilidad— de las distinciones y diferenciaciones adoptadas por autoridades públicas y por particulares. Este nivel de incidencia ayuda a definir los alcances de la prohibición de discriminación.
b) Diseñar acciones, medidas y dispositivos para prevenir y combatir la discriminación y promover la igualdad de oportunidades. Esto implica la identificación de ámbitos y prácticas discriminatorias y de obstáculos para la igualdad de oportunidades, y la definición de facultades de autoridades públicas, obligaciones de los particulares y creación de incentivos legales o económicos para evitar o minimizar las posibilidades de discriminación, permitir a quienes la sufren denunciarla y atacarla, y crear las condiciones para concretar la igualdad de oportunidades. Estas acciones, medidas y dispositivos requieren un análisis contextualizado de ámbitos tales como el empleo, la educación, el acceso a espacios públicos, la prestación de servicios de salud, el acceso a la justicia, etcétera, y la disposición de los recursos correspondientes para hacerlas efectivas.
c) El establecimiento de garantías —es decir, de acciones y recursos— para que, en caso de infracción de las prohibiciones o incumplimiento de las obligaciones por parte de las autoridades públicas o de los particulares responsables, el damnificado o el grupo social del que es parte pueda presentar una queja, ser escuchado por una autoridad imparcial, hacer uso de un mecanismo de solución de controversias y, en su caso, lograr que el acto u omisión discrimi-

> natoria cese, que su responsable sea sancionado, que la ofensa sea reparada y que se adopten medidas para impedir que el acto u omisión discriminatorio se repitan. Aunque los mecanismos de garantía pueden adoptar formas distintas, tal vez la forma arquetípica sea la posibilidad de presentar una denuncia o entablar una demanda ante un tribunal de justicia. Puede mencionarse como ejemplos de estas garantías de carácter jurisdiccional las acciones de amparo, las acciones de indemnización por daños y perjuicios, la aplicación de sanciones penales y administrativas a funcionarios o a particulares responsables, las acciones de inconstitucionalidad, etcétera.

Dicho esto, aplicaré brevemente estas nociones para comentar la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Con respecto al punto a), es decir, los criterios de determinación sobre la existencia de discriminación, cabe formular dos comentarios. En primer lugar, la Ley cumple adecuadamente con este paso, tipificando una serie de supuestos que constituyen actos y omisiones discriminatorias en su artículo 9o. Este aspecto permite al intérprete identificar actos y omisiones discriminatorios, e inferir criterios para aplicarlos por analogía a otros casos no expresamente tipificados. Por otro lado, y en un sentido opuesto, el artículo 5o. ha establecido algunos supuestos de exclusión de la discriminación que son sumamente discutibles, y que parecen ofrecer especialmente al Estado espacios de discrecionalidad para establecer distinciones sobre fundamentos dudosos. Así, por ejemplo, los incisos III (establecimiento de distinciones por instituciones públicas de seguridad social), IV (establecimiento de límites por razones de edad en el ámbito educativo), V (establecimiento de requisitos de ingreso o permanencia para el desempaño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales), VI (distinciones "en beneficio" de una persona que padezca alguna enfermedad mental) y VII (distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos) son excesivamente genéricos y pueden encubrir supuestos de discriminación intolerable. En igual sentido, la cláusula abierta del inciso VIII ("en general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana") se encuentra en tensión con la definición del artículo 4o., que habla no de *propósitos* discriminatorios, sino de *efectos* discriminatorios.

Queda, aún, un problema de cierta envergadura, que es el relativo a las discriminaciones normativas consagradas por leyes. Dadas las tendencias autoritarias, la ausencia de una práctica extendida de controles entre poderes y la inexistencia de una tradición interpretativa antidiscriminatoria,[10] no es raro encontrar en la legislación vigente en México ejemplos de discriminación injustificable, basada sobre estereotipos y factores prohibidos.

Cuatro ejemplos bastarán como muestra: la denominada Ley General de Población establece un procedimiento, librado a la discrecionalidad administrativa, que permite a la autoridad migratoria detener por tiempo indeterminado, sin control judicial alguno y sin el mínimo respeto al debido proceso legal, a los extranjeros de los que se sospeche están en situación de irregularidad en su situación migratoria (véase artículo 152 de la Ley General de Población). Tal afectación por parte de una autoridad administrativa a la libertad ambulatoria o al debido proceso de los mexicanos sería inaceptable: se trata de un evidente caso de discriminación basada sobre el origen nacional.

En el Código Civil Federal, y en los de numerosas entidades federativas que lo reproducen textualmente o con ligeras modificaciones, se prohíbe a la mujer contraer nuevo matrimonio hasta pasados trescientos días de la disolución del anterior.[11] La prohibición, claro está, no rige para los varones. Se trata de un claro supuesto de discriminación basada sobre el género.

10 Véase en este sentido, Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, México, Fontamara, 1998 y *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.

11 Véase, Código Civil Federal, artículo 158; Código Civil de Chiapas, artículo 155 (aunque dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen pericial que no está embarazada); Código Civil de Coahuila, artículo 264; Código Civil de Durango, artículo 153; Código Civil de Jalisco, artículo 270 (también dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Morelos, artículo 129; Código Civil de Nuevo León, artículo 158 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dos médicos que no está embarazada); Código Civil de Puebla, artículo 310 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Querétaro, artículo 150; Código Civil de Quintana Roo, artículo 702 (dispensa de la prohibición a la mujer que probare por dictamen médico que no está embarazada); Código Civil de Sinaloa, artículo 158; Código Civil de Tabasco, artículo 161 (la prohibición es de ciento ochenta días), entre muchos otros. La norma fue derogada en algunas entidades, como Oaxaca y el Distrito Federal.

También en el Código Civil Federal, y en el de gran parte de las entidades federativas, se establece como impedimento para celebrar matrimonio el padecer de enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias.[12] Así —a partir de nociones sustentadas en el perfeccionismo biológico— se prohíbe injustificadamente contraer matrimonio a personas contagiadas de enfermedades tales como la tuberculosis, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida o la sífilis, sin que importe el conocimiento y de la voluntad de su pareja. En sentido semejante, el artículo 226 de Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), establece en sus categorías 81, 82 y 83 que el contagio del virus VIH-SIDA da lugar al "retiro por inutilidad" de la institución castrense. Se trata de dos casos obvios de discriminación basada sobre la condición de salud de la persona, también prohibida por el artículo 1o. *in fine* de la Constitución.

Los ejemplos provenientes de una serie de leyes que establecen requisitos de salud, nacionalidad, edad y otros factores prohibidos para acceder o permanecer en un cargo, ejercer un derecho u obtener un beneficio podrían multiplicarse.

Sin embargo, pese a la claridad de casos de discriminación como los reseñados, la situación legal presenta en México aristas complejas. En primer lugar, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación tiene la misma jerarquía normativa que las leyes que incluyen disposiciones discriminatorias. Podría sostenerse la aplicación del criterio de preferencia temporal, postulando que la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación ha derogado implícitamente toda disposición discriminatoria incluida en leyes vigentes sancionadas con anterioridad. Esta tesis se enfrenta con dos dificultades: ante la falta de derogación expresa de disposiciones anteriores, la derogación implícita requerirá casi seguramente una declaración judicial caso a caso. La falta de tradición judicial

[12] Véase Código Civil Federal, artículo 156 numeral VIII; Código Civil de Chiapas, artículo 153.VIII; Código Civil de Coahuila, artículo 164; Código Civil de Durango, artículo 151.VIII; Código Civil de Jalisco, artículo 268.VII; Código Civil de Morelos, artículo 127.X; Código Civil de Nuevo León, artículo 156.VIII; Código Civil de Oaxaca, artículo 156.VIII; Código Civil de Puebla, artículo 299.VIII; Código Civil de Querétaro, artículo 148.VIII; Código Civil de Quintana Roo, artículo 700.X; Código Civil de Sinaloa, artículo 156.VIII; Código Civil de Tabasco, artículo 160.XI, entre muchos otros. En Coahuila se legisló expresamente para aclarar que constituye impedimento para celebrar matrimonio padecer del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Código Civil de Coahuila, artículo 262.X).

en la materia, y la falta de derogación expresa permiten albergar dudas sobre la efectividad de esta estrategia. En segundo término, la amplitud de las excepciones establecidas en el artículo 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación parece aportar elementos a favor del mantenimiento de las disposiciones discriminatorias. La excesiva amplitud de términos tales como los del inciso V (que no considera discriminatorias a las conductas "que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales") requerirán, a efectos de restringir su aplicación, de un esfuerzo argumentativo que contrasta con la habitual deferencia de los tribunales de justicia mexicanos con las decisiones de los poderes políticos en especial cuando estas encuentran algún sustento aparente en el texto de una ley.

Queda abierta, sin embargo, una segunda estrategia, consistente en la invocación directa del párrafo último del artículo 1o. de la Constitución para tachar de inconstitucionales las disposiciones legales que establezcan discriminaciones injustas, basadas sobre los factores prohibidos enumerados en ese párrafo. La discusión se centrará en la demostración de que la diferenciación efectuada sobre la base de un factor prohibido atenta "contra la dignidad humana" y tiene "por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades". Esta estrategia tampoco está libre de riesgos, en la medida en que los tribunales se muestren deferentes frente a las decisiones de los poderes políticos, o exijan una carga argumentativa alta para demostrar que una disposición atenta contra la dignidad humana y tiene por objeto anular o menoscabar derechos y libertades. La palabra final al respecto está en manos de los jueces.

Con respecto al punto b), es decir, al establecimiento de acciones, mecanismos y dispositivos para prevenir y atacar la discriminación, y promover la igualdad de oportunidades, la Ley ofrece en sus artículos 10 a 15 un buen punto de partida, identificando ejemplos de medidas a favor de las mujeres, de las niñas y niños, de las personas mayores adultas, de las personas con discapacidad y de los miembros de la población indígena. Es necesario entender, sin embargo, que se trata sólo de eso: de un punto de partida. La lista no es taxativa o exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa. Esto significa que brinda un abanico de posibilidades, pero no las agota, de modo que corresponde al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y a las respectivas autoridades, en la medida de sus competencias, la puesta en marcha de las medidas enunciadas por

estas disposiciones, y el diseño de nuevas medidas adecuadas para los ámbitos en los que se detecten desigualdades de oportunidades y accesos desiguales a bienes sociales.

Cabe acotar que pocas de las medidas citadas en estos artículos son técnicamente medidas de acción afirmativa o positiva: las medidas de acción afirmativa o positiva son dispositivos de carácter temporal, destinados a superar una situación de desigualdad material, a atacar estereotipos y a acelerar la equiparación de oportunidades de grupos sociales desaventajados.[13] Parte de las medidas a las que se refieren los artículos 10, al 15 no son medidas de este tipo, sino simplemente el establecimiento de acciones destinadas a garantizar derechos universales, o bien derechos especiales o grupales que son una manifestación del respeto a la diversidad y diferencia. Ninguno de estos derechos es de carácter temporal, de modo que las medidas para asegurarlos deben ser permanentes. Así, por ejemplo, las medidas destinadas a asegurar el derecho de las mujeres a obtener información sobre salud reproductiva, a decidir sobre el número y espaciamento de sus hijas e hijos y a una correlativa cobertura de salud y de seguridad social, o a servicios de guardería para sus hijos, o (artículo 10, incisos. II, III y IV), el derecho de los niños a la existencia de medidas para combatir la mortalidad y desnutrición infantiles (artículo 11 inciso I), el derecho de las personas adultas mayores de acceder a los servicios de atención médica y de seguridad social (artículo 12 inciso I), el derecho de las personas con discapacidad a un entorno que permita su libre acceso y desplazamiento (artículo 13 inciso I), o el derecho de los miembros de la población indígena a ser asistidos por medio de intérpretes en cualquier proceso legal (artículo 14 inciso VII), etcétera.

La Ley, sin embargo, ha sido tibia en la ejemplificación de mecanismos que sí constituyen medidas de acción positiva, como las cuotas o

13 Véase al respecto, Barrère Unzueta, María Ángeles, *op. cit*., nota 1, pp. 44-104; "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, *op. cit.*, nota 1, pp. 145-166 y "Igualdad y 'discriminación positiva': un esbozo de análisis teórico-conceptual", en García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela (coords), *Género y derechos humanos*, Zaragoza, Mira Editores, 2002, pp. 15-34; García, José Añon, "Derechos sociales e igualdad", en Abramovich, Víctor, *et. al.* (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 79-102; Jiménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 57-85.

cupos laborales, educativos o electorales, la previsión de incentivos legales o económicos para que los particulares empleen a personas pertenecientes a grupos vulnerables, las medidas de preferencia a miembros de grupos vulnerables en cargos públicos o para el otorgamiento de becas, subsidios o concesiones públicas, etcétera. Esto no empecé la posibilidad de adoptarlas –dado el carácter meramente ejemplificativo de las enumeraciones de los artículos mencionados.

En todo caso, el lenguaje referido a "medidas positivas y compensatorias" constituye un reconocimiento legal de la existencia de casos de discriminación estructural o sistémica, que la ley identifica en grupos sociales concretos: mujeres, niñas y niños, adultos mayores, personas con discapacidad y miembros de poblaciones indígenas.

Por último, cabe decir sobre este punto que uno de los mecanismos adoptados por la Ley es la creación de un organismo administrativo descentralizado, el Consejo para Prevenir la Discriminación. Más allá del alcance de las funciones que la Ley le asigna —de carácter más recomendatorio que coactivo— es menester señalar la importancia de contar con una agencia estatal específicamente dedicada al tema. Dada esa especialización, es muy probable que la puesta en marcha de las posibilidades que abre la Ley dependa en gran medida del trabajo que realice el Consejo.

En cuanto al punto c), es decir, el establecimiento de garantías para el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos responsables, la Ley presenta su aspecto más frustrante: sólo se diseña la posibilidad de presentación de quejas ante el Consejo, que conduce a un procedimiento de conciliación de carácter voluntario. Es decir, si el sujeto responsable de la discriminación no accede a conciliar, el Consejo no tiene ninguna otra facultad de proceder, imponer sanciones o requerir satisfacción o reparaciones.

Esto no quita, sin embargo, la posibilidad de imaginar acciones judiciales, al menos sobre la base de la tipificación de actos u omisiones ilícitos que hace el artículo 9o. de la Ley. Sin embargo, la Ley no menciona ni prevé expresamente estas acciones judiciales, de modo que su desarrollo depende en gran medida del empleo que le den a la Ley los actores de la sociedad civil y los representantes de grupos que sufren de discriminación, y de la respuesta judicial que este empleo genere.

VI. La evaluación de los efectos y del cumplimiento de los objetivos de la Ley

De la estructura de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación quedan claros varios objetivos de política pública: definir más claramente la discriminación, prevenirla y eliminarla, promover la igualdad de oportunidades, en especial de grupos desaventajados o estructuralmente discriminados. Fijados estos objetivos, la Ley dispone, como vimos, de un catálogo abierto de medios o instrumentos para llevar a cabo esos fines.

Es posible entonces entender que esos medios o instrumentos —en especial, las medidas mencionadas en los artículos 10 al 15 de la Ley— constituyen herramientas tentativas para el logro de los objetivos de política pública adoptados. Para evaluar el logro de esos objetivos, y la necesidad de reforzar, modificar o rediseñar las medidas correspondientes, es necesaria la previsión de mecanismos de monitoreo de los efectos y del cumplimiento de la Ley. Estos mecanismos requieren la elaboración de indicadores, que permitan medir o estimar puntos de partida y resultados tomando en consideración lapsos temporales adecuados. Tales mecanismos de monitoreo pueden considerar variables diversas dependiendo de los énfasis que se quieran colocar. Algunas variables, de más fácil manejo, son las vinculadas con el número de quejas recibidas por el Consejo, y su desglose por ámbito y por resultado. Esto, sin embargo, da una idea del funcionamiento del sistema de quejas, pero no mide necesariamente —aunque pueda funcionar como un indicador del fenómeno de la discriminación: muchos factores podrían explicar la brecha entre número y tipo de quejas recibidas e incidencia de prácticas discriminatorias— entre ellos, la falta de percepción de la discriminación por los propios discriminados, la falta de difusión de la normativa y del mecanismo de queja que ella prevé, la falta de acceso a servicios de asesoramiento legal, la desconfianza frente a los organismos estatales, etcétera.

Por ello, también son necesarios los intentos de elaboración de indicadores que intenten medir, por un lado, los factores de discriminación en ámbitos diversos —a efectos de prever medidas para prevenirla y combatirla—, y por otro los efectos de la adopción de las medidas adoptadas —por ejemplo, de las medidas adoptadas de acuerdo con los artículos 10 a 15 de la Ley, o de acuerdo con las propuestas y sugerencias del Consejo. Entre estas variables pueden pensarse, por ejemplo, la representación

y el acceso de grupos desaventajados a bienes sociales tales como la educación, la representación política, los servicios de salud o el empleo—en especial el empleo formal y, dentro de él, el calificado.

Un último comentario se refiere a una condición casi imprescindible para que los mecanismos de evaluación o monitoreo puedan, a su vez, funcionar correctamente: se trata de la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso y, en especial, de aquellas organizaciones que representan a grupos que sufren de discriminación estructural. Sin esa participación, y sin la propia perspectiva de los representantes de grupos que sufren de discriminación, se corre el riesgo de equivocar el rumbo de las medidas a adoptar y de repetir los esquemas paternalistas y unilaterales típicos de muchos de nuestros Estados burocrático-corporativos.

VII. Un paso en falso: una muestra de la debilidad del control judicial de constitucionalidad sobre discriminación en México

Para culminar, quisiera comentar brevemente una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia ante un planteo de discriminación normativa de una ley federal.[14] El caso, resuelto negativamente para los actores, ilustra las dificultades de aplicación de normas antidiscriminatorias cuando el juzgador no ha desarrollado un arsenal conceptual adecuado para analizar la cuestión.

Se trata de una acción de amparo en la que los actores —un ciudadano mexicano y una ciudadana extranjera que pretenden casarse— impugnan la validez constitucional del artículo 68 de la Ley General de Población, que establece que para poder casarse mexicanos con extranjeros, se exige "autorización de la Secretaría de Gobernación". Esa autorización no está sujeta a plazo ni a criterio alguno. Los impugnantes consideran que esa norma es violatoria del principio de igualdad establecido en el artículo 1o. de la Constitución mexicana, y que se trata de un caso de discriminación motivado por origen nacional que menoscaba los derechos y libertades de las personas.

El voto de la mayoría de la Corte ignora derechamente la aplicación del último párrafo del artículo 1o. de la Constitución —referido, como

[14] Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 543/2003. Quejosos: José Luis Quiroz Mateos y coagraviada, sentencia del 20 de abril de 2004.

he comentado antes, a la prohibición de discriminación motivada por, entre otros factores, origen nacional— y centra su análisis de la cuestión en el alcance del principio de igualdad. El voto no es precisamente un alarde de claridad al respecto. De acuerdo con la mayoría de la Corte:

> El principio de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico mexicano, que sirve de criterio básico para la producción normativa a cargo del legislador y de la posterior interpretación y aplicación de las disposiciones legales, para que con base en dicho principio, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho, deben ser tratados de la misma manera, lo que a su vez implica que quienes se encuentren en una situación jurídica distinta, no pueden ser tratados de igual modo.

Como puede verse, en lugar de limitar al legislador, el principio de igualdad parece ser entendido *prima facie* como autorización para que el legislador distinga. Del párrafo citado surge la confusión, repetida en todo el voto, entre *desigualdad de hecho* y *desigualdad jurídica*: la aplicación de alguna lógica oscura parece derivar necesariamente, de la obligación de tratar igual a particulares que se encuentren en la misma situación de hecho, una obligación de tratar de modo distinto a quienes se encuentren en *situación jurídica distinta*. No parece necesario aclarar que una *situación jurídica distinta* se debe a una distinción introducida por una norma jurídica, no a un estado "natural" de cosas. Desde este párrafo en adelante, y a partir de un tratamiento formal y vacío del principio de igualdad, la Corte elude la cuestión central, que es la de la *relevancia* de la desigualdad de hecho a fin de establecer distinciones jurídicas.

La Corte continúa con estos dos párrafos sorprendentes:

> Por lo tanto, debe entenderse que el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, pero ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución Federal protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, al mismo tiempo está reconociendo la existencia de desigualdades económicas, materiales o de otra índole, que conducen a aceptar que no puede ser absoluta e ilimitada.
>
> En este orden de ideas, sería contraria al propio principio de igualdad, la norma que, expedida por el legislador para ser aplicada a situaciones

> de desigualdad entre distintos sujetos, produzca en su aplicación un trato igualitario, pues eso generaría mayor desigualdad que la que se busca eliminar.

El primer párrafo citado repite la confusión entre desigualdad de hecho y desigualdad jurídica: del "descubrimiento" de que la Constitución tiene en consideración la desigualdad de hecho de los individuos parece desprenderse que la igualdad jurídica entre los individuos no puede ser "absoluta e ilimitada". La cuestión a responder, claro, es en qué aspectos, pese a la desigualdad de hecho, *no* pueden introducirse desigualdades jurídicas.

Pero el próximo párrafo lleva la confusión a límites insospechados: parece afirmar que la existencia de trato normativo igualitario en situaciones de desigualdad fáctica ¡constituye necesariamente una violación al principio de igualdad! De modo que, en situaciones de desigualdad de hecho, el legislador debería *necesariamente* distinguir *de jure*. La aplicación de esta idea llevaría a consecuencias disparatadas. Por ejemplo —de acuerdo con esta singular idea— si los varones y las mujeres son desiguales en los hechos, y una norma prohíbe torturar a los hombres, la consecuencia de semejante razonamiento es que el legislador debería tratar distinto a las mujeres, es decir, permitir u obligar a que se las torturara. La idea es palmariamente absurda: la cuestión central a debatir en el análisis relativo a la permisibilidad o necesidad de distinciones jurídicas —es decir, de establecimiento normativo de tratos diferentes— es el de la *relevancia* de las desigualdades de hecho en relación con las *razones o justificaciones* para establecer distinciones jurídicas. Cientos de factores a partir de los cuales existen desigualdades de hecho —por ejemplo, el sexo, el color de piel, el peso, el tamaño de los pies, el color de ojos, la posición socioeconómica, la lengua materna, el largo del pelo, etcétera— son absolutamente irrelevantes frente a la norma que prohíbe la tortura, o a la que prohíbe ser detenido arbitrariamente, o a la que permite profesar la religión que uno desee. Dada esa irrelevancia, cualquier distinción normativa en este campo es injustificada y está prohibida. En otros casos, las desigualdades de hecho son relevantes a la luz del principio u objetivo que se pretende alcanzar: en esos casos, las distinciones normativas son permisibles. Así, por ejemplo, para fijar alícuotas de un impuesto, la condición socioeconómica de las personas resulta una categoría de crucial relevancia: distinguir jurídicamente entre personas de diferente ingreso a efecto del pago de impuestos es obviamente permisible.

Pese a lo dicho en el párrafo anteriormente glosado, esta idea parece desprenderse de los próximos dos párrafos de la sentencia:

> Esto es, el principio de igualdad, como valor constitucional superior, no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que por las razones indicadas, debe entenderse que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación razonable y objetiva.
>
> Por lo tanto, debe concluirse que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas.

Aunque confundiendo nuevamente igualdad de hecho con igualdad de trato normativo, estos párrafos parecen sugerir que el principio de igualdad no exige siempre igualdad de trato, sino que permite establecer normativamente tratos diferentes en la medida en que las diferencias introducidas estén justificadas "razonable y objetivamente". Sin embargo, como veremos, la Corte —lejos de analizar la "razonabilidad", "objetividad", "artificiosidad" o "justificación" de la distinción— se limita a convalidarla por el simple hecho de que fue adoptada por el legislador.

En efecto, después de desplegar estas ideas, y de repetirlas varias veces, su aplicación concreta a la distinción normativa establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población —que subordina la posibilidad de contraer matrimonio entre mexicanos y no mexicanos a la exigencia de requerir autorización previa de la Secretaría de Gobernación, distinguiendo así entre contrayentes nacionales y no nacionales y sometiendo a estos a un trato más gravoso— es la siguiente:

> Aunque es cierto que el artículo reclamado introduce un trato diferenciado para los extranjeros, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicas desiguales de hecho, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento; es decir, si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se

> le trate como tal. Lo anterior es así pues si se colocara en pie de absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 no tendría razón de ser, de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población, no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.
>
> Por lo tanto si el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, lo cual no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, pues la propia garantía de igualdad implica que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un diferente tratamiento, por ello es lógico que la norma establezca un acceso diferente a tales derechos cuando los particulares se encuentran en situaciones jurídicas distintas.
>
> De ahí que si la calidad de extranjero es jurídicamente distinta a la de mexicano, situación que la propia Constitución Federal reconoce, ello deriva en que el mexicano y el extranjero que pretenden celebrar el acto jurídico del matrimonio, se encuentren en diversa situación de hecho, de la que se encuentran los mexicanos para los mismos efectos, y por tanto el trato diferenciado está apegado al texto fundamental.

Como lo he apuntado antes, semejante razonamiento vacuo, referido a cualquier derecho establecido en el título primero de la Constitución, supondría la posibilidad —o la necesidad, sobre esto no se pone demasiado de acuerdo el texto de la sentencia— de distinguir en todo caso en el tratamiento jurídico de mexicanos y extranjeros. Así, por ejemplo, como está prohibido torturar a los mexicanos, o molestarlos en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, y los extranjeros son distintos de los mexicanos, entonces el legislador podría autorizar para éstos la tortura, o la molestia en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sin orden legítima de autoridad competente.

Pero ¿cuál es la justificación "razonable y objetiva" para hacer la distinción? De acuerdo con la sentencia, la distinción es justificable porque el mismo constituyente distingue entre mexicanos y extranjeros. La sentencia cree encontrar razones para la distinción normativa introducida por la Ley en el siguiente artículo constitucional:

> Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I,

> Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.
>
> Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

De acuerdo con el razonamiento desarrollado por la mayoría, como la propia Constitución reconoce la diferencia entre mexicanos y extranjeros, y establece distinciones normativas a partir de esa diferencia, el legislador puede hacer lo mismo cuando lo juzgue conveniente. Pero esta lectura del artículo 33 de la Constitución mexicana es absurda, ya que no logra distinguir entre la regla establecida por la norma, y sus excepciones. La regla que establece la norma es que los extranjeros *tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero* de la Constitución, es decir, la Constitución establece expresamente que, en cuanto a los derechos del capítulo I, título primero de la Constitución, el carácter de extranjero o mexicano es irrelevante, y por ende el legislador no puede establecer diferencias de trato. A esta conclusión se llega además por vía de una lectura sistemática del artículo 33 puesto en relación con el artículo 1o. de la Constitución en especial del último párrafo de ese artículo, que establece que está prohibido establecer distinciones que discriminen sobre la base del origen nacional y anulen o menoscaben los derechos y libertades de las personas. Parece obvio que el establecimiento del requisito de pedir permiso a la Secretaría de Gobernación para casarse cuando uno de los contrayentes es extranjero significa un menoscabo de la libertad de casarse establecida sobre la base de su origen nacional.[15]

[15] Llamativamente, el derecho a casarse no está explícitamente reconocido como derecho en la Constitución mexicana. El voto de la minoría infiere ese derecho del párrafo primer del artículo 4o. constitucional, que dispone que la ley "protegerá la organización y el desarrollo de la familia". En el mismo sentido, varios pactos internacionales ratificados por México reconocen en el elenco de derechos humanos al derecho a casarse (véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.2). De todos modos, el último párrafo del artículo 1o. constitucional no se refiere únicamente a los derechos establecidos en la Constitución, sino en general a los derechos y libertades de las personas, es decir, incluye a los derechos y libertades creados por normas legislativas. Como vimos, el artículo 33 garantiza la igualdad de trato de los extranjeros en los derechos fundamentales establecidos por el capítulo I, título primero de la Constitución, y esto incluye al artículo 1o.

Además de la regla que prescribe la igualdad de trato entre mexicanos y extranjeros en lo referido a los derechos del capítulo I, título primero de la Constitución, el artículo 33 establece dos excepciones, que —por imponer limitaciones a los derechos constitucionales— deberían haber sido leídas de manera restrictiva. Las dos excepciones —cuyo carácter anacrónico, vale subrayarlo, es por demás visible, y que difícilmente pasarían el escrutinio de los estándares internacionales de derechos humanos— son la limitación de los derechos a permanecer en el país y al debido proceso si el presidente de la Nación juzga que la permanencia del extranjero es inconveniente y decide expulsarlo, y la limitación al derecho a participar en los asuntos internos del país.[16]

La interpretación de la Corte contradice todo canon razonable de hermenéutica: en lugar de identificar la regla y delimitar las excepciones entre las cuales, valga subrayarlo, *no* se encuentra la del derecho a casarse —infiere un principio de las excepciones, y lo convierte en una nueva regla— que, de paso, destroza el contenido de la regla expresamente establecida en la disposición. Así, en la lectura de la Corte, se ignora la prescripción de trato igual entre extranjeros y mexicanos de la primera parte de la segunda oración del artículo, y se emplea la excepción como forma de justificación de las distinciones que efectúe el legislador en relación con los extranjeros. Sobre esta base, el legislador podría establecer distinciones de trato ante todo derecho incluido en la primera parte de la Constitución sobre la base del origen nacional.

Al confundir regla y excepción, y desvirtuar así completamente el sentido del artículo 33, la Corte extrae de su lectura conclusiones insostenibles: en lugar de emplear la prescripción general de trato igual entre nacionales y extranjeros en materia de derechos fundamentales como parámetro para invalidar la normativa inferior que establezca diferencias, saca de contexto las excepciones, y utiliza su existencia como fundamento para justificar cualquier trato desigual establecido entre nacionales y extranjeros. Con ese razonamiento, claro, las diferencias de trato no tendrían limitación alguna.

Por último, la Corte evita inexplicablemente mencionar, aplicar o asignar algún contenido al último párrafo del artículo 1o. constitucional,

16 Limitación que a su vez se ve reflejada en el régimen de los artículos 8o. y 9o. constitucionales, en materia de libertad de petición y de libertad de asociación y de reunión, respectivamente, cuando tengan por objeto asuntos del país.

que —para la lectura de la mayoría— parece simplemente no existir. Ni una palabra sobre el alcance de la prohibición de discriminación, y mucho menos aún sobre el examen adecuado para considerar si una norma es o no discriminatoria. En resumen, una decisión desafortunada, justificatoria de normas heredadas del pasado autoritario y carente de un estándar que permita al menos avanzar en el análisis de casos posteriores.

La sentencia cuenta con un voto disidente firmado por cuatro jueces los ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Gudiño Pelayo y Luna Ramos. Este voto, mucho más sólido conceptualmente, permite vislumbrar alguna luz en la futura jurisprudencia de la Corte. Comentaré aquí alguna de sus principales líneas de argumentación.

Aunque la minoría sí se refiere a la prohibición de discriminación contenida en el último párrafo de artículo 1o. constitucional, identificando el origen nacional como uno de los factores de distinción prohibidos, y se acerca en su lenguaje al empleo de la noción de "categoría sospechosa",[17] en realidad lo que propone es un estándar para analizar la justificación de las distinciones legales hechas por el legislador, es decir, criterios para examinar el respeto del principio de igualdad. En cuanto a las categorías enumeradas por el último párrafo del artículo 1o. constitucional, la minoría propone un estándar más gravoso para el Estado que el establecido para el examen general acerca del respeto al principio de igualdad. Más abajo me referiré a las distintas consecuencias que acarrearía el empleo de la noción de "categoría sospechosa", más estricta desde el punto de vista del estándar para convalidar la norma examinada. Resulta, de todos modos, importante que algunos miembros de la Corte

17 Véanse los siguientes párrafos del voto minoritario "El párrafo tercero (del artículo 1o. constitucional) no tiene por objeto establecer una excepción a la regla general que distingue las distinciones arbitrarias de aquellas que gozan de una justificación objetiva y razonable. *La enumeración constitucional de una serie de motivos tiene por objeto obligar al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de establecer distinciones legislativas basadas en una serie de categorías, obligación que descansa sin duda sobre la base de un juicio histórico y sociológico que muestra que las personas han sido frecuentemente objeto de un trato injusto o incluso denigrante por motivos relacionados con esos factores: su origen étnico, su origen nacional, su condición social, su género, etcétera*". (considerando II); "La efectividad de la medida contemplada en el artículo 68 (de la Ley General de Población) para alcanzar los fines que teóricamente persigue es muy dudosa, en un caso en el que *—por tratarse de una medida articulada en torno a un criterio de distinción sospechoso que incide en el ejercicio de derechos vitales para las personas—* es necesario que la misma se evidencie como indiscutiblemente útil para alcanzar sus objetivos" (considerando V) (la bastardilla es mía).

hayan desarrollado un estándar en materia de igualdad más conducente que la fórmula vacía de "igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales", y que establezca además criterios específicos de análisis en materia de discriminación.

En cuanto al estándar establecido para analizar la justificabilidad de una distinción de trato —es decir, la relevancia de la diferencia de hecho entre los sujetos distinguidos a la luz del objetivo de la distinción de trato— la minoría propone un tipo de *escrutinio simple,*[18] o de mera racionalidad. Este escrutinio estaría compuesto por tres pasos: a) la determinación de la validez constitucional del fin de la norma que establece la distinción; b) la racionalidad o adecuación de la distinción establecida por el legislador; y c) la proporcionalidad de la medida legislativa.

A su vez, cuando el legislador recurra a una de las categorías enumeradas en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, la minoría propone un examen que requiere mayor justificación del Estado —una forma de *escrutinio intermedio*. De acuerdo con la fórmula propuesta, el examen debería revisar: a) si la norma responde no ya a una finalidad admisible, sino a un *objetivo constitucionalmente importante*; b) si la distinción trazada en la norma está directamente conectada con la consecución de esos objetivos constitucionalmente importantes— y no simplemente si se trata de una medida racional; c) si la medida es *estrictamente proporcional* en relación con los objetivos procurados es decir, el análisis de proporcionalidad es más riguroso: requiere al análisis cuidadoso del balance entre las distintas exigencias normativas en juego, y la inexistencia de alternativas menos gravosas frente a los derechos en cuestión para alcanzar el objetivo buscado.

Si la minoría que firma el voto hubiera empleado la noción de "categoría sospechosa", el tipo de análisis hubiera sido aún más gravoso para el Estado o sea, el tipo de escrutinio denominado *escrutinio estricto*. La utilización por parte del legislador de una "categoría sospechosa" para establecer una distinción legal acarrearía —acreditada esa utilización por parte de los actores—: a) la presunción de inconstitucionalidad de la norma; b) la inversión de la carga probatoria: caída la presunción de consti-

[18] Para situar esta discusión en el marco del derecho constitucional estadounidense, véanse por todos, Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, 2a. ed., Nueva York, Foundation Press, 1988, pp. 1465-1553; Stone, Geoffrey, *et. al., Constitutional Law*, Little, Brown and Co., Boston-Toronto-Londres, 1986, pp. 495 y ss. En castellano puede consultarse Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, nota 1, pp. 44-54.

tucionalidad de la norma, es el Estado el que debe probar en la existencia de un *mandato constitucional imperioso* que justifique la distinción realizada; c) el agravamiento del estándar de justificación: para que la norma sea convalidada, el Estado debe probar no la mera razonabilidad de la medida, sino su *estricta necesidad* es decir, la existencia de *razones imperiosas* que hayan impuesto la utilización de ese criterio de distinción y de las restricciones o limitaciones a derechos que se desprenden de su empleo, sin que fuera posible acudir a alternativas.

Haciendo empleo entonces de un tipo de escrutinio intermedio, la minoría analiza la distinción y restricción establecida en el artículo 68 de la Ley General de Población. De acuerdo con su análisis, el objetivo de la norma[19] es constitucionalmente importante. Sin embargo, la necesidad de autorización de la Secretaría de Gobernación para que contraigan matrimonio nacionales con extranjeros no superaría los pasos b) y c) del análisis propuesto.

Con respecto al paso b) —es decir, la conexión directa de la medida con los fines constitucionalmente importantes— los ministros que forman la minoría sostienen que la exigencia de autorización no es un medio idóneo ni eficaz para evitar que obtengan la nacionalidad mexicana personas que no desean sumarse al esfuerzo por el desarrollo y a las experiencias de los ciudadanos del país. Esto, porque el matrimonio de un extranjero con un nacional no es condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana. En efecto, para adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización no es necesario estar casado con un nacional mexicano y, además, casarse con un nacional mexicano no garantiza la concesión de la nacionalidad mexicana.

Con respecto al paso c), la minoría sostiene que se trata de una medida desproporcionada, en tanto impone un sacrificio excesivo e innecesario al derecho a casarse, irrelevante en relación con los objetivos de la Ley. En este sentido, los magistrados que participan del voto señalan que muchos extranjeros se casan con mexicanos pero no solicitan la nacionali-

19 Que sería, de acuerdo con la lectura de la Ley General de Población que hace la minoría de la Corte, "controlar que los extranjeros admitidos a la vida nacional deseen sumarse al esfuerzo por el desarrollo del país y compartir experiencias y propósitos con los mexicanos" o, visto en términos negativos, impedir que extranjeros de mala voluntad o no movidos por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y por el deseo de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana utilizando para ello el matrimonio con un nacional como medio.

dad mexicana, ya que pueden residir legalmente en el país sin necesidad de naturalizarse. En términos de la tradición constitucional estadounidense, se trataría de una medida *sobreinclusiva* —es decir, una medida que sacrifica innecesariamente los derechos de una clase mayor que aquella necesaria para proteger el bien que se pretende tutelar. Amén de ello, la minoría apunta que la medida es desproporcionada porque existen alternativas menos gravosas para los derechos fundamentales capaces de lograr los fines previstos por la Ley. Así, por ejemplo, señala que el objetivo quedaría cubierto simplemente con el trámite específico establecido por la intervención de la Secretaría de Gobernación una vez solicitada la naturalización— y que, por ende, es innecesario someter a los extranjeros que se casen con mexicanos a la necesidad de un doble control por motivos meramente preventivos.

En resumen, por las razones apuntadas, la minoría considera que el requisito del artículo 68 de la Ley General de Población es inconstitucional, y propugna amparar a los actores.

Como puede verse, los distintos tipos de examen de constitucionalidad propuestos por la minoría son mucho más adecuados para dar sentido al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, que la fórmula hueca empleada por la mayoría de la Corte. Quisiera, sin embargo, deslizar algunos apuntes críticos al respecto, que permitirían afinar aun más el tipo de examen que requiere el análisis de medidas tachadas de discriminatorias.

Como he dicho, el empleo cabal de la noción de "categoría sospechosa", al menos en la medida en la que la ha desarrollado la jurisprudencia antidiscriminatoria estadounidense, impone una forma de escrutinio más gravosa aun que la propuesta por la minoría.

Me interesa, sin embargo, señalar un aspecto que atraviesa el análisis de las tres formas de escrutinio mencionadas —el escrutinio simple, el escrutinio intermedio y el escrutinio estricto— y que se vincula además con criterios procedimentales en especial, el relativo a la carga probatoria.

Se trata del problema de los *fines u objetivos* de la norma que establece distinciones, que vertebran el análisis de todos los tipos de escrutinio: permisibilidad o mera autorización constitucional en el caso de escrutinio simple, importancia constitucional en el caso de escrutinio intermedio, imperiosidad o exigencia constitucional en el caso de escrutinio estricto.

Mi preocupación viene dada por la asignación de la carga de identificar el fin de la norma primero, y de demostrar su aceptabilidad, impor-

tancia o imperiosidad constitucional, según el tipo de escrutinio de que se trate. En un procedimiento judicial en el que se pone en tela de juicio la constitucionalidad de una norma, correspondería esa doble carga le correspondería al Estado. De la lectura de los votos de mayoría y de minoría, sin embargo, no surge ningún argumento aportado por el Estado destinado a identificar el fin de la norma, y mucho menos su permisibilidad o importancia constitucional. En el voto de la minoría son los propios ministros los que, supliendo la mala o inexistente argumentación de la parte encargada de defender la vigencia de la norma —es decir, la representación estatal— reconstruyen el supuesto fin de la medida, a la luz de la norma en la que está inserta. Creo que aquí existe una excesiva deferencia judicial con el Estado, en la medida en que los jueces no se han limitado a escuchar las justificaciones presentadas por las partes, sino que han suplido la carga argumentativa de una de ellas, elaborando argumentos no sólo para sostener la importancia constitucional de los fines de la norma impugnada, sino llanamente para identificar esos fines.

La tarea de identificación de los fines de una disposición, claro está, puede verse facilitada por la remisión a la exposición de motivos de la norma, o al debate parlamentario respectivo. Este método resulta, sin embargo, insuficiente en una infinidad de casos en los que la exposición de motivos o el debate parlamentario no existen, son oscuros, contradictorios o excesivamente genéricos. En estos casos, el esfuerzo argumentativo debe correr por cuenta del Estado, y la incapacidad de identificar un objetivo plausible o defendible debe traducirse en la invalidación de la norma.

En el caso que nos ocupa, el Estado no sólo no ha cumplido con esa carga, sino que ha llevado a la minoría a una elaboración destinada a suplir esa carga que, por lo demás, no resulta demasiado convincente. Como dije antes, de acuerdo con la línea sostenida por la minoría, el objetivo de la disposición impugnada es *impedir que extranjeros sin voluntad de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y por el deseo de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana utilizando para ello el matrimonio con un nacional como medio*. No hace falta mayor análisis para señalar que una formulación de semejante vaguedad no cumple con requisitos conceptuales mínimos como para constituirse en finalidad de una disposición que tiene por efecto restringir derechos fundamentales. La paradoja del empleo de semejante criterio es que esas "razones" (?) se utilizarían para justificar la restricción del derecho de una extranjera que quiere

casarse con un mexicano, es decir, con alguien que declaradamente —por virtud de la propia definición de matrimonio— pretende compartir "experiencias, instituciones y propósitos" con un mexicano...

Aun más difícil es sostener que semejante "objeto" vaporoso reviste "importancia constitucional". Ante la orfandad o ausencia de argumentación por parte del gobierno, los ministros de la minoría asumen la infausta tarea de valorar el fin asignado a la norma a la luz de las facultades constitucionales del Estado en materia extranjería. Para ello, repasan todas las normas en las que la Constitución hace alguna mención de la distinción entre nacionales y extranjeros, y a las facultades relacionadas con el régimen migratorio artículos 8o., 9o., 11., 32, 33, y 35 constitucionales. Contrariamente a lo sostenido por los magistrados que forman la minoría, creo que de este conjunto abigarrado de artículos, que centralmente restringen los derechos de los extranjeros a participar en la política interna del país, otorgan al Estado autoridad para expulsar extranjeros considerados indeseables, o imponen la nacionalidad mexicana para ocupar ciertos cargos gubernamentales —amén de establecer la competencia legislativa para regular temas migratorios— *no* se desprende ninguna facultad constitucionalmente importante relacionada con necesidades especiales de regulación del matrimonio entre nacionales y extranjeros.

Más aún, parece claro que la regla constitucional que gobierna el caso en cuestión es la del artículo 33, que establece la igualdad de los extranjeros y los nacionales en materia de derechos establecidos por el capítulo I, título primero de la Constitución. Ninguno de los supuestos citados —derechos políticos de los extranjeros, expulsión en caso de que su permanencia se juzgue inconveniente o perniciosa, prohibición de ocupar ciertos cargos públicos para quienes no sean nacionales— tiene relación alguna con la cuestión examinada, que se refiere al ejercicio de libertades relacionadas con la vida privada y familiar. Es decir, ni siquiera se da un supuesto de interferencia de normas o principios que pueda justificar la ponderación de intereses en conflicto.

De todas maneras, aún supliendo esta falta de argumentación por parte del Estado, y siendo excesivamente deferente con la identificación del fin de la disposición y con la justificación de su importancia constitucional, la minoría concluye correctamente que la norma impugnada no supera el examen de adecuación ni el de proporcionalidad agravados a los que la somete. Cabe señalar que, de haberse inclinado por emplear la fórmula del escrutinio estricto, el mero incumplimiento de la carga estatal

de identificar la finalidad de la norma hubiera sido suficiente para mantener la presunción de inconstitucionalidad de la distinción fundada en una categoría sospechosa, sin necesidad de mayor análisis.

Aún mediando estas críticas, el voto de la minoría inaugura una línea promisoria de análisis de violaciones al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación. Lamentablemente, la decisión de la mayoría parece no hacerse cargo de ninguna de las distinciones conceptuales que requiere ese análisis. Para que las cláusulas constitucionales y las normas legales destinadas a prevenir y erradicar la discriminación tengan alguna eficacia, sería deseable que la situación se modifique en un futuro cercano.

IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN (Y POLÍTICAS PÚBLICAS);* A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

Imer B. FLORES**

All animals are equal, but some animals
are more equal than others.
George ORWELL, Animal Farm, 1944, X.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Igualdad*. III. *No discriminación*. IV. *Políticas públicas*. V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Tomar la igualdad seriamente resulta ser uno de los lemas de las luchas por el Estado constitucional y democrático de derecho, así como por la promoción y protección de los derechos fundamentales. Lo anterior implica no sólo defender la igualdad y combatir la discriminación sino también adoptar las políticas públicas necesarias para cumplir con tal fin. Para ello es esencial aprender a discriminar la discriminación en un doble sentido: 1) al diferenciar o distinguir la discriminación negativa e injustificada de

* Versión revisada de "Igualdad, no discriminación y políticas públicas. A propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población", Documento de Trabajo, núm. 76, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

** El autor agradece a Nuria González Martín y a Sonia Rodríguez Jiménez por sus comentarios de "primera mano" como extranjeras casadas con nacionales; a Diego Eduardo López Medina por su critica; a Manuel Gutiérrez de Velasco, Miguel Rábago Dorbecker, Juan M. Vega Gómez y Enrique Rodríguez Trujano por sus observaciones y sugerencias; a María José Franco Rodríguez y Antonio Rodrigo Mortera Díaz por su apoyo y ayuda para la preparación de la conferencia que dio origen a este texto; y a Rodrigo Ortiz Totoricaguena y Carlos de la Torre Martínez, así como a los asistentes a un diplomado por su reacción a dicha conferencia.

la positiva y justificada; y 2) al discriminar la primera para proscribirla definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe adelantar que ante la imposibilidad de que la igualdad sea en todo y para todos, comenzaremos por cuestionar igualdad de qué y entre quiénes para constatar que al menos la única que es —y debe ser— garantizada para todos por igual es la igualdad jurídica: *ante* la ley y *en* la ley. En seguida, continuaremos con un análisis de la discriminación para discriminar los dos sentidos: uno negativo e injustificado, para el cual conservamos el uso de la palabra "discriminación"; y, otro positivo y justificado, a la que denominaremos "diferenciación" o "distinción". Una vez realizadas estas precisiones, estaremos en condiciones de evaluar la importancia del reconocimiento expreso de la prohibición a la discriminación en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como identificar algunos de los postulados que deben orientarnos en la adopción de políticas públicas:

a) Prohibir toda discriminación negativa e injustificada;
b) Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada;
c) Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado; y
d) Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Finalmente, contrastamos las consideraciones anteriores a la luz del *Amparo en revisión 543/2003*, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció acerca de la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, mismo que fue cuestionado por estimarse violatorio del artículo 1o. de nuestra carta magna, al exigir que los extranjeros que pretendan contraer matrimonio con nacionales deberán contar con "autorización" de la Secretaria de Gobernación.

Si bien, coincidimos con la mayoría de cinco votos contra cuatro en que el artículo es constitucional en la parte impugnada al existir una diferenciación o distinción justificada, consideramos necesario analizar los argumentos de la minoría para comprender mejor lo que es una discriminación injustificada al no cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, así como entender el tipo de políticas públicas que hay que permitir, prohibir e inclusive requerir.

II. IGUALDAD

Es ya un lugar común decir que la igualdad es una fórmula tan vacía (y por eso mismo celebrada), como la que define a la justicia como "la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo", al definirla como "el deber de tratar igualmente a los iguales".[1] Para reforzar este punto baste recordar que la palabra *igualdad* anota "calidad de igual" e *igual* "que no difiere de otro o que tiene la misma clase, condición, etcétera". De igual forma, el término *desigualdad* connota "calidad de desigual" y *desigual* "que no es igual, diferente".

Por su parte, Amartya Sen afirma que la cuestión central en el análisis y valoración de la igualdad es preguntar: ¿igualdad de *qué*? Así, advierte que no hay un concepto unívoco de igualdad porque de una u otra forma todas las corrientes filosóficas-teóricas o posturas ético-normativas postulan igualdad de *algo*: "igualdad de *x*".[2] Al grado que no sólo los igualitaristas demandan igualdad, ya sea de beneficios, ingresos y riquezas,[3] o bien de capacidades,[4] de oportunidades,[5] de recursos[6] sino también los liberales, los libertarios (puros) y hasta los utilitaristas exigen libertad igual e igualdad en la distribución de los "bienes primarios",[7] trato como iguales e igual consideración o preocupación,[8] igual-

1 Guibourg, Ricardo A., "Igualdad y discriminación", *Doxa*, núm. 19, 1996, p. 89. Véase Peter Westen, "The Empty Idea of Equality", *Harvard Law Review*, vol. 95, núm. 3, enero, 1982, pp. 537-596; y *Speaking Equality*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

2 Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp. xi y 12.

3 Dworkin, Ronald, "Equality of Welfare", *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 11-64. (Publicación original: "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, verano, 1981, pp. 185-246).

4 Sen, Amartya *op. cit*., nota 2, pp. xi y 4-11.

5 Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1998, p. 1.

6 Dworkin, Ronald, *op. cit.,* nota 3, Part 2: "Equality of Resources", pp. 65-119, pp. 283-345.

7 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971. (Hay edición revisada: 1999; y versión en español: *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979).

8 Dworkin, Ronald, "*The Place of Liberty*", *op. cit.,* nota 3, pp. 120-183. Part 3: The Place of Liberty", *Iowa Law Review*, vol. 73, 1987. Amartya Sen, *Inequality reexamined*, *op. cit*., nota 2, pp. ix, 17 y 18.

dad de derechos y libertades,[9] igual peso a los intereses iguales de todas las partes,[10] y el mismo peso a todos los intereses individuales.[11]

De esta manera, todas las corrientes son igualitarias en algún sentido. Por lo mismo, el problema es que el ser igualitario, *i.e.* demandar igualdad de una de las variables, implica forzosamente ser no-igualitario con respecto a otra. Con lo cual cada concepción al buscar alguna *igualdad central* acepta algún tipo de *desigualdad periférica*. En otras palabras, admite algún tipo de igualitarismo al mismo tiempo que rechaza otro.[12]

En este orden de ideas, claro está —como lo sentenció Douglas Rae— que no hay una igualdad sino muchas igualdades y que, en consecuencia, no hay una desigualdad sino muchas desigualdades.[13] En este mismo sentido, está claro —como lo señaló Michael Walzer— que no se trata de una "igualdad simple" sino de una "igualdad compleja" que involucra una pluralidad de criterios distributivos, a saber: libre intercambio, mérito y necesidad, los cuales han dado lugar a lo que conocemos como las esferas de la justicia.[14]

Por su parte, Sen recuerda que —además de la diversidad y/o pluralidad de variables a partir de las cuales se pueda dar respuesta a la pregunta igualdad de qué— los seres humanos son bastante heterogéneos entre sí. Al respecto, baste aludir al hecho de que cada uno tiene infinidad de características externas e internas o personales,[15] y traer a colación el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* de Jean Jacques Rousseau, publicado hace exactamente doscientos cincuenta años:[16]

9 Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974. (Hay versión en español: *Anarquía, Estado y utopia*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Fondo de Cultura Económica, 1988).

10 Hare, R. M., "Ethical Theory and Utilitarianism", en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 26.

11 J. C. Harsanyi, "Morality and the Theory of Rational Behaviour" en Amartya Sen y Bernard Williams (eds.), *op. cit*., nota 10, p. 47.

12 Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, *op. cit*., nota 2, pp. ix-x, y 19.

13 Rae, Douglas, *Equalities*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1981.

14 Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983, pp. 17 y 21. (Hay versión en español: *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Trad. de Heriberto Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 1993). Véase Miller, David y Walter, Michael (eds.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

15 Sen, Amartya, *Inequality reexamined*, *op. cit*., nota 2, pp. ix-x, y 19.

16 Rousseau, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad*, Bogotá, Ediciones Universales, s.f., p. 26. (Publicación original: 1755).

> Concibo en la especie humana dos clases de desigualdades: la una que considero natural o física, porque es establecida por la naturaleza y que consiste en la diferencia de edades, de salud, de fuerzas corporales y de las cualidades del espíritu o del alma, y la otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención y porque está establecida o al menos autorizada, por el consentimiento de los hombres. Esta consiste en los diferentes privilegios de que gozan algunos en perjuicio de otros, como el de ser más ricos, más respetados, más poderosos o de hacerse obedecer.

Para responder a estas desigualdades, pero sobre todo a las del segundo tipo,[17] se ha tratado de garantizar diferentes tipos de igualdad desde la económica,[18] la política,[19] e inclusive la social[20] hasta la jurídica. Ahora bien, esta última puede adoptar dos formas distintas: 1) igualdad *ante* la ley; y 2) igualdad *en* la ley. La primera como —igualdad formal— garantiza que todos serán tratados de la misma manera con imparcialidad como destinatarios de las normas jurídicas; y la segunda como —igualdad material— autoriza que el contenido de la ley sea ajustado para que todos puedan gozar de ella en igualdad de condiciones.

17 Si bien es cierto que todos —*i.e.* los seres humanos como especie del género seres animales— estamos sometidos por igual a las leyes de la naturaleza nuestra igualdad natural es limitada. Así, podemos no sólo afirmar coloquialmente que "el sol sale para todos" sino también asegurar necesariamente que todos por igual nacimos un día y que moriremos algún otro. Véase Pufendorf, Samuel von, "On Recognition of the Natural Equality of Men", *On The Duty of Man and Citizen According to the Natural Law*, book I, chapter 7. (Título y publicación original: *De Officio Hominis et Civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*, 1673).

18 Nagel, Thomas, "Equality", *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pp. 106-127.

19 Buchanan, James, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, University of Chicago Press, 1975. (Hay versión en español: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y leviatán*, trad. de Carlos Millet, México, Premia Editora, 1981). Véase Buchanan, James y Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press, 1962. (Hay versión en español: *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, trad. de Javier Salinas Sánchez, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993).

20 Roemer, John E., "Equality of opportunity" en K. Arrow *et al.* (eds), *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2000; y "Equality of opportunity. A progress report", *Social Choice and Welfare*, vol. 19, núm. 2, 2002, pp. 455-471.

Así mismo las leyes deben ser generales no sólo en su creación sino también en su aplicación, es decir las normas deben ser las mismas para todos por igual: ateos y creyentes, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, indígenas y no indígenas, nacionales y extranjeros, patrones y trabajadores, pobres y ricos... Este principio —como igualdad *ante* la ley— es conocido como *isonomia*. Del mismo modo, la igualdad de respecto —como igualdad *en* la ley— es equiparada con *isotimia*. Por último, sobre todo en las llamadas democracias, la igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular, es identificada con *isegoria*, *i.e.* igualdad en el ágora.

En un Estado constitucional y democrático de derecho la igualdad debe ser entre *todos*. No obstante, está clarísimo que los seres humanos no somos iguales. Por lo cual el enunciado "todos somos iguales" no puede ser considerado como descriptivo —para que la descripción fuera verdadera tendría que decir "todos somos desiguales"— sino más bien como prescriptivo "Todos debemos ser iguales" o mejor dicho "Todos debemos ser considerados o tratados como iguales". Así que cuando la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, afirma en su artículo 1o. "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" debemos entender que al menos debemos considerarlos o tratarlos jurídicamente *como si* así fuera.

En otras palabras, la igualdad jurídica impone que "Todos debemos ser considerados o tratados como iguales *ante* y *en* la ley", así como gozar en igualdad de los derechos políticos o libertades públicas, en general, y del derecho o libertad de expresión, en particular. Al respecto, el ahora primer párrafo del artículo 4o. de nuestra Constitución federal asienta "El varón y la mujer son iguales ante la ley".

Sin embargo, no basta con preguntarnos por igualdad… de qué y entre quiénes sino que además hay que preguntar por otras cuestiones: cuándo, dónde y, por supuesto, cómo protegemos y promovemos el principio de igualdad. Para poder proteger y promover la igualdad en dignidad y derechos o libertades —como género— es imperativo prohibir —como especies— la esclavitud, los títulos nobiliarios y, por supuesto, la discriminación.

III. No discriminación

Es innegable que los conceptos de *igualdad* y de *discriminación* están estrechamente entrelazados entre sí. De hecho, como hemos visto, afirmar la igualdad en un sentido implica negarla en otro al admitir algún tipo de desigualdad e incluso de discriminación. Cabe recordar que Dworkin —al comienzo de su *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*— asegura "La igualdad es la especie en peligro de extinción de los ideales políticos".[21] Y un poco más adelante asevera:[22]

> Nadie… propondría seriamente este como un ideal político: la igualdad plana e indiscriminada [i.e. igualdad en todo y para todos] no solamente es un valor político débil, o uno que puede ser fácilmente anulado por otros valores. No es un valor del todo: no hay nada que se pueda decir en favor de un mundo en que quienes escogen el ocio, aunque podrían trabajar, sean recompensados con la producción de los industriosos.

No obstante, el propósito de su libro era precisamente el de salvar a la igualdad y para ello había que tomarla seriamente.[23] Al respecto asevera "La igualdad es un concepto contradicho: la gente que la aprecia y que la desprecia está en desacuerdo acerca de qué aprecian y desprecian".[24] En este sentido, ante la imposibilidad de proponer una igualdad en todo y para todos, había que discriminar la igualdad que apreciamos de la que despreciamos: igualdad de qué y entre quiénes. Así, al menos la única igualdad que puede ser garantizada para todos por igual es precisamente la igualdad *ante* y *en* la ley, equiparada como vimos con los términos *isonomia* e *isotimia*, respectivamente.

21 Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, *op. cit*., nota 3, p. 1, "Equality is the endangered species of political ideals". (La traducción es nuestra).

22 *Ibidem*., p. 2 "But no one, I think, would seriously propose this as a political ideal: flat, indiscriminate equality is not just a weak political value, or one that is easily overridden by other values. It is no value at all: there is nothing to be said for a world in which those who choose leisure, though they could work, are rewarded with the produce of the industrious". (La traducción es nuestra).

23 Véase Flores, Imer B., "Reseña bibliográfica: Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre, 2000, pp. 283-291.

24 Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, *op. cit*., nota 3, p. 2, "Equality is a contested concept: people who praise or disparage it disagree about what it is they are praising or disparaging" (la traducción es nuestra).

A continuación procedemos a discriminar la discriminación que apreciamos porque es positiva y está justificada de la que despreciamos porque simplemente es negativa y no está justificada. Así, en primerísimo lugar denunciamos que una mala interpretación del pensamiento de Aristóteles, en concreto de su noción de justicia, *i.e.* "Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", ha dado lugar a una paradójica concepción de la igualdad desigual que ciertamente no es igualitaria y que acaba por justificar todo tipo de discriminaciones subjetivas, desproporcionadas e irrazonables, mismas que resultan ser negativas e injustificadas.

Este claroscuro es correctamente diagnosticado por Eric Arthur Blair, bajo el pseudónimo de George Orwell, en su fábula anti-utópica *Rebelión en la Granja*: donde denuncia con su celebérrima antilogía o endíadis que la gran idealidad "Todos los animales son iguales" ha dado lugar a una cruda realidad "… pero algunos animales son más iguales que otros".

Al respecto, habría que aclarar dos cosas: primero, el origen de la noción aristotélica de la justicia; y, segundo, la culpa no es propiamente de esta noción sino del contexto en el cual el filósofo estagirita consideró que la esclavitud estaba justificada. De un lado, la referencia a "Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales" atribuida al fundador del Liceo no está explícita en la *Ética nicomaquea* sino que es la conclusión implícita de un postulado y de dos premisas:[25] *"Si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales. De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o los no iguales porciones iguales".*

Del otro, no debemos olvidar que el preceptor de Alejandro Magno vivía en una sociedad esclavista donde los iguales eran las personas libres o amos y los desiguales sus esclavos. La desigualdad entre las personas libres o amos y los esclavos estaba justificada según él en una ley natural tanto descriptiva como prescriptiva: "unos nacieron para mandar y otros para obedecer".[26] *"Mandar y ser mandados no sólo son hechos, sino también convenientes, y pronto, desde su nacimiento, algunos están dirigidos a ser mandados y otros a mandar".*

25 Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, libro V, capítulo III, 1983, p. 110.

26 Aristóteles, *Política*, trad. de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993, libro primero, capítulo V, 1254ª, p. 47.

Y un poco más adelante[27] *"Está claro que, por naturaleza, unos son libres y los otros esclavos. Y que a éstos les conviene la esclavitud, y es justa"*.

De esta manera justifica la esclavitud y con ella un trato discriminatorio en beneficio de unos —los iguales, es decir las personas libres o amos— y en perjuicio de los otros —los desiguales, esto es los esclavos—. Si bien esta noción de justicia permite tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, al dar lugar a dos concepciones de la justicia —una conmutativa y otra distributiva— ello no justifica la desigualdad ni mucho menos la discriminación.

Cabe traer a colación que en los Estados Unidos de América han pasado muchos años sin que el preámbulo de la *Declaración de Independencia* "Todos los hombres fueron creados iguales" se haya realizado, a pesar de la abolición de la esclavitud, de la guerra civil o de secesión, y la adopción de la décimo cuarta enmienda, en primera instancia, y de lo que conocemos como el movimiento de los derechos civiles, y de la celebérrima decisión por parte de la Corte Warren del caso *Brown vs. Board of Education*, donde se puso fin no sólo a la segregación racial en las escuelas públicas sino también a la era "separados, pero iguales" emblemática desde *Plessy vs. Ferguson*.

El vocablo *discriminación* está afectado por la ambigüedad proceso-resultado y como tal denota "acción y efecto de discriminar" y *discriminar* tiene dos acepciones: 1) "separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra"; y 2) "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, generalmente por motivos raciales, religiosos, políticos o económicos". En este orden de ideas, hay al menos dos sentidos de la palabra *discriminación*, uno positivo y justificado que implica "separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra" y otro negativo e injustificado que indica "dar un trato de inferioridad a una persona o colectividad…". Así que la discriminación no es buena ni mala por sí sola. En pocas palabras, lo que se prohíbe no es la discriminación *per se* sino aquella discriminación que da un trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, o cualesquiera otros fundados en meros prejuicios.

Lo que está en el fondo de la discusión es una cuestión de discriminar, *i.e.* cuando la discriminación es objetiva, razonable y proporcional, es

27 *Ibidem*., 1255a, p. 49.

decir relevante, y cuando no lo es al ser subjetiva, irrazonable y desproporcionada, esto es irrelevante. O bien, cuando es positiva y justificada y cuando es negativa e injustificada. De hecho, parece ser que una de las mejores formas de combatir la discriminación en su sentido negativo e injustificado al tratar de revertir sus efectos perniciosos requiere de alguna forma de discriminación en su sentido positivo y justificado, como lo propuso Rawls con su "principio de la diferencia":[28]

> Dando por establecido el marco de las instituciones requeridas por la libertad igual y la justa igualdad de oportunidades, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si y solo si funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que el hacerlo sea en beneficioso de aquellos menos afortunados.

De este modo, a la discriminación negativa e injustificada podemos contraponer la positiva y justificada, como lo es la llamada *discriminación inversa* a través de los programas de acción afirmativa.[29] Es más, en la doctrina y en los foros internacionales muchas veces se utiliza la palabra *discriminación* para referirse al sentido negativo e injustificado y los vocablos *diferenciación* o *distinción* para referirse al sentido positivo y justificado. Baste aludir a la Opinión Consultiva 83/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en su párrafo 84 dice a la letra:[30]

> *En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.*

28 Rawls, John, *A Theory of Justice*, *op. cit*., nota 7, párrafo 13, p. 75, (pp. 65 y 97).

29 Dworkin, Ronald, "Reverse Discrimination", *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1978, pp. 223-239. (Hay versión en español: *Los derechos en serio*, Trad. de Marta Guastavino, Barcelona Ariel, 1984). *A Matter of Principle*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 291-331.

30 OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", serie A, núm. 18. (El énfasis es original).

En este sentido podemos afirmar sin temor a equivocarnos que hoy por hoy, los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, prohíben —o tratan de prohibir— las formas negativas e injustificadas de discriminación y, por el otro, permiten las formas positivas y justificadas de discriminación, a las que llamamos diferenciación o distinción, e inclusive requieren a veces de éstas para nivelar el terreno al tratar de corregir desigualdades existentes.[31]

En el caso de México, no fue sino hasta que en el marco de la reforma constitucional en materia indígena del año 2001 que se incluyó expresamente la prohibición a la discriminación. Al respecto habría que decir que hoy en día, el artículo 1o. de nuestra Constitución Política tiene una mejor sistematización al contar junto a su original párrafo único referido al *principio de igualdad* —ahora primer parágrafo— con dos cláusulas formales de igualdad: una vieja —el otrora único párrafo del artículo 2o. constitucional— referente al *principio de prohibición de la esclavitud*; y, otra nueva relativa al *principio de prohibición de la discriminación*.

De esta forma, en un mismo artículo están incluidos tres principios igualitarios: uno en el párrafo primero a partir de la prescripción de que "*todo individuo* gozará de las garantías que otorga esta Constitución" y los otros dos *contrario sensu* de la prohibición tanto de la esclavitud en el párrafo segundo como de la discriminación en el tercero. Ahora bien, esta última proscripción novedosa establece:

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

Sin duda alguna, la adopción expresa de esta cláusula formal de igualdad —contenida típicamente en las convenciones, declaraciones o tratados en materia de derechos humanos— al prohibir toda discriminación representa por sí sola un gran avance al beneficiar no solamente a las etnias o pueblos indígenas sino a todos por igual: ateos y religiosos, heterosexuales y homosexuales, hombres y mujeres, menores y mayores, nacionales y extranjeros, pobres y ricos…

31 Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, *op. cit*., nota 5, p. 1.

Asimismo, no es suficiente con promover la igualdad formal sino que es necesario además crear las condiciones para la realización de la igualdad material.[32] En este sentido, destaca el párrafo primero del apartado B del nuevo artículo 2o. constitucional:[33]

> *La Federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.*

IV. Políticas públicas

Antes de proseguir, conviene recapitular un par de cosas: 1) ante la imposibilidad de que la igualdad sea en todo y para todos fue menester discriminar: a) igualdad de qué y b) igualdad para quiénes; y, 2) ante la incapacidad de prohibir toda discriminación fue necesario discriminar también: a) discriminación negativa e injustificada y b) discriminación positiva y justificada. Cabe aclarar que como aquélla es considerada propiamente como una discriminación y ésta impropiamente como tal, reservamos el uso de la palabra *discriminación* para aquélla y los vocablos *diferenciación* y *distinción* para ésta.

Es más en el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, México ha adquirido "la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias",[34] pero no por ello están prohibidas

32 Véase Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento", *Documento de trabajo*, núm. 15, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 4; González Martín, Nuria, "La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas", *Documento de trabajo*, núm. 16, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 2; y Kurczyn Villalobos, Patricia, "Reflexiones sociojurídicas acerca de las reformas constitucionales en «materia indígena»", *Documento de Trabajo*, núm. 20, enero, 2002. Véase también Carbonell, Miguel, "El derecho a no ser discriminado en la Constitución mexicana: análisis y propuesta de reforma", *Documento de trabajo*, núm. 77, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

33 El énfasis es nuestro.

34 OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", *op. cit*., nota 30, párrafo 88.

las diferenciaciones o distinciones, siempre y cuando sean positivas y justificadas, es decir admisibles y relevantes, en virtud de ser objetivas, razonables y proporcionales.[35] De hecho, hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva, una diferenciación o distinción, pero ésta debe tener una justificación objetiva, razonable y proporcional.[36]

Debemos aprender, en primera instancia, a discriminar la discriminación como algo negativo e injustificado de la diferenciación o distinción como algo positivo y justificado; y, en segundo lugar, a discriminar la primera como algo prohibido de la segunda como algo no solamente permitido sino además requerido para nivelar el terreno. Así, hay que discriminar cuándo estamos ante una discriminación negativa e injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción positiva y justificada. Imaginemos el caso de un equipo de fútbol en el cual no dejan jugar a una persona por su origen étnico y/o nacional, o bien por su orientación o preferencia sexual y a otra por su falta de habilidad. La primera podría alegar que ha sido discriminada negativa e injustificadamente, en cambio la segunda no podría argumentar tal cosa porque la diferenciación o distinción positiva y justificada entre los que juegan radica precisamente en la mayor habilidad de unos en detrimento de otros.

De lo anterior derivan al menos dos grandes lineamientos para la adopción de políticas públicas en materia de discriminación: a) *Prohibir toda discriminación negativa e injustificada*; y b) *Permitir toda diferenciación o distinción positiva y justificada.*

En este orden de ideas, la cuestión es saber discriminar cuándo estamos ante algo negativo e injustificado —discriminación— y cuándo ante algo positivo y justificado —diferenciación o distinción— y para ello es imprescindible determinar si la causa es objetiva, razonable y proporcional o no lo es. Así, un restaurante abierto al público en general no se puede negar a dar un servicio a un comensal por su origen étnico o racial, en tanto que un club privado que solamente admite a sus miembros e invitados de éstos —o el mismo restaurante alquilado para una fiesta particular— sí se lo puede negar: cierto es que no por su origen sino por no ser miembro o invitado.

De igual forma, un patrón puede contratar a sus trabajadores y requerirles cumplir con ciertos requisitos pero éstos deben ser esenciales para la

35 *Ibidem*, párrafo 84.
36 *Ibidem*, párrafo 105.

función que van a desempeñar y no meramente superficiales para que la diferenciación o distinción sea positiva y esté justificada. Así, por ejemplo, el dueño de un restaurante japonés que quiere reforzar el ambiente oriental del mismo puede, en igualdad de circunstancias, preferir contratar personal de origen asiático, pero no por ello podría negarle el empleo a una persona no-asiática calificada y sí dárselo a una asiática no-calificada. La misma razón le permite al productor de un espectáculo de ésos que son "sólo para mujeres" o "sólo para hombres" a contratar personas de un género u otro con ciertos atributos físicos, sin que a nadie se le ocurriera que debería contratar a personas del otro género.

Así mismo, de la conjunción de los dos lineamientos anteriores —a) y b)— se desprende una tercera línea de acción: c) *Requerir diferenciaciones o distinciones positivas y justificadas en el futuro para remediar las discriminaciones negativas e injustificadas del pasado*.

Entonces, la pregunta esencial es saber discriminar cuándo la diferenciación o distinción positiva y justificada es requerida para remediar una discriminación negativa e injustificada y para ello es indispensable discernir si el efecto de la misma no sólo es el deseado sino también racional, *i.e.* eficaz para cumplir con este objetivo e incluso efectivo y eficiente.[37] Así, por ejemplo, los programas de acción afirmativa, también conocidos como de discriminación inversa o positiva, parten de la presunción de que hay veces que la única forma de revertir una discriminación vieja es precisamente a partir de una discriminación nueva. Sin embargo, esta diferenciación o distinción para ser positiva y justificada debe beneficiar a los miembros más desaventajados o que históricamente han sido discriminados, porque de lo contrario daría lugar a una nueva forma de discriminación negativa e injustificada.

Aunque el análisis de los programas de acción afirmativa sobrepasa los propósitos de esta contribución, solamente hay que enfatizar que éstos no eliminan la desigualdad sino que por el contrario la acentúan al presuponerla e incluso requerirla. La cuestión es discriminar cuándo los programas constituyen una nueva discriminación negativa e injustificada y cuándo no es así por tratarse de una diferenciación o distinción positiva y justificada. Por consiguiente, algunos programas de acción afirmativa que imponen "cuotas" tienen el problema de que en el afán de remediar una

37 Dworkin, Ronald, "Affirmative Action: Does it Work?" y "Affirmative Action: is it Fair?", *Sovereign Virtue*, *op. cit*., nota 3, pp. 386-408, y 409-426.

discriminación pasada que propiciaba la exclusión de un tipo de persona o grupo introducen una nueva discriminación para propiciar la inclusión de éstos, pero en aras de hacerlo acaban por ser una nueva fuente de discriminación negativa e injustificada porque pueden llegar a admitir personas no-calificadas en detrimento de las que sí están cualificadas.

Antes de concluir este apartado, habría que aludir a una cuarta pauta de acción d) *Cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, de eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias*. Para ello, habría que mencionar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones ya resueltas y por resolver desde la reforma constitucional en materia indígena, en la cual se incorporó el tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución.

De esta manera, entre las políticas públicas adoptadas —o por adoptar— en materia de no discriminación destacan:

Origen étnico: la reforma constitucional en materia indígena del 2001 incluyó, en el párrafo primero del apartado B del nuevo artículo 2o. de la Constitución, no sólo la promoción de la "igualdad de oportunidades de los indígenas" sino también la eliminación de "cualquier práctica discriminatoria". Para tales efectos se constituyó la Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas, a partir de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 21 de mayo de 2003, de la *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*, en vigor desde el 5 de julio de ese mismo año.

Origen nacional: desde hace muchos años los jueces de distrito y magistrados de circuito conceden la protección de la justicia federal a los extranjeros que se amparan en contra de la *Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1945 y en vigor desde el día siguiente, por violar las garantía genérica de igualdad y la libertad de profesión contenidas en los numerales 1o. y 5o. de la Constitución.[38]

Género: en reformas recientes a la *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas*, a la *Ley del Instituto de Seguridad y Ser-*

[38] En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a saber la del 5 de julio de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que los extranjeros puedan acceder a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los nacionales sin ser discriminados por su origen.

vicios Sociales de los Trabajadores del Estado y a la *Ley del Seguro Social* se ha reconocido expresamente que los beneficiarios o familiares derechohabientes pueden ser entre otros tanto la esposa o el esposo como la concubina o el concubinario —artículos 4o., 24, y 5o. A, respectivamente—. Sin embargo, en la fracción V del artículo 5o. de la Ley del ISSSTE subsiste un caso de discriminación que habría que reformar: al definir los familiares derechohabientes se reconoce como tales a la esposa y a la concubina del trabajador o pensionista sin ninguna otra condición mientras que al esposo o concubinario de la trabajadora o pensionista se le requiere ser "mayor a 55 años de edad; o esté incapacitado física o psíquicamente y dependa económicamente de ella".[39]

Edad: si bien para ser ciudadano y poder votar en las elecciones se debe haber cumplido 18 años, o para ser electo o nombrado para ciertos cargos o puestos se debe tener determinada edad, hay muchas otras condiciones que requieren haber cumplido o no una cierta edad que resultan ser muy cuestionables. Por ejemplo, cuando el ingreso a programas educativos y becas está condicionado a haber o no cumplido una edad determinada. Tampoco sería difícil imaginar que personas son discriminadas laboralmente por razones de su edad. Ciertamente, en México, a nivel federal, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones para velar por los intereses de los trabajadores para que no sean discriminadas laboralmente por razones de su edad.

Capacidades diferentes: no es complicado imaginar situaciones en que las personas con capacidades diferentes son discriminadas laboralmente, al no querer emplearlas o una vez empleadas pretender pagarles menos por el mismo trabajo realizado. De hecho, las citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación tendrían atribuciones también para velar por los intereses de estas personas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo.

39 En una de las sesiones recientes del Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México, a la sazón la del 31 de marzo de 2005, éste aprobó una serie de modificaciones a la legislación universitaria para garantizar que las mujeres puedan acceder también a ciertos cargos y puestos en igualdad de condiciones con los hombres sin ser discriminadas por su género.

Condición social: la Suprema Corte de Justicia de la Nación al conocer de las Acciones de Inconstitucionalidad 14/2004, y sus acumuladas 15/2004 y 16/2004, consideró por una mayoría de seis votos contra cuatro que lo operante era declarar la invalidez de la fracción I del artículo 28 de la Ley Electoral de Quintana Roo por ser contraria a la fracción II del artículo 116 de la Constitución Federal, al requerir que al establecer los distritos electorales se tomaran en cuenta además del criterio poblacional, *i.e.* la densidad de población, "… las condiciones geográficas y las circunstancias socio-económicas prevalecientes de las distintas regiones de la entidad".[40]

Condiciones de salud: tampoco sería un problema pensar que personas enfermas —*v. gr*. de VIH-SIDA— sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, y peor aún al negarles el acceso a servicios de salud. Además de las ya citadas Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación que tienen atribuciones para velar por los intereses de las personas enfermas para que no sean discriminadas en su lugar de trabajo, en México, a nivel federal, el Instituto Nacional de Salud Pública actualmente desarrolla acciones para garantizar su acceso a los servicios de salud.

Religión: si bien la carta magna garantiza en su artículo 24 la libertad de creencias religiosas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por su religión ya sea en la comunidad, la escuela o en el trabajo. De hecho, hace poco, en un diario, apareció una nota periodística intitulada "Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca". Si de por sí estar encerrado con candado y cadenas en sus propios domicilios —por orden de la autoridad municipal del poblado indígena de San Juan Bosco Chuxnaban, demarcación localizada en el corazón de la región Mixe, a casi más de 230 kilómetros de la ciudad de Oaxaca— ya es una

40 Como la declaración de invalidez no alcanzó la votación calificada de ocho votos, a que se refiere el artículo 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 Constitucional, se desestimó la acción de inconstitucionalidad. No obstante, uno de los ministros hizo una atenta exhortación a los legisladores del Estado de Quintana Roo "para que se abstengan de aplicar los artículos 53 de la Constitución Política de ese Estado, y 28, fracción I, de la Ley Electoral de Quintana Roo… por ser contrarios al artículo 116, fracción II de la Constitución Federal" y aunque no se dice nada al respecto se podría razonar que dichos numerales son además contrarios al artículo 1o. de la Constitución Federal.

cosa muy grave, todavía lo es más porque se trataba de familias que profesan una religión distinta a la católica y porque el encierro fue ordenado por la asamblea comunitaria como sanción ante la actitud de rebeldía de estas familias hacia la comunidad.[41]

Opiniones: también la ley suprema garantiza en su artículo 6o. la libertad de expresión, *i.e.* la manifestación de las ideas, subsiste la posibilidad de que las personas sean discriminadas por sus opiniones o que sean discriminados para emitirlas. Aunque el propio artículo 33 constitucional establece que los extranjeros "Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución", además estipula que "Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país" con lo cual más que ser discriminados por sus opiniones, de plano no se les permite formularlas en materia política.

Preferencias: no es difícil presuponer que por sus preferencias sexuales las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o bien al ser despedidas injustificadamente, o discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda. Es más, recientemente, el 10 de mayo de 2005, una persona presentó ante el Juzgado Trigésimo Civil en el Distrito Federal una demanda por daño moral en contra de la compañía de refrescos más importante en el país por haber sido discriminado y despedido por su orientación homosexual.[42]

Estado civil: tampoco sería problemático suponer que por su estado civil, ya sea por estar casado(a) o soltero(a) las personas sean discriminadas laboralmente, ya sea al no ser contratadas, ni promovidas, o al ser despedidas injustificadamente, o bien discriminadas en cualquier otro ámbito, por ejemplo, al solicitar un préstamo o en la adjudicación de una vivienda.

Cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: el listado anterior es ilustrativo e indicativo de los posibles tipos de discriminación, pero no limitativo. Por ello, hay que estar atentos a las nuevas formas de discriminación que pudieran aparecer que atenten contra la dignidad humana o tengan por objeto menoscabar los derechos y la liber-

41 "Encierran en sus casas a cuatro familias de Oaxaca", *Milenio. Diario*, 27 de octubre de 2005, p. 20. Véase en línea http://www.milenio.com/mexico/nota.asp?id=47279.

42 Véase en línea http://saiverdayari.blogspot.com/2005/09/gay-mexicano-demanda-coca-cola-por.html; y http://www.eluniversal.com.mx/grafico/41305.html.

tades de las personas, como sería el caso de utilizar la información genética de una persona para discriminarla laboralmente o bien para negarle un seguro precisamente para aquellas enfermedades para las cuales tiene una mayor propensión.[43]

Constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población: Amparo en revisión 543/2003.

1. *Antecedentes*

Un nacional y una extranjera —a los que llamaremos *Patrius* y *Peregrina*, respectivamente— interpusieron una demanda de amparo el 24 de julio de 2002 en contra de las *autoridades responsables* de la aprobación, sanción, promulgación, publicación, y refrendo de la Ley General de Población y más concretamente de los artículos 67 y 68, así como de la resolución fechada el 3 de julio de ese mismo año, la cual constituye el primer acto de aplicación de la misma en su perjuicio como *leyes o actos reclamados*. De igual forma, invocaron como garantía violada la consagrada en el artículo 1o. de la Constitución, porque el Juez del Registro Civil se negó a celebrar el matrimonio porque los solicitantes no exhibieron la "autorización" que para tal efecto debe otorgar la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración, de acuerdo con la Ley General de Población.

Antes de continuar es conveniente reproducir los artículos impugnados:

> Artículo 67. Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les permiten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas.

43 Flores, Imer B., "Derecho y genética: Algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre el proyecto del genoma humano", AA.VV., *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética*, México, Comisión Nacional de Bioética y Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998, pp. 278-290.

> Artículo 68. Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación.
>
> En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado.
>
> Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización.

Ahora bien, el juez cuarto de distrito en materia administrativa en el Distrito Federal, a quien por razón de turno le tocó conocer el asunto: primero, admitió la demanda el 26 de julio de 2002; después, en la audiencia constitucional del 9 de septiembre de dicho año dictó sentencia de amparo; y, finalmente, la engrosó el 22 de octubre, misma que concluye con un punto resolutivo único en la negación del amparo y de la protección de la justicia federal a *Patrius* y *Peregrina* por lo expuesto en su considerando cuarto, como veremos en el próximo apartado.

Los quejosos —*Patrius* y *Peregrina*— inconformes con la sentencia dictada interpusieron el recurso de revisión. El Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al cual por turno le tocó conocer el caso: admitió el recurso de revisión y lo registro como R. A. 409/2002; ordenó correr traslado al Ministerio Público Federal; y, resolvió el 5 de marzo de 2003: primero, sobreseer el juicio de garantías por lo que hace al presidente de la República; y segundo, dejar a salvo la jurisdicción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y remitir los autos a ésta.

La Suprema Corte de Justicia, primero, asumió el 19 de marzo de 2003 la competencia originaria para conocer del recurso interpuesto, el cual fue registrado como amparo en revisión 543/2003; después, ordenó el 10 de abril de ese mismo año turnar el asunto;[44] luego, previo dictamen del mi-

44 En el ínterin el Agente del Ministerio Público de la adscripción formuló pedimento número VI-38/2003, en el sentido de considerar inoperantes e infundados los agravios y confirmar la sentencia recurrida.

nistro ponente, ordenó el 26 de agosto radicar el caso en la Primer Sala; más adelante, el asunto fue listado para su discusión y resolución en las sesiones del 24 de septiembre de 2003 y del 7 de enero de 2004, en este última fecha se acordó su retiro para remitirlo al Tribunal Pleno. Finalmente, en la sesión del 20 de abril de ese mismo año, por una mayoría de cinco votos contra cuatro, al encontrarse un ministro de licencia y otro ausente, la Suprema Corte resolvió: primero, modificar la sentencia recurrida; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población; y, tercero, negar el amparo y la protección de la Justicia Federal en contra del artículo 68 de la Ley citada.

2. *Argumentos del juez cuarto de distrito en materia administrativa*

El juez cuarto de distrito al no advertir diversa causal de improcedencia que se actualizara ni que las partes hicieran valer procedió al análisis de los conceptos de violación. Al respecto, en su considerando cuarto, recuerda que los solicitantes de amparo aducen básicamente que los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población son transgresores del principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución federal al establecer que los extranjeros para contraer matrimonio deberán contar con "autorización" de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucede en el caso de los nacionales.

Después de transcribir los artículos impugnados, así como el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, advierte que para poder atender el concepto de inconstitucionalidad era necesario aludir a una tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte:[45]

> *IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la produc-*

45 *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a. C/2001, México, diciembre, 2001, 9a., t. XIV, 192. (El énfasis es original).

ción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica.

Amparo en revisión 1174/99. Embarcadero Ixtapa, S.A. de C.V. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Así, el juez cuarto, con base en este criterio, afirma que la finalidad del concepto de igualdad jurídica es que todos aquellos sujetos que se encuentren en circunstancias idénticas ante la norma no tengan que soportar un perjuicio desigual e injustificado. De lo anterior resulta, que todos aquellos gobernados que satisfacen con absoluta igualdad las condiciones que la propia ley señala, serán iguales ante ésta, lo que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que quienes se ubican en similar situación de hecho.

A continuación alude al hecho de que los quejosos aducían como inconstitucional la condición establecida en los artículos impugnados, la cual exige a los extranjeros que pretenden contraer matrimonio con un nacional obtener la "autorización" que al efecto debe otorgar la Secretaría de Gobernación, a fin de corroborar que el extranjero puede celebrar tal acto, toda vez que la consideraban como violatoria de la garantía de igualdad prevista en la Constitución federal, al no requerir la misma condición a los nacionales que pretenden contraer matrimonio entre sí.

Un poco más adelante alega que la condición no es violatoria de la garantía de igualdad porque el extranjero que quiere contraer matrimonio con un nacional no se encuentra en una circunstancia idéntica a la de los nacionales que pretenden hacerlo y para ello cita primero el artículo 33 constitucional:

> Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.
>
> Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Y, después el artículo 30:

> La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.
>
> A) Son mexicanos por nacimiento:
>
> I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.
>
> II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
>
> III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización; y,
>
> IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.
>
> B). Son mexicanos por naturalización:
>
> I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.
>
> II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Al punto que el Juez de Distrito argumenta que no existe igualdad de condiciones entre los dos nacionales que pretenden contraer matrimonio

y el extranjero que pretende hacerlo con un nacional, pues la misma condición de extranjería de aquél lo sujeta a reglas que implican:

> El sometimiento al control y vigilancia por parte del Estado, la cual aceptaron al introducirse en el territorio nacional, situación que de ninguna forma implica una violación al derecho que dicha persona tienen de gozar de las garantías individuales que goza un nacional, sino que constituye el sometimiento a una regulación distinta, pero con respeto a dichas garantías.
>
> De lo anterior resulta que existe una diferencia entre el matrimonio que se pretende celebrar por los quejosos y aquel que se celebra entre nacionales, dada la calidad migratoria de los primeros, por lo que la condición que se establece en la ley reclamada para la celebración del matrimonio con un extranjero no es transgresora del principio de igualdad, en comparación con los nacionales, en mérito de que se trata de situaciones distintas.

Es más, asegura que al celebrar el matrimonio no solamente se cambia el estado civil de una persona sino que en el caso de un extranjero además se puede provocar un cambio en su calidad migratoria. Por esta razón considera que si el "Estado tienen la facultad de conceder o negar la entrada al país de los extranjeros y por ende es quien otorga las calidades migratorias de que éstos gozan", para que se pueda alterar dicha calidad migratoria —con motivo de un matrimonio— es necesario tener la "avenencia de la autoridad migratoria, ya que fue ella la misma quien permitió su internación al territorio nacional y otorgó (al extranjero) la calidad de inmigrante".

Por ello, concluye "no se estima contraria al Pacto Federal, la condición que establecen los artículos que se impugnan". No obstante, para reforzar el punto asevera "la referida autorización de ninguna forma constituye una prohibición para realizar el acto jurídico que se pretende, en este caso el matrimonio, sino es una medida de control en materia migratoria, específicamente relacionada con la estancia de los extranjeros". Así, apunta:

> No existe trasgresión a la garantía de igualdad a que alude el quejoso, en cuanto a que los artículos impugnados establecen que para contraer matrimonio un extranjero con nacional se deba recabar la constancia de la autoridad correspondiente, lo que no sucede en caso de nacionales, pues evidentemente se esta (*sic*) ante supuestos distintos y además porque la celebración del matrimonio puede influir en un cambio en la calidad migratoria del

> gobernado, situación que constitucionalmente le compete determinar a la propia autoridad.

Así mismo, asienta "tampoco existe trasgresión a la garantía de igualdad… en cuanto a que al no establecer la propia Constitución que los extranjeros para contraer matrimonio con nacional deben contar con la autorización" a que se refieren los artículos impugnados de la Ley General de Población, puesto que la misma Constitución, en su artículo 30, estipula que mediante el matrimonio de un extranjero con un nacional, aquél puede adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización al cumplir "con los demás requisitos que al efecto señale la ley".

En consecuencia, el juez cuarto de distrito resuelve:

> al ser infundados los conceptos de violación aducidos por la parte quejosa, procede negar el amparo y protección de la Justicia Federal solicitados, respecto de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, mismo que se hace extensivo a los actos de aplicación, al no impugnarse por vicios propios.

3. *Contraargumentos de los recurrentes*: Patrius y Peregrina

A partir de los agravios y de la síntesis que de los mismos realizó el ministro ponente podemos afirmar que los contraargumentos de los recurrentes relevantes para el fondo del asunto son básicamente dos:

a) Aplicación indebida de los artículos 67 y 68 de la Ley General de Población, a partir de una incorrecta interpretación del artículo 33 constitucional, por parte del juez de distrito y, con anterioridad, del juez del Registro Civil, la cual no sólo conculca en su perjuicio la garantía genérica de igualdad contenida en el artículo 1o. de la Constitución Federal sino también es discriminatoria, al requerir que los extranjeros para contraer matrimonio con los nacionales deban contar con la "autorización" previa de la Secretaría de Gobernación, lo cual no sucede en el caso de los matrimonios entre nacionales o entre extranjeros; y

b) Regulación excesiva de la vida privada hasta el extremo de que sea la autoridad la que determine si hay "autorización" o no para celebrar un negocio jurídico de la naturaleza del matrimonio, con lo cual se podría llegar al absurdo de que la voluntad de los contrayentes se viera frustrada por una negativa de la autoridad migratoria, para realizar un acto de naturaleza eminentemente personal y privada.

4. *Considerandos y resolutivos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus considerandos: primero, se declaró competente para conocer del recurso de revisión; segundo, reprodujo los agravios expresados por el quejoso; tercero, reseñó los antecedentes del acto reclamado y sintetizó los agravios; cuarto, precisó, después de citar los dos artículos impugnados, que en realidad se impugna la constitucionalidad del segundo, a saber el 68 de la Ley General de Población; y, quinto, procedió a analizar la constitucionalidad del mismo.

Por una parte, en el considerando cuarto, la Suprema Corte anota que el artículo 67 impugnado establece el *requisito genérico* de contar con el *permiso especial* de la Secretaría de Gobernación, para realizar algún acto o contrato ante cualquier autoridad del país, cuando los extranjeros no acrediten que su condición y calidad migratoria les permite celebrar el acto o contrato de que se trate. En cambio, el artículo 68 reclamado estipula el *requisito específico* de contar con la *autorización* de la Secretaría de Gobernación para el caso de matrimonio de extranjeros con mexicanos.

En el caso concreto lo que es tildado de inconstitucional es el requisito específico, es decir la "autorización" para celebrar un matrimonio, y no el requisito genérico, esto es el permiso especial para realizar algún acto o contrato. En consecuencia, se actualiza la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo, respecto al artículo 67 de la Ley General de Población, ya que tal precepto aunque fue citado en la resolución del Juez del Registro Civil que contienen la negativa a celebrar el matrimonio no fue aplicado ni afecta el interés jurídico de los quejosos. Por lo cual, sobre este punto, procede sobreseer con fundamento en la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo, y en apoyo a lo anterior cita la tesis "LEYES HETEROAPLICATIVAS, AMPARO CONTRA. PARA QUE SE DEMUESTRE QUE SE APLICARON NO BASTA QUE SE CITEN LAS NORMAS RECLAMADAS, SINO QUE ES NECESARIO QUE SE ACTUALICEN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN ELLAS".[46]

Por otra parte, en el considerando quinto, la Corte apunta, al analizar la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley General de Población, que

[46] *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, p. LXVII/96, México, mayo, 1996, 9a., t. III, p. 113.

los jueces u oficiales del Registro Civil para poder celebrar actos en los que intervengan extranjeros deberán exigir de éstos: 1) la *comprobación* previa de su legal estancia en el país, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción; y 2) la *autorización* de la Secretaría de Gobernación, en el caso de matrimonios con mexicanos.

Es este último requisito el que los quejosos impugnan de inconstitucional por estimar que viola el principio de igualdad consagrado en el artículo 1o. de la Constitución federal. Al respecto argumentan que la disposición reclamada no trata igual a los iguales y exige requisitos mayores de los previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, que establece como únicos requisitos el consentimiento y la edad núbil.

Por un lado, después de invocar el artículo 1o. de la Constitución Federal y la tesis, ya citada IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO,[47] donde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado el alcance de la garantía de igualdad contenida en dicho precepto constitucional, señala que se debe poner de manifiesto que:

> El principio de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico mexicano, que sirve de criterio básico para la producción normativa a cargo del legislador y de la posterior interpretación y aplicación de las disposiciones legales, para que con base en dicho principio, los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentren en igual situación de hecho, deben ser tratados de la misma manera, lo que a su vez implica que quienes se encuentren en una situación jurídica distinta, no pueden ser tratados de igual modo.
>
> Por lo tanto, debe entenderse que el principio de igualdad busca colocar a los particulares en condiciones de tener acceso a los derechos constitucionalmente protegidos, pero ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución Federal protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, al mismo tiempo está reconociendo la existencia de desigualdades económicas, materiales o de otra índole, que conducen a aceptar que no puede ser absoluta e ilimitada.

En pocas palabras, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que debe entenderse que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, la cual

47 *Supra* IV. 2. B.

"debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación objetiva y razonable".

> Por lo tanto, debe concluirse que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas.

Por otro lado, respecto a lo que debemos entender por la "autorización", a la que alude el precepto reclamado, para la Corte es un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un obstáculo jurídico establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, para poder ejercer el derecho correspondiente.[48] No obstante, los quejosos aducen que dicha "autorización" viola la garantía de igualdad al establecer un requisito más para el extranjero que pretende contraer matrimonio con un nacional. En pocas palabras:

> El principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio o privarse de un beneficio, sin una justificación razonable y objetiva; por lo que no toda desigualdad de trato ante la ley, implica vulnerar la garantía de igualdad, ya que ésta exige que a iguales supuestos de hecho se asignen iguales consecuencias jurídicas, pero no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas que resulten artificiosas e injustificadas, es decir, que a situaciones jurídicas diversas deberá corresponder un tratamiento diferente.

Después de transcribir los artículos 30 y 33 constitucionales, concluye que el propio Constituyente estableció el distingo al determinar de un lado la calidad de mexicano y del otro la de extranjero "Por lo tanto, si la igualdad consiste en que a igual situación de hecho debe corresponder igual trato, y viceversa, a situaciones dispares debe corresponder un trato diferente, se concluye que en el caso a estudio no existe violación a la garantía de igualdad". Al respecto, concluye:

48 Sobre la naturaleza de la "autorización", nos pronunciaremos un poco más adelante: *Infra* IV, 2. F.

> Aunque es cierto que el artículo reclamado introduce un trato diferenciado para los extranjeros, ello obedece a que la norma está llamada a proyectarse sobre situaciones jurídicas desiguales de hecho, pues desde el punto de vista jurídico existe diferencia entre un nacional y un extranjero, por ende es lógico que ante una diversa situación jurídica corresponda un diferente tratamiento; es decir, si uno de los sujetos a quien está dirigida la norma no cuenta con la calidad de mexicano, no es jurídicamente factible que se le trate como tal.
>
> Lo anterior es así pues si se colocara en pie de absoluta igualdad a los extranjeros y a los nacionales, la distinción prevista en los artículos 30 y 33 no tendría razón de ser, de donde se sigue que la desigualdad de trato establecida por el artículo 68 de la Ley General de Población, no es artificiosa ni arbitraria, pues esa diferencia proviene directamente del texto constitucional.

Una vez realizadas todas estas consideraciones, la Suprema Corte por una mayoría de cinco votos contra cuatro resolvió que dicho artículo no vulnera la garantía de igualdad y que consecuentemente resultan infundados los agravios de los recurrentes. Así, en sus resolutivos: primero, modifica la sentencia recurrida; segundo, sobresee el juicio respecto del artículo 67 de la Ley General de Población; y, tercero, no ampara ni protege a los recurrentes respecto de los actos y autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población.

5. *Voto de la minoría*[49]

El voto de la minoría de los cuatro ministros cuenta con un párrafo, el cual sirve de preámbulo para adelantar que discrepan con el "sentido de la sentencia aprobada con los votos de la mayoría, y de los argumentos en los que se fundamenta" porque en su opinión al Pleno "le correspondía… conceder el amparo a los quejosos contra la aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población",[50] y seis apartados donde exponen sus consideraciones.

En el primero, insisten que "el principio de igualdad se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del

49 El voto de la minoría apareció publicado como: Sergio Salvador Aguirre Anguiano *et al*., "Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional", *Este País*, núm. 163, octubre, 2004, pp. 36-44.

50 *Ibidem*., p. 36.

orden jurídico". Después de mencionar algunas de las referencias al principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, así como de aclarar que la enumeración no es exhaustiva sino ejemplificativa, concluye:[51]

> La igualdad es un principio complejo que otorga a las personas no solamente la garantía de que serán iguales ante la ley —esto es, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia— sino también en la ley —esto es, en relación con el contenido de la ley—, la cual tendrá que ajustarse a las disposiciones constitucionales sobre igualdad para ser constitucional.

Aun cuando caen en el error de entender el principio de igualdad como el "principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales", el cual corresponde como ya vimos más bien al principio aristotélico de justicia, afirman que a pesar de estar prohibida la discriminación, no toda diferenciación o distinción es negativa e injustificada. De hecho, "en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido".[52]

En el segundo, asientan que es necesario explicitar con base en qué criterios y con qué fines debe considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones, para precisar la diferencia entre las distinciones que son constitucionalmente legítimas y las ilegítimas que caen dentro de la prohibición de discriminación. Para ello, es necesario analizar si la distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación.

Por ende, debemos examinar: en primera instancia, "si la distinción introducida por el legislador obedece a una *finalidad objetiva y constitucionalmente válida*"; en segundo lugar, "la *racionalidad o adecuación* de la distinción introducida por el legislador", es decir que la distinción "constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar"; y, en tercer término, "debe cumplirse el requisito de la *proporcionalidad* de la medida legislativa", esto es que el legislador "debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida".[53] En otras palabras, el hecho de que esté prohibida la discriminación no implica que al legislador le esté vedado

51 *Idem*.
52 *Idem*.
53 *Ibidem*, p. 37. (El énfasis es original).

formular distinciones, siempre y cuando cuente con una justificación objetiva y razonable.

En el tercero, aseveran que la pregunta a resolver era:

> ¿tiene o no un fundamento objetivo y razonable que la Ley General de Población exija la autorización previa de la Secretaría de Gobernación en el caso de los matrimonios entre un ciudadano mexicano y una persona extranjera, misma que no se exige cuando los contrayentes gozan los dos de nacionalidad mexicana o de nacionalidad extranjera?[54]

Cabe adelantar que para ellos la respuesta es negativa y, en consecuencia, que el artículo en cuestión es inconstitucional y que se debería haber amparado a los dolientes: *Patrius* y *Peregrina*.

En el cuarto, alegan que el artículo 68 establece una distinción entre dos grupos de matrimonios: aquellos en los cuales los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, por un lado, y los matrimonios en los que uno de los contrayentes es mexicano y el otro extranjero, por el otro. Es más, los funcionarios del Registro Civil tienen el deber de exigir, al último grupo de matrimonios, la "autorización" de la Secretaría de Gobernación como requisito previo a la celebración del matrimonio "requisito que no se exige cuando los contrayentes son ambos mexicanos o ambos extranjeros, y que se adiciona a la obligación de dichos funcionarios de comprobar la legal estancia en el país de las personas extranjeras".[55]

Aunado a lo anterior, argumentan que si bien la Constitución no reconoce de manera explícita el derecho a casarse como un derecho fundamental, si lo hace de modo implícito al afirmar en el artículo 4o. "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". En pocas palabras, además de que la diferenciación legislativa está basada en uno de los motivos prohibidos de la discriminación, a saber el origen nacional, violenta un ámbito estrechamente vinculado con la dignidad humana al afectar la esfera de la más íntima individualidad de las personas.

En el quinto, analizan si la distinción está justificada al examinar uno a uno los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad:

a) Para contestar cuál era la finalidad objetiva recurrieron a la exposición de motivos para concluir que la "autorización" tiene por objeto "im-

54 *Ibidem*, p. 38.
55 *Ibidem*, p. 39.

pedir que personas de mala voluntad o, simplemente, personas no movidas por el deseo de contribuir al esfuerzo por el desarrollo del país y deseosos de compartir experiencias, instituciones y propósitos con los mexicanos, utilicen el matrimonio con un mexicano como medio para adquirir la nacionalidad mexicana".[56] No convencidos se cuestionaron si este era un objetivo constitucionalmente importante al grado de permitir la restricción de un derecho fundamental, pero al final de cuentas admitieron:[57]

> El interés del Estado por monitorear de algún modo a las personas que adquieran la nacionalidad mexicana, la cual les permitirá, entre otras cosas, ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos, es constitucionalmente válido. Las medidas gubernamentales encaminadas a impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana por la vía del matrimonio es, a la luz de lo dispuesto en los artículos citados, un objetivo que goza de apoyo constitucional.

b) Al responder a la pregunta de si la distinción está racionalmente vinculada con los fines constitucionalmente válidos, consideran que tal conexión no se produce. En primerísimo lugar, advierten que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta puede adquirirse por otros medios que no tienen nada que ver con el matrimonio con un ciudadano mexicano. Además, sostienen que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con tales fines, al grado que su efectividad es muy dudosa, sobre todo si se toma en consideración que la distinción es sospechosa de por sí y aún más al incidir "en el ejercicio de derechos vitales para las personas".[58]

c) Si de por sí, la falta de adecuación o eficacia les parece suficiente, estudian la proporcionalidad y concluyen que ésta también falta: en primera instancia, se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental pero dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque "muchas

56 *Ibidem*, p. 40.
57 *Ibidem*, p. 42.
58 *Ibidem*, p. 43.

personas se casan con mexicanos, pero no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana"; en segundo lugar, existen otras "alternativas menos gravosas" como sería aplicar todo tipo de controles en el momento de procesar las solicitudes de naturalización; y, finalmente, en tercer término, porque no se incluye ningún tipo de previsiones que podrían suavizar la limitación, porque la ley guarda silencio al respecto y deja la "autorización" a la entera discreción de la autoridad competente.[59]

En el sexto, para concluir, solamente precisa que al declarar la inconstitucional el artículo 68 de la Ley General de Población, no se tendría porque declarar "inconstitucionales todos aquellos preceptos que prevén autorizaciones de la Secretaría de Gobernación" o de cualquier otra institución pública cuando los extranjeros desean realizar cierto tipo de actos o actividades.[60]

6. *Análisis crítico de la sentencia*

Estamos de acuerdo con el razonamiento de la mayoría, como mencionamos antes, no solamente en el sentido de que no se impugna el requisito *genérico* establecido en el artículo 67 sino el *específico* estipulado en el numeral 68 de la Ley General de Población, en la parte que requiere de la "autorización" de la Secretaría de Gobernación, sino que además —al no vulnerar éste la garantía de igualdad prevista en el artículo 1o. de la Constitución— los agravios de los recurrentes resultan ser infundados.

Así, coincidimos por completo con la técnica jurídica reflejada en los tres puntos resolutivos: primero, modificar la sentencia recurrida, porque no se niega el amparo y la protección de la justicia federal contra los dos artículos sino sólo contra el último por ser el aplicable al caso concreto; segundo, sobreseer el juicio respecto del artículo 67, por no ser aplicable al caso concreto; y, tercero, no amparar ni proteger a los recurrentes —*Patrius* y *Peregrina*— respecto de los actos y autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del artículo 68 de la Ley General de Población, en la parte relativa a requerir la "autorización" de la Secretaría de Gobernación, para poder celebrar un matrimonio entre un nacional y un extranjero.

59 *Ibidem*, pp. 43 y 44.
60 *Ibidem*, p. 44.

Huelga decir que la palabra *autorización* no es del todo afortunada —además de estar afectada por la ambigüedad proceso-resultado— parece sugerir que la autoridad puede aprobar o no la celebración del matrimonio. Al grado tal que para la Corte:

> La autorización administrativa a que alude el precepto reclamado es un acto de autoridad que tiene por objeto levantar o remover un obstáculo jurídico establecido por el legislador en la norma legal, por razones de interés público, a fin de que el particular pueda ejercer su derecho sin restricciones.
>
> De esta suerte, el objeto de la autorización es remover el obstáculo jurídico que impide el ejercicio de un derecho preexistente, que se encontraba limitado o condicionado, por razones de interés público, pero que una vez cubiertos los requisitos marcados en la propia ley, el particular obtiene la autorización para realizar el acto jurídico de mérito, ya sin ninguna restricción.

Sin embargo, consideramos que no se trata de levantar o remover un "obstáculo jurídico", porque en ningún lado se hace referencia al mismo ni mucho menos se trata de una prohibición expresa, como sería en el caso de los títulos nobiliarios, los cuales según lo previsto por el artículo 12 de la Constitución Federal están en principio prohibidos "En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país".

No obstante, estos últimos, *i.e.* los otorgados por otro país, podrán ser aceptados previa *autorización* del Senado de la República, siempre y cuando no impliquen ningún tipo de subordinación al otro país. Más bien, en el caso de la antedicha "autorización" se trata de reconocer el derecho que tienen por cumplir con ciertas condiciones o reunir determinadas características y no caer en ninguna de las prohibiciones establecidas.

Entonces la pregunta obligada es cuál sería la naturaleza de esta "autorización". Por sus posibles consecuencias o efectos está clarísimo que no se trata de un *aviso*, como sería el caso del aviso de cambio de domicilio, sino más bien de un *permiso*, como sería el caso del permiso para portar armas o para cazar, mismo que la autoridad debe conceder a quienes lo soliciten y cumplan con ciertas condiciones o reúnan determinadas características y no caigan en alguna de las prohibiciones establecidas.

Para reforzar lo dicho, aunque la Ley General de Población, en su artículo 68, y su Reglamento, en el numeral 157, se refieren a la "autorización", ésta se encuentra enlistada en la página del Instituto Nacional de Migración —entre los servicios migratorios ordinarios por los cuales se deben pagar derechos— como "Permiso para contraer matrimonio con un nacional".[61] Al respecto, consideramos más que oportuno reproducir el artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población:

> La autorización para que los extranjeros y extranjeras puedan contraer matrimonio con mexicana o mexicano, a que se refiere el artículo 68 de la Ley, quedará sujeta a las siguientes disposiciones:
>
> I. Deberán solicitarla a las autoridades migratorias por escrito, el extranjero o su representante, debiendo presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país. Los matrimonios que se realicen por poder, estarán sujetos a la expedición del permiso previo de la Secretaría;
>
> II. La petición deberá ser apoyada por el presunto contrayente mexicano o mexicana, quien deberá acreditar su nacionalidad, y
>
> III. La autorización se otorgará por una validez hasta de treinta días a partir de su expedición, pero no podrá rebasar la temporalidad indicada en el documento migratorio, para permanecer en el país.

Consideramos que como actos de aplicación la negativa de dicha "autorización" por parte de la Secretaría de Gobernación si podría dar lugar a una discriminación. Supongamos que se les concede a los extranjeros que son nacionales de unos países y se les niega a los de otros, sin apelar a ningún criterio más allá de su origen nacional, lo cual no sería cierta-

[61] Si bien es entendible que bajo el concepto de derechos por estudio y trámite el Estado mexicano pueda cobrar una cierta cantidad: $2,131.73 pesos por el "Permiso para contraer matrimonio con un nacional", y $4,213.25 pesos por el "Certificado para realizar trámites judiciales o administrativos con propósitos de divorcio o de nulidad de matrimonio con nacional mexicano". No es explicable ni se justifica cobrar más y hasta casi el doble por los derechos relacionados por el certificado previo a la tramitación judicial o administrativa de un divorcio o de la nulidad de matrimonio, en comparación con los del matrimonio mismo. Fuente http://www.inm.gob.mx/paginas/241300.htm (página consultada el 31 de enero de 2006). Por supuesto que la diferencia entre ambos da lugar a sospechas, habría que cuestionar si no es inconstitucional y como tal violatoria del artículo 1o. de la Constitución, así como del numeral 17 al condicionar el acceso a la justicia a la adquisición de esta certificación, pero eso ya es harina de otro costal. (Le agradezco este ultimo punto sobre el acceso a la justicia a Miguel Rábago Dorbecker).

mente un criterio objetivo y razonable sino un mero prejuicio subjetivo e irrazonable. Cosa muy diferente sería negar dicha "autorización" a un extranjero —sin importar su nacionalidad— cuando éste es, por ejemplo, considerado como un delincuente en su país y hay una solicitud de extradición en su contra, o bien por tratarse de un extranjero pernicioso o *non grato*.

De igual forma la "autorización" se debe otorgar por treinta días, salvo que en el ínterin se cumpla la temporalidad indicada en el documento migratorio para permanecer legalmente en el país, de lo contrario podría dar lugar también a un trato discriminatorio. Así mismo, tanto la no respuesta como la demora o tardanza en la formulación de la misma sería violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. de la Constitución. Al respecto, cabe traer a colación un criterio reciente del Primer Tribunal Colegiado en materias penal y administrativa del Vigésimo Primer Circuito, con número de registro 177,628 derivado del Amparo en revisión 225/2005, donde sistematiza varias tesis aisladas en la materia:[62]

> DERECHO DE PETICIÓN, SUS ELEMENTOS. El denominado "derecho de petición", acorde con los criterios de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, es la garantía individual consagrada en el artículo 8o. constitucional, en función de la cual cualquier gobernado que presente una petición ante una autoridad, tiene derecho a recibir una respuesta. Su ejercicio por el particular y la correlativa obligación de la autoridad de producir una respuesta, se caracterizan por los elementos que enseguida se enlistan: A. La petición: debe formularse de manera pacífica y respetuosa; ser dirigida a una autoridad, y recabarse la constancia de que fue entregada; además de que el peticionario ha de proporcionar el domicilio para recibir la respuesta. B. La respuesta: la autoridad debe emitir un acuerdo en breve término, entendiéndose por éste el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla; tendrá que ser congruente con la petición; la autoridad debe notificar el acuerdo recaído a la petición en forma personal al gobernado en el domicilio que señaló para tales efectos; no existe obligación de resolver en determinado sentido, esto es, el ejercicio del derecho de petición no constriñe a la autoridad ante quien se formuló, a que provea necesariamente de conformidad lo solicitado por el promovente, sino que está en libertad de resolver de conformidad con los ordenamientos legales que resulten aplicables al caso; y, la respuesta o trámite que se

62 *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, 1o., p. A. 36 A, México, agosto, 2005, 9a., t. XXII, 1897.

> dé a la petición debe ser comunicado precisamente por la autoridad ante quien se ejercitó el derecho, y no por autoridad diversa, sin que sea jurídicamente válido considerar que la notificación de la respuesta a que se refiere el segundo párrafo del artículo 8o. constitucional se tenga por hecha a partir de las notificaciones o de la vista que se practiquen con motivo del juicio de amparo.

En relación con la expresión "breve término" y su interpretación, es menester destacar que a pesar de adoptar una estrategia casuística, no para cada caso concreto sino para cada tipo de petición específica, al entender "por éste (*i.e*. breve término) el que racionalmente se requiera para estudiar la petición y acordarla", hay un plazo genérico de cuatro meses que en ninguna circunstancia podría excederse:[63]

> PETICIÓN. TERMINO PARA EMITIR EL ACUERDO. La tesis jurisprudencial número 767 del Apéndice de 1965 al Semanario Judicial de la Federación, expresa "Atento lo dispuesto en el artículo 8o. de la Constitución, que ordena que a toda petición debe recaer el acuerdo respectivo, es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo constitucional". De los términos de esta tesis no se desprende que deban pasar más de cuatro meses sin contestación a una petición para que se considere transgredido el artículo 8o. de la Constitución Federal, y sobre la observancia del derecho de petición debe estarse siempre a los términos en que está concebido el repetido precepto.

En pocas palabras —respecto al tema que nos ocupa— en tanto que no haya un criterio *específico* para saber cuál es el "breve término" aplicable a la "autorización", bastaría con apelar al *genérico* de cuatro meses como límite.

En otro orden de ideas, estimamos que el artículo 68 —al igual que el 67— podría ser discriminatorio, pero en una parte diferente a la impug-

63 *Apéndice 1917-1995*, tesis 132, 2a. Sala, t. III, primera parte, 90. (Esta misma tesis aparece también bajo el rubro "Derecho de petición"). Véase "Breve Termino" a que se refiere el artículo 8o. constitucional, que debe entenderse por", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, julio, 1993, 8a., t. XII, 167; "Petición, derecho de. Termino", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, marzo, 1993, 8a., t. XI, 331; y, "Derecho de petición. Que debe entenderse por breve término y cual es aquel en que la autoridad debe dictar el acuerdo respectivo y darlo a conocer al peticionario", *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, octubre, 1992, 8a., t. X, p. 318.

nada, a saber: al requerir además la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país, en general, y para poder celebrar algún acto ante los jueces del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento en tiempo y de defunción, en particular. El problema es que la ley parece presumir que los extranjeros, a diferencia de los nacionales, están ilegalmente en el país, lo cual ciertamente constituiría *prima facie* un trato discriminatorio. Lo único que faltaría sería confirmar que ese trato no está justificado al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

De tal suerte, se podría alegar que el juez del Registro Civil al pretender comprobar la estancia legal en el país también violentaría la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución, para "viajar por su territorio… sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes". No obstante, ese mismo numeral contempla que el ejercicio de dicha libertad "estará subordinado a las facultades… de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

Al respecto habría al menos dos posibilidades: por un lado, saber si requerir la comprobación de la legal estancia es violatorio —o no— de la libertad de tránsito; y, por el otro, saber si ésta sería una limitación legítima cuando la realiza ya no la autoridad migratoria sino el juez del Registro Civil. Independientemente de cual(es)quiera que sea(n) la(s) respuesta(s) a la(s) pregunta(s) y sin prejuzgar sobre si este último es —o no— una autoridad administrativa, consideramos que el trato por sí sólo resulta ser discriminatorio y como tal injustificado, al no cumplir cabalmente —como veremos un poco más adelante— con los criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad.

Con relación al voto de minoría, estamos de acuerdo con casi todo lo que dice en las dos primeras partes. No sólo acerca del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación, así como que no toda diferenciación o distinción está prohibida *per se* sino que algunas están permitidas e inclusive algunas requeridas sino también sobre la metodología aplicada para poder identificar una diferenciación o distinción legítima de una discriminación ilegítima, a partir de tres criterios: *objetividad*, al configurar una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; *racionalidad*, al constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perse-

guido; y, *proporcionalidad*, al cuidar que exista un balance adecuado entre el trato desigual, de un lado, y el fin y sus medios, del otro.

Sin embargo, diferimos respecto a que la diferenciación o distinción introducida por el artículo 68 al requerir la "autorización" sí tiene un fundamento objetivo, racional y proporcional, cuando para la minoría de los ministros solamente cumple con el primero de los requisitos pero no con los otros dos. Antes de proseguir, conviene recalcar el hecho de que la diferenciación o distinción entre matrimonios celebrados por nacionales entre sí o por extranjeros entre sí, y por nacionales y extranjeros, deriva lógicamente de la diferenciación o distinción entre nacionales, *i.e.* mexicanos, y extranjeros. Por lo anterior, resulta que no es artificiosa ni injustificada porque además ésta está consagrada en el propio texto constitucional, en sus artículos 30 y 33.

Si bien la Constitución afirma en su artículo 1o. "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo —sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros— gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". En su artículo 30 define quienes son mexicanos, ya sea por nacimiento o por naturalización, en tanto que en la primera línea del artículo 33 precisa "Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30". A la sazón: la de ser mexicanos por nacimiento o por naturalización.

A continuación explícitamente reconoce: "Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución". No obstante, también expresamente señala "el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente".

Con independencia de que esta medida y las demás relacionadas con los extranjeros pueden resultar ser bastante iliberales y hasta aplicadas de forma arbitraria o hasta autoritaria, al estar consagradas en nuestra carta magna y manifestadas las reservas correspondientes a los tratados internacionales celebrados por México, resulta que estas medidas son un ejercicio legítimo del imperio del Estado mexicano en aras del interés público, en general, y de la defensa de la seguridad nacional, en particular, al menos en tanto que no sea reformada la Constitución o retirada la reserva.

Aun cuando, los extranjeros tienen derecho a las garantías que reconoce la Constitución, ella misma instituye en qué casos y bajo qué condi-

ciones éstas podrán restringirse, tales como el no requerir juicio previo para hacer abandonar del país a un extranjero pernicioso. O bien, la restricción genérica contemplada en el segundo párrafo del artículo 33 constitucional "Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país". Esta restricción explica —aunque no justifica— por qué solamente los ciudadanos de la república pueden ejercer el derecho de petición y el derecho de asociación o reunión para asuntos políticos del país, tal como lo consagran los artículos 8o. y 9o. constitucionales, respectivamente.

Ahora bien, habíamos adelantado que la minoría concede: a) la *objetividad* de la diferenciación o distinción para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y para impedir que personas no movidas por el deseo de contribuir al desarrollo del país y de compartir experiencias y propósitos con los mexicanos, adquieran la nacionalidad mexicana a la larga por la vía del matrimonio.[64]

No obsta lo anterior, en su opinión, para negar: b) la *racionalidad* de la misma. Al advertir que el matrimonio con mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana, pues ésta no es la única forma de adquirirla. Así mismo, al sostener que la introducción de este requisito no garantiza que se cumpla con los fines de monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana ni de impedir que algunas personas la adquieran, en especial, toda vez que la diferenciación o distinción incide en el ejercicio de un derecho fundamental.[65]

Por otra parte, rechaza que se cumpla con: c) la *proporcionalidad*, al concluir que se impone una limitación muy grave a un derecho fundamental y que dicha restricción es irrelevante para el fin apetecido, porque muchas personas que se casan con mexicanos no solicitan en ningún momento la nacionalidad mexicana. Asimismo, porque existen otras alternativas "menos gravosas" como sería aplicar todo tipo de controles pero en el momento de procesar las solicitudes de naturalización; y, porque no se incluye ningún tipo de previsiones para suavizar la limitación, al dejar la "autorización" a la entera discreción de la autoridad competente.[66]

64 Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, *et al*., "Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional", *op. cit*., nota 48, pp. 40-42.

65 *Ibidem*, pp. 42 y 43.

66 *Ibidem*, pp. 43 y 44.

Al respecto, ofrecemos dos comentarios como contaargumentos de lo sostenido en el voto de minoría en lo relativo a los incisos b) y c): Primero, el hecho de que el matrimonio con un mexicano no sea condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana ni mucho menos la única vía para hacerlo no quiere decir que sea irracional requerir dicha "autorización" para aquellos casos en que el matrimonio con un nacional pueda abrir la puerta para que un extranjero adquiera la nacionalidad mexicana por naturalización, sobre todo porque los fines de monitorear a las personas que podrán adquirirla y, en su caso, impedir que algunas la adquieran son considerados como objetivamente justificados. Además, el hecho de que la "autorización" incida en el ejercicio de un derecho fundamental —al conceder que el varón y la mujer tienen un derecho a fundar una familia y, en consecuencia, a casarse— no implica que dicho derecho sea anulado o cancelado, como tampoco sucede al tener que cumplir con los demás requisitos.

Segundo, el hecho de que se introduzca una limitación y que ésta sea aparentemente irrelevante para impedir que algunos extranjeros adquieran la nacionalidad mexicana, porque el matrimonio con nacional no es la única vía para adquirirla, no quiere decir que la restricción no sea del todo relevante. Baste recordar que la propia minoría concedió el interés legítimo del Estado para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana como constitucionalmente objetivo, no por la adquisición en sí sino porque ésta les permitirá… "ejercer derechos políticos, ocupar ciertos cargos reservados por la Constitución y las leyes a los mexicanos y *salir del ámbito de aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos*".[67]

Es más, la idea de aplicar todo tipo de controles al momento de procesar las solicitudes de naturalización podría ser violatoria de la garantía de igualdad porque se podría dar el mismo trato a dos casos diferentes, al de un extranjero y al de un extranjero casado con un nacional, cuando la distinción entre ambos supuestos está consagrada en la propia Constitución, en el artículo 30, en el inciso B), fracciones I y II, respectivamente.

De igual forma, el hecho de que la "autorización" parezca quedar a la discreción de la autoridad administrativa no quiere decir que esta pueda actuar de forma arbitraria, porque su resolución deberá obedecer a criterios objetivos y razonables, no a meros prejuicios subjetivos e irrazona-

67 *Ibidem*, p. 42. (El énfasis es nuestro).

bles para no ser discriminatoria como ya referimos. Así mismo, debe resolverse, en tanto que no se establezca un criterio específico, en un plazo no mayor de cuatro meses conforme al precedente genérico para no ser violatoria del derecho de petición consagrado en el artículo 8o. constitucional.

Por lo tanto, resulta que la "autorización" requerida por el artículo 68 de la Ley General de Población es constitucional al constituir una diferenciación o distinción justificada —y no una discriminación injustificada— al cumplir con los criterios de objetividad, racionalidad, y proporcionalidad. Así, la diferenciación o distinción es:

a) *Objetiva* para monitorear a las personas que podrán adquirir la nacionalidad mexicana y, en su caso, impedir que algunas puedan adquirir la nacionalidad a la larga por la vía del matrimonio;

b) *Racional* para cumplir con tales fines a pesar de que el matrimonio con un nacional no es la única forma de adquirir la nacionalidad mexicana y que la "autorización" incide en el ejercicio de un derecho pero ciertamente no lo anula ni cancela, ni mucho menos deja en estado de indefensión a los ciudadanos en espera indefinidamente de la misma; y,

c) *Proporcional* para mantener un balance entre el trato desigual y la finalidad perseguida y sus medios, en especial, puesto que no está en juego nada más la adquisición de la nacionalidad mexicana sino que el hecho de adquirirla le permitirá al extranjero ejercer derechos políticos reservados a los ciudadanos mexicanos, pero sobre todo sustraerse de la aplicación de las medidas que pueden adoptarse contra los extranjeros perniciosos.

Por último, en lo referente a exigir la *comprobación* previa de la legal estancia del extranjero en el país para los casos que requieren la "autorización", ya habíamos adelantado que constituye no una mera redundancia sino un verdadero trato discriminatorio injustificado por sí mismo, porque no cumple con los tres criterios de objetividad, racionalidad y proporcionalidad, al no observar cabalmente los dos últimos.

En el supuesto sin conceder que la diferenciación o distinción de trato que exige tal comprobación sea *objetiva*, al configurar una finalidad válida, *i.e.* requerir que los extranjeros comprueben previamente estar legalmente en el país para que puedan celebrar algún acto ante los jueces u oficiales del Registro Civil, con excepción de los registros de nacimiento

en tiempo y de defunción, habría que preguntarse si está diferenciación o distinción es racional y proporcional para los casos en que se requiere la "autorización" de la Secretaría de Gobernación, por conducto del Instituto Nacional de Migración.

De un lado, es *irracional* al no constituir un medio adecuado para conseguir el fin u objetivo perseguido: ¿Serán los jueces u oficiales del Registro Civil los indicados para comprobar la legal estancia del extranjero en el país? ¿No sería mejor que fueran las autoridades migratorias las que lo hicieran: en especial, cuando en el caso de la "autorización" para contraer matrimonio se requiere de la participación de éstas, ante las cuales el extranjero o su representante debe acreditar su legal estancia en el país? Baste recordar que la fracción I, del ya citado artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población, contempla que para solicitar la "autorización" se debe "presentar la documentación migratoria para acreditar su legal estancia en el país".

Del otro, es *desproporcionada* al no existir un balance adecuado entre el trato desigual, y el fin y sus medios, sobre todo porque la misma Ley establece dos excepciones: para los registros de nacimiento en tiempo y de defunción. Claro está que las dos excepciones al ser consecuencia de hechos jurídicos —nacimiento y muerte— no implican la celebración de ningún acto jurídico y como tales no requieren de la comprobación de la legal estancia en el país del extranjero para poder celebrarse. De tal suerte que la comprobación tiene la función de verificar no tanto la legal estancia en el país como la capacidad jurídica para realizar ciertos actos. De lo contrario, si comprobar la legal estancia fuera una razón por sí sola no habría ninguna excepción.

Lo anterior sugiere que la objetividad de la diferenciación o distinción está en comprobar si los extranjeros, al igual que los nacionales, pueden celebrar el acto en cuestión más que si están legalmente en el país. Con lo cual el requerir la comprobación previa de la legal estancia pasa a un segundo término y, por ello, resulta desproporcionada. Especialmente, cuando bastaría con requerir la comprobación previa de su capacidad para realizar el acto en cuestión, requisito genérico que tendrían que cumplir tanto nacionales como extranjeros, e incluso la "autorización", misma que presupone —como vimos— la acreditación de la legal estancia en el país conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 157 del Reglamento de la Ley General de Población.

V. Conclusión

Para tomar la igualdad seriamente es imperativo discriminar no sólo la igualdad de qué y entre quiénes para constatar que al menos la igualdad jurídica *ante* y *en* la ley, así como la igualdad en derechos políticos o libertades públicas, se puede y debe garantizar a todos por igual sino también la discriminación al diferenciar o distinguir la negativa e injustificada de la positiva y justificada, así como al prohibir la primera como una discriminación injustificada y al permitir la segunda como una diferenciación o distinción justificada e inclusive requerir de éstas para remediar los excesos de aquéllas.

Así mismo, no basta con consagrar el principio de la prohibición de la discriminación a nivel constitucional sino que además es necesario hacer una revisión exhaustiva de todo el ordenamiento jurídico, incluida la materia migratoria, para cumplir con las obligaciones de no introducir regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas discriminatorias.

Sin embargo, para tal efecto también es forzoso desarrollar criterios interpretativos que permitan identificar cuándo estamos ante una discriminación injustificada y cuándo ante una diferenciación o distinción justificada, así como ponerlos a prueba constantemente. En este orden de ideas, a partir del amparo en revisión 543/2003, en el cual la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el artículo 68 de la Ley General de Población era constitucional, recordamos que la minoría procedió a desenrollar un triple criterio que deben reunir las diferenciaciones o distinciones para no ser violatorias de la garantía genérica de igualdad ni de la prohibición específica de no discriminar: 1) objetividad; 2) racionalidad; y 3) proporcionalidad.

Si bien, la minoría consideraba que en el caso concreto no se cumplía con los dos últimos criterios, estimamos que la parte impugnada no era discriminatoria y por ende no era inconstitucional. No obstante, había otra parte de ese mismo artículo, una que no fue impugnada y que por lo mismo no fue analizada que cuando es requerida, al menos para los casos de la "autorización", no cumple cabalmente con los tres criterios establecidos por el voto de la minoría.

ACCIONES POSITIVAS: ORÍGENES, CONCEPTUALIZACIÓN Y PERSPECTIVAS[1]

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dimensión histórica y formación de la acción positiva: el ordenamiento jurídico norteamericano*. III. *Las acciones positivas*. IV. *Recomendaciones para la implementación de acciones positivas*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN[2]

Sin lugar a duda en las sociedades actuales, sociedades multiculturales en su mayoría, hay manifestaciones constantes que reivindican medios de protección para salvaguardar las garantías individuales o derechos fundamentales del ser humano. En este tenor es indudable también que cuando un tema ocupa a diario un espacio importante en los medios de comunicación y enfrenta, entre sí, a la Administración, partidos políticos, empresarios, organizaciones no gubernamentales, instituciones internacionales en defensa de los derechos humanos e incluso a los ciudadanos, indica que estamos ante un fenómeno social preocupante y de máxima importancia, nos referimos, en este momento, a la discrimina-

[1] Este artículo es preliminar a un estudio realizado por la autora para la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, elaborado en julio de 2005, titulado "Observación general sobre la aplicación de acciones positivas en el gobierno del Distrito Federal". Acotamos el mismo para servirnos impartir la cátedra dentro del Diplomado sobre Derecho a la No Discriminación, cuyas participaciones estan contenidas en el presente volumen.

[2] González Martín, Nuria, "Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América", en Jiménez Lara, M. José y Franco Rojas, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para la política de inmigración solidaria,* Sevilla, Mergablum, 2003, pp. 185-207.

ción laboral por origen étnico o racial, al fenómeno migratorio, y a todas sus manifestaciones y variantes.[3]

En todas las democracias liberales, uno de los principales mecanismos utilizados para adecuar las diferencias culturales es la protección de los derechos civiles y políticos de los individuos[4]. Estos derechos permiten a los sujetos formar y mantener los diversos grupos y asociaciones que constituyen la sociedad civil, adaptar estos grupos a las circunstancias cambiantes y, por último, respecto al tema, fomentar sus perspectivas e intereses en la totalidad de la población.[5]

Se trata, entre otras, de cuestiones tales como la integración, e independientemente de que lleguemos a conclusiones integradoras o no de las diferentes identidades o grupos, ello no obsta para que se puedan y deban fomentar políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos, grupos vulnerables.

En el contexto europeo no se han hecho esperar las reacciones ante la discriminación, inmigración, el desempleo o la inseguridad ciudadana.

A modo de ejemplo, tenemos que en Alemania el número de violentos ultraderechistas aumenta cada año y uno de cada cuatro jóvenes se considera racista y evita el contacto con los inmigrantes.

El gobierno austriaco del líder de la derecha Jörg Haider, adoptó posiciones extremistas en el tema de inmigración con la intención de "proteger" su país.

El triunfo parcial que tuvo en la primera vuelta de las presidenciales francesas Jean Marie Le Pen, basando su campaña, el líder de la ultra de-

3 Martínez García, Maria Victoria, "El fenómeno migratorio europeo en la actualidad", VV.AA., *Memorias del VI encuentro Canarias-América. Las migraciones y transterrados de España y México. Una segunda mirada humanística y científica,* México, Escuela Nacional Preparatoria-UNAM, 2002.

4 Véase la distinción de gran controversia, según Luigi Ferrajoli, entre derechos sociales y derechos de las minorías:

Dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal.

Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados.

5 Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías,* Barcelona, Paidós, 1996, p. 46.

recha francesa, en la salvaguarda de la madre patria que se ve amenazada, entre otras cosas, por la inmigración descontrolada. La segunda vuelta dio la victoria a Jacques Chirac con el voto de la izquierda francesa, no sin antes haber sobresaltado a toda Europa.

El asesinato en los Países Bajos, en plena campaña electoral, del líder ultraderechista Pin Fortuyn, quien reconocía que Holanda está superpoblada y entre sus propuestas estaba el cerrar las fronteras a los inmigrantes, dio lugar a que esta fuerza política sea la segunda más votada en Holanda.

Tampoco debemos olvidarnos de Berlusconi en Italia y de los nuevos movimientos ultraderechistas que están cobrando gran protagonismo en Dinamarca y Bélgica.[6]

Todos y cada uno de los ejemplos citados son muestras significativas de cómo el problema está alertando a la población europea y por ello se reivindica la elaboración de una legislación comunitaria eficaz aplicable a todos los países miembros.[7]

Una situación muy similar a la europea, pero con un contexto diferente, lo tenemos en los Estados Unidos de América en donde la discriminación racial o sexual, en sus orígenes, y en la actualidad el resto de las manifestaciones discriminatorias,[8] se han ido sucediendo constituyendo la sociedad norteamericana un modelo de sociedad excluyente y racista por excelencia. No obstante, si queremos realizar, en estas notas, un breve recorrido por aquellas políticas positivas que activan e impulsan las acciones no sólo con una función resarcitoria sino con una función, además, de reequilibrio y redistribución, debemos analizar, aunque sea sucintamente, el itinerario norteamericano.

6 Martínez García, María Victoria, *op. cit.* nota 3.

7 Para ampliar la información de la actualidad comunitaria en este aspecto, sugerimos la lectura de Gómez Muñoz, José Manuel, "La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales. A propósito de la Directiva 2000/43/CE", *Temas Laborales,* núm. 59, 2001, pp. 65-92.

8 No olvidemos el tema, últimamente muy en boga, relacionado con las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, "Igualdad y discriminación genética", en Muñoz, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139-151.

II. Dimensión histórica y formación de la acción positiva: el ordenamiento jurídico norteamericano[9]

Para comprender la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos de América, es indispensable conocer algo acerca de la historia, el sistema gubernamental y el sistema político del país; es indispensable conocer la naturaleza y raíz del problema racial en dicho país para que se pueda así entender el por qué de dichos conflictos y el por qué, en definitiva, de toda una amplia e innovadora legislación sobre los derechos civiles.

El origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión,[10] hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos.[11] La historia norteamericana había demostrado, reiteradamente, que incluso las leyes más sabias y los esfuerzos mejor inspirados para luchar contra la discriminación habían sido incapaces de aumentar la representación de las minorías si no se apoyaban en medidas concretas, precisas y obligatorias.

El recorrido que planteamos inicia en la Constitución norteamericana de 1787, y en concreto con sus enmiendas decimotercera,[12] decimocuar-

[9] González Martín, Nuria, "Origen, concepto y características del derecho a la no discriminación", *Memorias del Foro: Análisis y debate sobre el derecho a la no discriminación en el marco internacional de los derechos humanos*, organizado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, D. F. 30 de noviembre de 2004 (en prensa).

[10] Esta traducción de acción positiva es más común en el contexto europeo y concretamente surge en el Reino Unido pero también se considera factible traducirla como acción afirmativa.

[11] Turner, R., *The Past and Present of Affirmative Action,* New York, Quórum Books, 1991, pp. 1 y ss. Citado por Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 33 y 34.

[12] Enmienda XIII (18 de diciembre de 1865). Sección 1. Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo de un crimen del cual la parte haya sido hallado debidamente culpable, podrán existir en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

ta[13] y decimoquinta,[14] en donde la esclavitud queda abolida definitivamente y se conceden a los negros derechos de ciudadanía a nivel constitucional.

La decimocuarta enmienda constitucional norteamericana surge, realmente, en el caso *Barrow*. En él, se dilucidó si los Estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución Americana, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que esto no era así. La Declaración de Derechos, apuntaba la Corte Suprema, únicamente limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación dio lugar a que los estados esclavistas del sur pudieran seguir negando la condición de ciudadanos a su población africana.[15]

Después de la Guerra Civil (1861-1865), el norte triunfador, para asegurar el abolicionismo, impulsa en 1866 una ley antidiscriminatoria, la *Civil Right Act,* y en 1868 una reforma constitucional obliga a los estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual, es el nacimiento de la mencionada decimocuarta enmienda constitucional.[16]

En 1896 comienza la verdadera segregación entre blancos y negros cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite la sentencia *Plessy vs. Ferguson en la que se* estableció la doctrina "iguales pero separados", que reforzaba la constitucionalidad de una ley de la Asamblea General del Estado de Louisiana, aprobada en 1890, que regulaba disposiciones referentes a compartimentos de ferrocarril separados para las razas blanca y de color. La Corte sostuvo que la segregación impuesta por el Estado, debida a leyes que exigen la separación, "no necesariamente implica la inferioridad de una raza frente a otra …", "una distinción que se funda en

13 Enmienda XIV (28 de julio de 1868). Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del estado donde residan. Ningún estado instrumentará o pondrá en vigor ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrá estado alguno privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal. Asimismo, no podrá negar a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.

14 Enmienda XV (30 de marzo de 1870). Sección 1. El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado o restringido por los Estados Unidos o algún otro estado por motivo de raza, color o condición previa de servidumbre. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

15 Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas,* México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 88.

16 *Idem.*

el color de las dos razas y que debe siempre existir en tanto que los hombres blancos se distingan de la otra raza por el color, no tiende de manera alguna a destruir la igualdad legal de las dos razas o a restablecer un estado de servidumbre involuntaria …", tratando de darle sustento a través de la decimotercera enmienda constitucional,[17] cuestión que no logró.

La cláusula de igual protección que contiene la decimocuarta enmienda constitucional, se considera como la primera posibilidad normativa creada en el derecho constitucional comparado para lograr la igualdad en la ley. La igualdad en la ley establecida en la decimocuarta enmienda únicamente vinculaba a la ley estatal, no a la ley federal. Al no existir ninguna cláusula de iugal protección en la originaria *Bill of Rights*, la Constitución, que obligaba a los estados a no discriminar a través de la enmienda decimocuarta, dejaba sin sanción la discriminación proveniente de una ley del gobierno federal.[18]

La lucha por la desegregación tuvo un marcado valor a través de una serie de órdenes ejecutivas, reglamentos administrativos, a los que recurre el presidente sin que sea necesario que el Congreso dé su visto bueno para su plena vigencia y validez; sin embargo, éste último sí que ejerce un control indirecto ya que estas órdenes necesitan financiación para su plena implantación y ésta sólo pueden conseguirse con el beneplácito del Congreso.

En 1941, el presidente Roosevelt promulga la orden ejecutiva 8802, en la que se adopta la primera prohibición de discriminación racial aplicada a todas aquellas empresas armamentísticas que quisieran obtener un contrato con el Gobierno.[19]

17 Quint, Howard H., *et al*., (edits.), *Main Problems in American History,* 3a. ed., The Dorsey Press, vol. 2, 1972, pp. 145-148, citado por Núñez García, Silvia y Zermeño Padilla, Guillermo, *Estados Unidos de América. Documentos de su historia III,* México, Instituto Mora, 1988, pp. 64-68.

18 Pérez Portilla, Karla, *op. cit.,* nota 15, pp. 88-89.

19 A partir de esta primera orden ejecutiva de 1941 implementando la igualdad, se promueven una diversidad de órdenes:

O. E. 9346. (1943 y 1946), que crea una Comisión de Prácticas Equitativas de Empleo; recomendó, asimismo, medidas tendentes a eliminar la discriminación y a promover la utilización de fuerza de trabajo; además, no sancionó a los contratistas por incumplimiento de una orden ejecutiva, ni siquiera rescisión, sino que utilizó la publicidad y la influencia moral. En definitiva, la orden ejecutiva perseguía:1. Resolver la discriminación con la negociación y persuasión. 2. Resolver la discriminación con el gobierno federal que manifieste autoridad y propósitos. 3. Cuando la negociación fracasara eran esenciales las audiencias públicas; y por último. 4. el Congreso tenía la obligación de promulgar legislación federal relativa a prácticas equitativas de empleo.

En 1954, con la Sentencia del Tribunal Supremo *Brown vs. Board of Education of Topeka,* se declaró inconstitucional la segregación en las escuelas, derogando la teoría contenida en la Sentencia *Plessy vs. Ferguson* de 1896.

O. E. 9691. (1946), prohibió la discriminación racial en la contratación de temporeros.

O. E. 9808. (1946 Y 1964), examinaba la situación vigente y realizaba recomendaciones. Creó una Comisión de Derechos Civiles de la Presidencia y recomendó una Comisión Federal de Prácticas Equitativas de empleo con atribuciones para poner en práctica la orden presidencial y ordenar su cumplimiento.

O. E. 9980. (1948), creó el Consejo de Equidad en el Empleo, encargado de hacer cumplir la política de no discriminación en la rama ejecutiva del gobierno federal.

O. E. 10479. (1953), se propuso amparar a los ciudadanos por sus calificaciones en toda la actividad que se utilizaran fondos públicos. Se creó una Comisión Presidencial de Contratos con el gobierno, como labor educativa, además de una cláusula antidiscriminatoria obligatoria referida al empleo, ascenso, traslado, contratación, publicación ofertas de empleo, ceses, despidos, salarios y programas de aprendizaje pero las excepciones eran muchas. Por último, estableció un procedimiento de quejas: recepción, verificación, análisis y resolución.

O. E. 10925. (1961), Esta orden fue promovida por el presidente Kennedy y creó la Comisión Presidencial de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, una poderosa acción administrativa del Poder Ejecutivo: las empresas que firmaron un contrato con el gobierno tendrian en caso de incumplimiento, sanciones especiales (rescisión e incluso impidió la firma de contratos con empresas que discriminen, publicar nombres, etcétera).

Sanciones especiales:

1. Por parte del organismo gubernamental contratante.

2. Por parte de la Comisión.

-Podía iniciar encuestas o investigaciones.

-Los contratistas tenían obligación de suministrar información de las actividades sindicales.

-Las empresas contratantes debían elaborar programas de acción positiva.

-Las empresas después de los 30 días siguientes a la firma del contrato, debían presentar un "informe de observancia" y después los subsiguientes seguimientos.

-Todo ello basándose en la idea de que la persuasión puede ser eficaz cuando la obligación jurídica ha sido definida con precisión.

O. E. 11246. (1965), el presidente Lyndon B. Johnson firmó la primera Ley Derechos Civiles en la que se estableció una Comisión de Igualdad de Oportunidades (5 miembros que solicitan responsabilidades); Johnson derogó la Comisión de Igualdad de Oportunidades de la ley de Derechos Civiles y los transfirió a la Secretaría del Trabajo.

Objetivos:

1. Dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento.

2. Garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

En el caso *Oliver Brown et al. vs. Board of Education of Topeka, Kansas,* el fallo unánime de la Corte, bajo la presidencia del juez Earl Warren, favoreció las demandas de los negros. La Corte declaró que la segregación tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color; la segregación deliberadamente implantada producía un estigma de inferioridad psicológica en el niño negro, e incluso declaraba que la segregación en sí misma era un error moral. Desde entonces, y en lo sucesivo, la lucha negra por la desegregación llegó a ser con más claridad un "movimiento normativamente orientado". El énfasis que el caso Brown puso sobre la escuela pública oscureció su verdadero significado. En gran medida el significado de la sentencia Brown reside más allá del ámbito escolar, en el fundamento que estableció un ataque masivo contra la misma legislación Jim Crow.[20]

Antes de Brown era habitual "la separación forzosa de negros y blancos, precursora americana del apartheid sudafricano"; después de Brown las playas públicas y los autobuses, los parques, los tribunales, etcétera, comenzaron a abrirse a blancos y negros simultáneamente. Brown fue el elemento catalizador que conmovió al Congreso y que culminó con los dos actos fundamentales del siglo en materia de derechos civiles: uno de ellos permitió el acceso de los negros a los restaurantes, a los hoteles y al ámbito laboral, en igualdad de condiciones; el otro, otorgó a los votantes negros el carácter de una nueva fuerza política.[21]

Fue en los Estados Unidos de América, con la Administración Johnson, cuando se comienza a tener en cuenta no sólo lograr niveles de igualdad sino dar los instrumentos. Johnson declaró en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad Howard, en junio de 1965, es decir, el mismo mes de la votación decisiva en el Congreso que daba una mayor participación electoral a los negros "La libertad no es suficiente. No es posible borrar las cicatrices de heridas seculares diciendo 'Ahora sois libres, libres de hacer lo que queráis, de elegir a los dirigentes que os parezca'. Cuando alguien ha permanecido encadenado durante años no basta, para hacerle justicia, con romper sus cadenas y decirle 'Ahora sí que puedes competir libremente con los demás'. Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas posibilidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible, un auténtico paso adelante".

20 En 1890 se promulgan las primeras leyes de "Jim Crow", que segregan completamente la raza blanca de la raza negra. Se estimulan con dichas leyes, maneras de opresión y explotación que dejó en un lugar inferior al negro. Calderazzi, A. Máximo, *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. de Arriba Egea, España, Bruguera, 1972, p. 66.

21 Wilkinson, J. Harvie, *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978,* New York, Oxford University Press, 1979.

En los años posteriores y hasta la promulgación de la Ley de Derechos Civiles de 1964, fue la Administración Federal la que más se preocupó por hacer efectivos los mandatos de la sentencia *Brown* para que la situación cambiase de una manera real y efectiva; no obstante se necesitaba una respuesta más activa y contundente que la que podía proporcionarse a través de estos instrumentos ejecutivos.

A través de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el legislador norteamericano da respuesta a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles a los negros, iniciadas en 1954 con la Sentencia *Brown; y s*e demandan cambios políticos, económicos y sociales reales.

La Ley de Derechos Civiles fue promovida el 20 de junio de 1963 por el republicano Séller, promulgada por el Congreso el 2 de julio de 1964 y entró en vigor al año siguiente, el 2 de julio de 1965.

La Ley contenía once títulos con el siguiente contenido: voto, establecimientos públicos, asistencia pública, educación, Comisión de Derechos Civiles, programas financiados por el gobierno, igualdad de oportunidades empleo, estadísticas de voto, apelaciones casos de derechos civiles, comunidad y miscelánea.

La Ley, en su título VII, requiere que los empleadores, sindicatos y agencias contraten con base en los méritos y habilidades sin distinguir por raza, género, etcétera.

El título VII fue más allá de una simple enmienda de las disposiciones procesales. Concretamente, el título VII Ley de Derecho Civiles *prohibió*:

1. Que una oficina de empleo omitiera recomendar o se negara a recomendar para un empleo a un individuo por cuestiones de raza, sexo, etcétera.
2. Que un sindicato excluyera por origen étnico, racial, etcétera o incite a empleador a excluir a individuos pertenecientes a este grupo.
3. La no admisión en cursos de formación por raza, sexo, etcétera.
4. Además, expresamente, se prohíbe presentar recriminación contra una persona por haberse opuesto a una práctica ilícita de empleo o haber presentado acusación.

Las únicas excepciones que autoriza la Ley son las que se refieren:

1. Al empleador respecto al empleo de extranjeros en sus oficinas del exterior;

2. A las instituciones religiosas respecto del empleo de personas de determinada religión para que efectúen trabajos relacionados con sus actividades religiosas;
3. A las instituciones docentes, que están exentas de todas las disposiciones de la ley en cuanto al empleo relacionado con sus actividades docentes.[22]

En definitiva, la Ley de Derechos Civiles de 1964 y en concreto su titulo VII prohibió la discriminación racial y sexual en el ámbito laboral, estableciendo, por una parte, la prohibición a los empresarios, sindicatos y agencias de colocación llevar conductas discriminatorias directas o intencionales; y por otro lado, reconoció a los tribunales la capacidad de imponer planes de acción positiva como remedio de conductas discriminatorias.

En 1971 la Suprema Corte falló, por unanimidad, en el caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, expresando que el título VII de la Ley de Derechos Civiles, prohibía no sólo las prácticas que tenían un motivo de discriminación sino también las prácticas que fueran adoptadas sin intención de discriminación pero que tenían un efecto de discriminación en las mujeres y en las minorías en general.[23] Esta decisión fue el comienzo de una definición legal denominada "impacto dispar" o "efecto adverso". En este caso, si el demandante alega el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificada; en *Griggs vs. Duke Power Co.,* la carga de la prueba que presentaron fue la "necesidad del negocio" (*Business Necessity)*.

Por una parte, el demandante establece que la práctica tuvo un efecto adverso a un grupo protegido cuando: si la práctica usada es de alguna forma limitante a las oportunidades de trabajo entre blancos y negros, hombres y mujeres, etcétera, y al mismo tiempo tiene que demostrar que

[22] Follete, Jennifer Miyoko, "Complete Justice: Upholding the Principles of Title VII Through Appropriate Treatment of After-Acquired Evidence", *Washington Law Review,* Seattle, vol. 68, núm. 3, julio 1993, pp. 652-653; Means, John E., "Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos", *Revista Internacional del Trabajo,* Ginebra, vol. 73, núm. 3, marzo 1966, pp. 237-279.

[23] Bartosic, Florian y Minda, Gary, "The Labor Law Legacy of the Burger Court's Last Term: A Failure of Imagination and Vision", *Arizona Law Review,* Tucson, vol. 28, núm. 4, 1986, pp. 535-538. Véase, asimismo, el comentario de una sentencia opuesta al caso *Griggs* como es la decisión de 1984, *Menphis Firefighters vs. Stotts.*

dicha práctica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador. Por otra parte, el demandado, debe de probar que el uso de la práctica está justificada por la práctica o necesidad del negocio.

El caso *Griggs* conceptualiza la discriminación como un fenómeno complejo, de naturaleza sistemática. Se trata, entonces, de corregir los desequilibrios raciales y sexuales existentes en la composición de la fuerza de trabajo y la infrautilización de la misma, con el fin de evitar futuras condenas por discriminación.

Tras la Sentencia *Griggs* se implantaron numerosos planes de acción positiva al amparo de la mencionada orden ejecutiva 11.246 de Johnson de 1965, en la que se establece un doble objetivo: dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento; y en segundo lugar, garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

Como decimos, estos principios fueron interpretados por la Corte Suprema de una manera amplia lo que dará lugar a la doctrina de la Discriminación Indirecta (*Disparate Impact*)[24] de 1971 y a la admisión de las acciones positivas en el sector privado.

Todos estos principios y acciones dieron lugar a la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, como primera reforma del titulo VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Entre sus novedades destacaba: 1. la aplicación del título VII a empresas con más de 15 trabajadores; 2. la extensión de la prohibición de discriminar en los ámbitos local y estatal; y 3. las nuevas funciones de la EEOC dado el papel pasivo de las Agencias Federales en la lucha contra la discriminación. Asimismo, incorporó la expresión "prácticas o conductas discriminatorias" al texto del título VII; se hizo referencia a nuevos criterios distributivos al tenerse en cuenta el alto porcentaje de desempleo entre las personas pertenecientes a colectivos tradicionalmente discriminados, demandando actuaciones que corrigiesen esa situación.

[24] *Disparate Treatment y Disparate Impact* son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconscientes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso y con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no intencionalidad de la discriminación. Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres,* Madrid, Civitas, 1997, pp. 37 y ss.

A principios de la década de los ochenta, la situación era la siguiente: 1. En el ámbito público, el gobierno promulgó la *Uniform Guidelins on Employee Selection Procedures* (aplicado tanto al sector público como privado) fijando los criterios necesarios para comprobar que los test y reglas de selección utilizados fueran los correctos; la *Equal Employment Opportunity Comission* elaboró guías de orientación para los empresarios privados que voluntariamente quisiesen adoptar planes de acción positiva en sus empresas; 2. En el *ámbito judicial*, también se utilizaron metas y calendarios como instrumentos judiciales para acabar con situaciones discriminatorias. Impusieron planes de acción positiva para remediar los efectos de conductas discriminatorias comprobadas, centrándose en corregir situaciones de desigualdad que se producían en la admisión, contratación y promoción de trabajadores; 3. En el ámbito privado, los empresarios adoptaron planes, fijando una serie de requisitos numéricos mínimos con la finalidad de corregir los desequilibrios existentes entre la composición de su fuerza de trabajo y la del mercado en general.[25]

También en los ochenta, con el cambio de administración, se renovaron algunos jueces de la Suprema Corte. Esta nueva situación dio lugar a que en 1988 la Suprema Corte juzgara una serie de casos, entre otros los casos *Wards Cove Atonio; Price Warerhouse vs. Hopkins* en los que se dio un retroceso importante a la doctrina sobre la discriminación indirecta y la acción positiva.

En materia de discriminación se alteró el modelo de carga de la prueba y las evidencias necesarias para demostrar la existencia de discriminación indirecta; se admitió la existencia de motivos mixtos en las conductas discriminatorias del empresario; se sostuvo que el periodo para impugnar una regla discriminatoria en materia de antigüedad comenzaba cuando la regla fue adoptada y no cuando el trabajador fuese despedido; y por último, se limitó la aplicación del concepto de acoso sexual.

En cuanto a los planes de acción positiva, se permitió que trabajadores blancos pudieran impugnar un plan de acción positiva, contenido en un *Consent Decree* años después de su aprobación judicial. Un *Consent Decree* no podía afectar a los derechos de personas que no participaron en su elaboración o dieron el visto bueno para su presentación ante un tribu-

[25] Pueden llevar a efecto las políticas de acción positiva distintos agentes del sector público, como el gobierno federal o los gobiernos estatales y locales, o el sector privado, como empleadores o centros de enseñanza, así como el ámbito judicial en el sentido descrito.

nal por lo que se permitía que cualquier trabajador que se hallase en estas circunstancias pudiera impugnarlo con independencia de su fecha de aprobación. Se estableció, por otra parte, un modelo de revisión judicial para los planes públicos de acción positiva que contuviesen una reserva mínima de plazas a favor de grupos minoritarios .

Todos estos avances determinaron una verdadera y amplia reforma a la Ley de Derechos Civiles de 1964. El primer borrador de la reforma de la Ley de Derechos Civiles fue presentado en 1990 y en él se daba una regulación específica a la acción positiva al establecerse una previsión anticuota que finalmente no fue aprobada.

La nueva Ley de Derechos Civiles fue aprobada y sancionada el 21 de noviembre de 1991 por el presidente George Bush tras arduas negociaciones entre Congreso, Senado y el presidente. El objetivo del Congreso era establecer remedios adicionales para la discriminación intencional y el acoso sexual en el trabajo, codificar los conceptos de "necesidad de empresa o de negocio" y "relación con el trabajo" para evitar más confusiones en torno a su contenido, y proporcionar una protección adecuada a las víctimas de la discriminación.

Con la Ley de Derechos Civiles de 1991 se consolidó la doctrina del mencionado *Disparate Impact,*[26] de la inversión de la carga de la prueba, el incremento de indemnización por daños y perjuicios y la ampliación de la prohibición de discriminación a los test de trabajo. Con respecto a la acción positiva, la ley se limitó a establecer la legalidad de los reme-

[26] Germen, Heather K., "Understanding Mixed Motives Claims Ander the Civil Rights Act of 1991: An Analisis of International Discrimination Claims Base on Sex-Stereotyped Interview Questions", *Michigan Law Review,* Michigan, vol. 91, núm. 7, junio, 1993, pp. 1824, 1837-1841. Véase, asimismo, la diferencia entre *Disparate Treatment* y *Disparate Impact* en Bartholet, Elizabeth, "Proof of Discriminatory Intent Under Title VII: United States Postal Service Board of Governors *vs*. Aikens", *California Law Review,* Berkeley, vol. 70, núm. 5, septiembre, 1982, pp. 1205-1209; así como Sean W., "The Public Policy Exclusion and Insurance for Intentional Employment Discrimination", *Michigan Law Review,* Michigan, vol. 92, núm. 5, marzo, 1994, pp. 1307-1312. Con respecto al *Disparate Treatment* en cuando al género Aamot-Snapp, Kari, "Putting Teeth into Minnesota's Employment Discrimination Law: A Legislative Proposal Defining Gender Stereotyping", *Minnesota Law Review,* Minnesota, vol. 79, núm. 1, noviembre, 1994, pp. 221 y ss.; Thompson, Jennifer L., "Civil Rights-Employment Discrimination: The Standard of Review in State-Baser Employment Discrimination Claims: The North Dakota Supreme Court Redefines the Standard of Review in Employment Discrimination Claims, Schuhmacher *vs*. North Dakota Hospital Association", *North Dakota Law Review,* Grand Fork, vol. 72, núm. 2, 1996, pp. 411-431.

dios de los tribunales, de las acciones positivas y de los acuerdos de conciliación, y limitar el periodo de impugnación de los C*onsent Decree*.

En 1995, la Sentencia *Adarand Constructors, Inc. vs. Pena*, ratificó el modelo estricto de revisión como el adecuado para los planes de acción positiva sea cual sea la administración pública que los adopte. En cuanto a los planes de acción positiva voluntarios implantados en el sector privado, en un principio este pronunciamiento no les afecta.

Como corolario, habría que decir que a pesar de los esfuerzos realizados hay una falta de regulación legal de la acción positiva, a diferencia de la dada a la discriminación indirecta, *Disparate Impact*, lo cual la convierte aun en una figura notablemente vulnerable.

III. Las acciones positivas

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables como los descritos en la introducción, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales; fomentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.[27]

[27] Son también las llamadas minorías pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, "Por minoritarios entenderemos, no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de 'menor poder', sea este poder económico, jurídico, político (...)". Guillaumin, Colette, "Femmes et théories de la société: Remarques sur les effets théoriques de la coléres des opprimées" en Guillaumin, *Sexe, race et pratique du pourvoir,* París, Coté-femmens, p. 219, citado por Osborne, Raquel, "Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad", *Papers. Revista de Sociología,* España, núm. 53, 1997, p. 66. Asimismo, véase Pérez Portilla, Karla, "Aproximaciones al concepto de 'minoría'", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coord.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III,* México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 245-264; Díaz Muñoz, Eloisa, "El concepto de minoría. Su conexión con la alteración de la estructura de poder estatal", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas,* Madrid, julio-diciembre, núm. 5, 1995, pp. 241-251, en esta misma revista véase Prieto Sanchís, Luis, "Igualdad y minorías", pp. 111-128; y también consúltese a Velasco Arroyo, Juan Carlos, "Derechos de las minorías en una sociedad demócrata multicultural (un esbozo provisional)" en la misma revista*,* pp. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, Maria del Pilar y Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords*.), Derechos humanos. Memoria del IV congreso nacional de derecho constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001*,* pp. 225-243.

Una política de protección y preferencial,[28] bien ejecutada, no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro lado, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado.[29]

Se propone, en este momento, realizar un recorrido que transite de la igualdad de trato[30] a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y de esta, a políticas de *Affirmative Action*, es decir acciones positivas[31] en las que se iguale las condiciones del punto de partida.[32]

Tenemos entonces que:

1. Un trato igualitario, a través del principio de igualdad,[33] resulta insuficiente porque no todas las personas han tenido las mismas posi-

28 Véanse las diversas opiniones mantenidas, en este sentido, en Blackstone, William T., y Robert Heslep, (edits), *Social Justice and Preferential Treatment*, Athens, University of Georgia Press, 1977; así como Goldman, Alan H, *Affirmative Action in Equality and Preferential Treatment*, Princenton, N. J., Princenton University Press, 1977.

29 Tenemos posturas contrarias a la expuesta como son los argumentos de los comunitaristas, representados en la persona de Charles Taylor. Para Taylor, comprender los dilemas que implica el multiculturalismo supone reconocer la cuestión de la identidad y los problemas de reconocimiento. Véase, Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997, pp. 242 y 243. Es más, Taylor, nos destaca que "es necesaria una acción correctora a través de la igualación (...) el principio de la ciudadanía igualitaria que ha sido universalmente aceptado", en la misma obra, p. 304; en este sentido, decimos, ¿por qué no pudiera ser esa acción correctora la acción positiva? Según Taylor, no podría ser porque sería diferenciar y "la política de la diferencia está llena de denuncias de discriminación y de denegaciones de la ciudadanía de segunda clase" misma obra misma página. Incluso, "la crítica de Taylor a la *Affirmative Action* radica principalmente en que se mantiene un 'igualitarismo ciego' a la diferencia, lo que supone, desde esta perspectiva, no identificar y resolver el primer punto de conflicto en las sociedades multiculturales", Le Clerq, Juan Antonio, "¿Es más justa una sociedad multicultural a través de la discriminación inversa?", *Revista del Senado de la República*, vol. 2, núm. 5, octubre-diciembre, 1996, p. 93.

30 Véase, Vogel-Polsky, Eliane, "Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico", *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio, 1985, p. 235.

31 Acciones positivas que en muchas ocasiones resultan insuficientes como medidas de discriminación positiva pero son punto de partida en el diseño de políticas de igualdad.

32 González Martín, Nuria, "El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas" en *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 383-401.

33 España dispone de una extensa bibliohemerografía general sobre el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido aconsejamos la lectura de Alonso García, E.,

bilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera y estaríamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida.

2. Una prohibición de discriminación,[34] muy diferente del principio de igualdad, como garantía constitucional, que no tiene, realmente, signi-

"El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 179-195; López Rodó, L., "El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional", en la misma revista, pp. 331-347; Rabossi, E., "Derechos humanos: el principio de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 9-36; Ollero Tassara, A., "Relevancia constitucional de la igualdad" en VV.AA. *Funciones y fines del derecho*, Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 12, pp. 543-553; Terol Becerra, Ma. J., "Acerca del principio de igualdad", *Temas Laborales*, núm. 29, 1993, pp. 79-97; Suay Rincón, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional,* Madrid, IEAL, 1985; VV.AA., *El principio de igualdad en la Constitución española*. *XI. Jornadas de estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vol. I y II, 1991; Rodríguez Piñero, M., Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Fernández López, Ma. F., "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional" en Aparicio, J. y Baylos, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 5-155; Fernández López, Ma. F., "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en Alarcón Caracuel, M. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo*; 1981-1991, *Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Marcial, 1992a., pp. 161-248; Fernández López, Ma. F., "La discriminación en la jurisprudencia Constitucional", *Relaciones Laborales*, núms. 3-4, 1993, pp. 8-35; Jiménez Campo, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114; Serrano González, A., *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC,* Zaragoza, IFC, 1985; Suárez González, F., "El principio de igualdad en la Constitución", VV.AA., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, IELSS, 1985, pp. 219-230; Cano Mata, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Derecho Privado, 1983; Lucas Verdú, P., "El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina", *Revista Política Comparada*, núm. 7, 1981, pp. 27-48; Barrère Unzueta, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 19 y ss; Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill, 1995, 138 pp.

[34] "Las reglas de no discriminación no son suficientes para salvaguardar los derechos del hombre y son completadas posteriormente con derechos especiales y normas de tratamiento preferencial, aplicados tanto a los miembros de grupos individualmente considerados, como a las propias colectividades. La 'internacionalización' de los derechos del hombre se vuelve más controvertido a partir del momento en que se exige a los Estados la concretización de medidas de 'discriminación positiva' y no sólo una simple obligación de *non facere* resultante del individualismo liberal", Morais Pires, Maria José, "A

ficado si además de constituir un principio, no formula una obligación, por parte del Estado o incluso del sector privado, de actuar, de proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables por aquellas discriminaciones "históricas"[35] y a veces "no tan históricas".

3. Una igualdad de oportunidades, que hay que construir diferenciadamente, que nivele igualdad como medida de justicia social con un beneficio común.[36]
4. Y por último y ante el aumento de discriminaciones, debemos reclamar acciones positivas que traten de paliar las desigualdades de hecho y de derecho, con un doble objetivo:

a. Encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada históricamente (con un factor de temporalidad),
b. Igualdad sustancial,[37] material o de hecho en los resultados, no sólo una mera igualdad formal.[38]

'discriminaçao positiva' no direito internacional e europeu dos direitos do homen", *Documentaçao e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça,* Lisboa, marzo, 1996, p. 16.

[35] Se razona así discriminaciones que surgieron y que han perdurado en el tiempo como es el caso de los negros, esclavizados y estigmatizados, asimismo el caso de las mujeres.

[36] Véase el contenido de la Recomendación 84/635/CEE, del 13 de diciembre de 1984; Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE del 19 de julio de 2000); Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE del 2 de diciembre de 2000), entre otras.

[37] La igualdad sustancial, como principio, afecta a la distribución de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad y exige la transformación de la estructura productiva, económica y social de un Estado para hacer frente, de esta forma, a todas las situaciones de desigualdad y a las causas que la provocan. Es el compromiso de los poderes públicos de construir, aunque sea de una forma gradual, una sociedad diversa a la actual. Rodríguez Piñero, Miguel, *op. cit.*, nota 33, pp. 404 y ss. Son derechos a la compensación de las desigualdades. Véase Añón, Maria José, *Igualdad, diferencias y desigualdades,* México, Fontamara, 2001.

[38] Igualdad formal como un derecho fundamental que tiene todo ciudadano a obtener un trato igual y que vincula directamente a los poderes públicos sin que sea necesario que exista desarrollo legislativo para solicitar su plena aplicación. Son derechos a la diferencia. Para estudiar la diferencia dentro de la igualdad formal entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley, véase Gimenez Gluck, David, *op. cit.,* nota 33, pp. 23-32; Santamaria Ibeas, J. J., "El principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas,* Madrid, año II, núm. 5, julio-diciembre, 1995, pp. 329-359.

Este último punto se traduce en la idea de ir más allá de una simple obligación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación) sino en establecer un principio de igualdad de oportunidades con una doble vertiente: *vertiente subjetiva* con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas;[39] y una v*ertiente objetiva* con acciones positivas encaminadas hacia la consecución de la igualdad real.

Ma. Angeles Barrère Unzueta nos explica que:

> (...) los dogmas, a veces, siguen funcionando como mitos. Viene esto en relación a que, aunque es frecuente que las normas jerárquicamente más altas e importantes de los ordenamientos jurídicos modernos (sean Constituciones o Declaraciones de derechos) incluyan la prohibición de la discriminación, esto no significa que los ordenamientos en cuestión anulen con ello, en una especie de operación performativa, su condición de instancia discriminatoria y, mucho menos que adquieran una especie de bula o inmunización respecto a posibles normas discriminatorias futuras.[40]

Es más, nos continúa diciendo que:

> (...) la inclusión y el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforme "coherentemente" todo el derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio (...) el derecho positivo no sólo constituye una instancia discriminadora sino que en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales, se convierte en una instancia reproductora o consolidadora de discriminación (...) el derecho puede discriminar por comisión y por omisión.[41]

Así, la doctrina más importante en este terreno, reitera, sencillamente, que cualquier carta magna que se precie no debe permanecer anclada en el principio de no discriminación sino que debe seguir avanzando en esa

39 Se entiende por discriminación directa: cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo, raza, etcétera, o por motivos inseparablemente unidos al sexo, la raza, etcétera.

Discriminación indirecta (*Disparate Impact*, tal y como se contempla en la legislación norteamericana). Cuando se usa un criterio no definitivo que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión; por ejemplo, diferencia de salarios en trabajos tiempo completo y parcial siempre y cuando éste último siempre esté constituido por mujeres.

La intención califica a la discriminación directa, el resultado califica a la indirecta. Véase Añón, María José, *op. cit.,* nota 37, pp. 29-31.

40 Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 33, p. 34.

41 *Idem.*

misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias;[42] programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas para el acceso a la educación, etcétera.

Por otro lado, y siempre tratando de sustentar y fundamentar las políticas de *Affirmative Action,* tenemos que insistir en la idea de que una sociedad justa necesita reconocer y acomodar las diferencias sexuales, raciales, etcétera, en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los logros personales;[43] la cuestión será la de identificar qué diferencias han de ser jurídicamente relevantes para constituir una discriminación,[44] teniendo extremo cuidado en el "poder" y "discrecionalidad" que se les da a los jueces encargados de interpretar la llamada cláusula constitucional de igualdad.[45]

Hasta ahora, el tema se ha tratado como una igualdad formal o jurídica según la cual las diferencias deben ser reconocidas, para ser respetadas y garantizadas. Son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes a las demás, no es cuestión de estigmatizar y/o victimizar.

No se necesitan ni buenas palabras, ni buenas intenciones, sino "instar a las autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para proporcionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas",[46] que tengan una aptitud activa, no mera-

42 El derecho comparado, en especial la situación de los Estados Unidos de América con respecto a su Ley de Derecho Civiles de 1964, nos da muestra de que un sistema de sanciones, coactivas, punitivas no dio resultados a la hora de acabar con actos discriminatorios, sin embargo, incentivos fiscales o incentivos en forma de contratos, realmente lucrativos, con la Administración Pública si fue reacción para "motivar" a las empresas, *v. gr*., a contratar a individuos de los grupos minoritarios.

43 Véase Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, Colección Estudios, 1994, p. 24.

44 Véase, Kay, H. H., *Sex-based Discrimination. Test Cases and Materials*, 3a. ed., St. Paul Minnesota, West Publishing Co., 1988, p. 56, citado por Sáez Lara*, op. cit.*, nota 43, p. 24.

45 Carbonell, Miguel, "La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento", en Cabonell, Miguel (coord.), *La reforma constitucional en materia indígena: un comentario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, (en prensa).

46 Véase Ballestrero, Maria Vittoria, "Acciones positivas. Punto y aparte", España, *Doxa*, núm., 19, 1996, pp. 96 y ss. Recomendación 84/635/CEE.

mente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli denomina *falacia garantista,* que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.[47]

A través de la *tutela antidiscriminatoria,*[48] los Estados adoptan acciones positivas dirigidas a la erradicación de las discriminaciones, desde dos vertientes fundamentales:

1. Actuaciones encaminadas a identificar discriminaciones directas e indirectas; labor realizada por los jueces que se plasma en sus sentencias, en sus precedentes jurisprudenciales.
2. Actuaciones dirigidas a eliminar la discriminación socio-estructural aumentando la presencia de grupos discriminados; labor realizada por los poderes normativos, la Administración.[49]

La tutela antidiscriminatoria[50] y las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad,[51] bien realizadas a través de los objetivos —*goals*— o cuotas:[52]

1. Los objetivos, por un lado, marcarían un programa de acción positiva no cuantificada.
2. Las cuotas, por otro lado, establecen una reserva de un mínimo garantizado de plazas, lograda por varios procedimientos.

47 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 4.

48 Destacamos que la tutela antidiscriminatoria o "la expresión 'Derecho antidiscriminatorio' (traducción de la inglesa *Anti-discrimination Law*) todavía no resulta excesivamente familiar (al menos para la comunidad jurídica hispanohablante) (...) Prescindiendo ahora de antecedentes decimonónicos, lo que hoy se entiende por derecho antidiscriminatorio contemporáneo o moderno se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o más exactamente, negras", Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.,* nota 33, p. 35.

49 *Ibidem,* p. 37.

50 Para más información al respecto, véase Rodríguez Piñero, Miguel y Ma. Fernanda Fernández López, *Igualdad y discriminación ... op. cit.*, nota 33, p. 81.

51 Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad" en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 77-93, esp. p. 79, citada por Osborne, Raquel, *op. cit.,* nota 27, p. 68.

52 Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1991, p. 45. "En el contexto de la *Affirmative Action*, muchos creen que los objetivos son buenos, pero las cuotas son malas".

No obstante, hay que decir que la verdadera *acción positiva* se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva.[53]

Ante igualdad de calificación, las acciones positivas optan por el representante del grupo protegido pero el nivel de desempeño debe seguir siendo su elemento crucial de selección.[54] Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos.[55]

No perdamos de vista la justificación de las políticas de compensación, por ello insistimos en que nada en las medidas de acción positiva propugna el cambio de posición o de poder. No se trata de cambiar la discriminación en la figura de otros individuos, no se trata de que sean otros los discriminados, sino que la consecución o logro de las metas de las acciones positivas desactiven la discriminación, su aplicación. Se trata de "ceder" por el bien de la comunidad, por el beneficio común. Una solución buena para todos implica que pueda ser más justa para unos que para otros.

1. *Principio de igualdad y no discriminación*

El principio de igualdad y no discriminación constituye un principio general, básico y fundamental regulado a nivel internacional, nacional y autonómico o estatal, según la configuración jurídica del Estado. Un principio toral en el que destacamos como papel primordial aquellos avances relativos a la protección internacional de los derechos humanos.[56]

Así, en el ámbito regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) en su Preámbulo parte de la premisa que "todos los hombres nacen libres e iguales

[53] Ruiz Miguel, Alfonso, "Discriminación inversa e igualdad", p. 81, citado por Osborne, Raquel, *op. cit.*, nota 27, pp. 68 y 69; Rodríguez, Marcela V., "Igualdad, democracia y acciones positivas" en Facio, Alda y Fries Lorena (edits), *Género y Derecho,* Madrid, Lom Ediciones, pp. 255 y ss. Véase, asimismo, Ballestrero, Maria Vittoria, *op. cit.,* nota 46, p. 92.

[54] Lamas, Marta, *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres,* México, DIF, 1998, p. 130.

[55] Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto del lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991.

[56] Comité de Derechos Humanos, observación general núm. 8, no discriminación, párrafo 1.

en dignidad y derechos"[57], de igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado en la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).

Por su parte, en el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante Declaración Universal) también estipula el mismo presupuesto al decir que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está indisolublemente asociado al principio de no discriminación.

La normativa internacional, como mencionamos, sin lugar a dudas cumple una misión de gran relevancia al subrayar constantemente la obligatoriedad de cumplir con el compromiso creado por el Estado al concluir y firmar un determinado convenio internacional, ya sea de ámbito universal o regional, y al exigir que estas disposiciones sean parte del derecho interno, del derecho estatal.

En este sentido queremos destacar el contexto mexicano en éste ámbito a raíz de la reforma constitucional de 2001, la cual dio un giro —no todo lo intenso o profundo que hubiéramos deseado— al principio de igualdad y no discriminación. Una reforma que lejos de cerrar el debate en la materia, lo deja abierto dadas las cuestiones pendientes de solventar.

57 Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, serie A, núm. 10 (1989), párrafos 35-45; Comisión Interamericana Derechos Humanos, James Ferry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos de América, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, informe anual 1986-1987, párrafos 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América, Informe núm. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20, citado por Dulitzky, Ariel E., "Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos" (en prensa).

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, denominada reforma indígena, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115; pretende actualizar e incluso superar una serie de cuestiones de gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión.[58]

El artículo 1o., párrafo tercero, constitucional expresa lo siguiente:

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

Asimismo, la derogación del párrafo primero del artículo 4o. constitucional[59] implica que el mencionado artículo, tras esta reforma, comience

[58] En cuanto al debate suscitado, véase Cossío, José Ramón, "La reforma constitucional en materia indígena", *Documento de Trabajo,* número 21, Departamento Académico de Derecho, México, ITAM, 10 de septiembre de 2001.

En torno al tema de las minorías, véase en Luigi Ferrajoli, una distinción de gran controversia entre derechos sociales y derechos de las minorías:

-Dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión, suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal.

-Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados.

Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.,* nota 4.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha esperado demasiado para pronunciarse acerca de cuestiones pendientes de la "reforma indígena"; véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 173/2002, 10 de julio de 1002, unanimidad de votos, ponente Lucila Castelán Rueda, secretario: Rafael Andrade Bufanda. Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio, ni favoritismo alguno.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también se ha manifestado en torno a las cuestiones que incumbe al artículo 2o. constitucional reformado.

[59] Como comentario decir que este artículo 4o. tuvo su última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

diciendo "El varón y la mujer son iguales ante la ley". Se instaura como un nuevo concepto para la carta magna mexicana de 1917, por un lado, un principio de prohibición de discriminación y por otro lado, se conserva un principio de igualdad. El primero de ellos nos revela una situación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación), el segundo nos indica una situación eminentemente pasiva (proclamación, simplemente, de igualdad de trato)[60] ¿No habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad? Este es el punto al que queremos llegar, a través de un discurso lo más fundamentado posible y lo menos controvertido también, acerca de las políticas de *Affirmative Action*[61] o acciones positivas.

2. *Reforma constitucional mexicana en la legislación*

Los dos artículos reformados en comento (artículo 1o., párrafo tercero y artículo 4o., párrafo primero), en un caso una adición y en el otro una derogación, pretenden, sin lugar a dudas, actualizar, acomodar y sobre todo prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación que se ejerza contra cualquier persona; ello constituye, definitivamente, un avance pero aún podemos y debemos exigir mejoras en esa búsqueda hacia la igualdad sustancial, material o de hecho, no sólo igualdad formal,[62] a tra-

60 González Martín, Nuria, "La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas", en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena,* México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 89-109.

61 El origen de la *Affirmative Action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión, hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. "Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos", Turner, R., *The Past and Present of Affirmative Action,* Nueva York, Quórum Books, 1991, pp. 1 y ss., citado por Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, pp. 33 y 34.

62 González Martín, 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", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Nueva Serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre, 2001, pp. 791 y ss.; Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 24; Gude Fernández, Ana, "El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)", *Parlamento y Constitución,* Anuario, año 2001, núm. 5.

vés del desarrollo de la prohibición de discriminación, establecida en la Constitución, en la legislación secundaria promoviendo una ley y reglamento de prevención y eliminación de discriminaciones.

La prohibición de discriminación del artículo 1o., párrafo tercero, se expresa para un número elevado de causas discriminatorias por antonomasia, comenzando por las ya tradicionales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad (capacidades diferentes), religión y opiniones, y otras no tan tradicionales como condición social o económica, las condiciones de salud, las preferencias (entendemos que las sexuales), el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos fundamentales y la igualdad de las personas, tanto de hecho como de derecho.

En el último inciso, el legislador deja abierta la relación y así bien se podría incluir, en su momento, cualquier otro tipo de discriminación que hubiera quedado en el olvido o simplemente, cualquier otro tipo de discriminación que se genere "repentinamente".[63]

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales; fomentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.

Así tenemos, tal y como declarábamos, que la carta magna mexicana no debe permanecer anclada en el reciente principio de no discriminación sino seguir avanzando en esa misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias: programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales[64] para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas[65] para el acceso a la educación, etcétera.

México, en esa vía como decimos, ha expedido la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD)[66] publicada en el *Diario Oficial*

63 Tal y como hacíamos referencia a un tema novedoso como las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, "Igualdad y discriminación genética", en Muñoz Medrano de Alba, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139-151.

64 Artículo 2o., apartado B, inciso VII.

65 *Ibidem*, inciso II.

66 González Martín, Nuria, "Principio de igualdad y no discriminación: referencia al marco constitucional mexicano y a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación", *Memorias del primer foro internacional sobre la no discriminación. Los desa-*

de la Federación del 11 de junio de 2003, una ley que ha nacido con la firme vocación de ser un instrumento de lucha contra la discriminación, en todas sus modalidades, en México; una ley que nace con las mejores intenciones y que quizás no terminará con todas las expresiones discriminatorias pero sí suministrará un instrumento más para ponerlas de relieve, prevenirlas y evitarlas. La LD se dicta en desarrollo del párrafo tercero, artículo 1o. constitucional y no es una ley más, es una ley innovadora no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa,[67] una ley que permita influir en la sociedad con acciones concretas con el objeto de eliminar las formas de exclusión y por ende, implementar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Es una ley que crea un nuevo organismo descentralizado sectorizado por la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios, hablamos del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual en el desarrollo de sus atribuciones goza de autonomía técnica y de gestión; con facultades de orientación e información y que además, puede dictar resoluciones que en términos de la propia ley se formulen en los procedimientos de reclamación (contra servidores públicos) o de queja (contra particulares),ambos sustanciados mediante la conciliación.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis capítulos, los cuales sin lugar a dudas serán una importante herramienta de tansformación social.

En referencia a aquellos aspectos más sobresalientes o novedosos de la nueva ley, podemos comenzar por destacar que la LD en la idea de contribuir al mantelamiento de una igualdad sustancial, no sólo formal, en el ámbito legislativo, incluye una cláusula material de igualdad, inspirada en los ordenamientos jurídicos español e italiano; así su artículo 2o. expresa que:

fíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes antidiscriminación en Latinoamérica, organizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y el Banco Interamericano de Desarrollo, 2004, (en prensa).

67 Acerca de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, véase Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", pp. 181-220, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado, Memoria* del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 181-220; Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos,* México, Porrúa, 2004, pp. 57-71.

> Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Tal y como ha quedado redactado el párrafo tercero, del artículo 1o. constitucional, se entiende que la discriminación prohibida es aquella que atenta contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, luego entonces sólo en los casos mencionados anteriormente puede entenderse una práctica como discriminatoria, cuya elección de criterios le corresponde al legislador, el cual identificará los hechos basados en juicios de razonabilidad, en los cuales debe analizarse la adecuación del criterio elegido al fin perseguido en la norma y por todo ello, la búsqueda de la igualdad sustancial por la vía legislativa, no representaría una actuación inconstitucional.[68]

Por otro lado, también destacamos en la LD el concepto de discriminación, expresado en el artículo 4o. de la LD que a la letra dice:

> Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.
>
> También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

El concepto que se introduce en la LD, incluye la numeración establecida en el párrafo tercero, artículo 1o. constitucional, en el que se aclara la referencia sexual con respecto a las "preferencias" citadas en el texto constitucional, en el que se habla de discapacidad y no de capacidades

[68] Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 194 y ss.; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad…, op. cit.,* nota 15, p. 196.

diferentes, e incluso va más allá, tomando como causas discriminatorias la xenofobia y el antisemitismo; además deja, igualmente, abierta la posibilidad de incluir cualquier otro tipo de discriminación que se pueda dar en el futuro, tal y como expresamos en los comentarios relativos al precepto constitucional; asimismo, refuerza el reconocimiento del ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

La última parte del artículo 1o., párrafo tercero, constitucional en el que se hace referencia a que son también discriminatorias otras causas que puedan atentar contra la dignidad humana siempre que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas no lo vemos incluido en el artículo 4o. de la LD sino, de manera invertida, en el artículo 5o. de la LD en su inciso VII, último, como corolario de que *a sensu contrario*, se enumera como aquellas conductas no discriminatorias las que "no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana".

Tras la definición de discriminación, creemos que se debió agregar el concepto de los diferentes "tipos" de discriminación, como la discriminación directa e indirecta; no se debe dejar sin conceptualizar discriminaciones no sólo como la directa e indirecta, sino discriminación inversa o simplemente qué es una acción positiva o programa de acción positiva.

A continuación la LD en su artículo 5o. precisa, como comentamos con anterioridad, una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional, estas son, a saber:

> I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;
>
> II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;
>
> III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;
>
> IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;
>
> V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;

VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;

VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y

VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

La idea en la que se basa una incorporación de este tipo es que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de distinciones no razonables y ese es el listado que le pareció adecuado introducir al legislador en el que se incluyó un último inciso en el que se reitera la prescripción establecido en el texto constitucional en referencia a la "dignidad humana" tal y como expresamos anteriormente.

La LD al referirse a la edad por grados escolares, debería mantener una atención especial ya que ésta pudiera ser, precisamente, un atentado más a favor de la discriminación.

Otro aspecto destacable y que en las páginas anteriores ya se hizo mención igualmente es el establecido en el artículo 6o. de la LD, en referencia a la interpretación debida de la LD con respecto a aquellos instrumentos internacionales que son parte del derecho interno mexicano y que tienen conexión directa con el principio de igualdad y no discriminación; así el intérprete al darle sentido a las disposiciones de la LD lo debe de realizar atendiendo a los instrumentos internacionales.[69]

[69] Así la LD consagra mandatos establecidos directamente de una serie de instrumentos internacionales entre los que destacamos, con respecto a las cláusulas de no discriminación, el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Asimismo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, contiene también una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos

Así, el artículo 6o. LD expresa:

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

Aquí nos asalta una duda o cuestionamiento en cuanto a la referencia que realiza el propio artículo 6o. LD de tomar en cuenta también las "recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales", que se hayan expedido con fundamento en esos tratados; la idea es de máxima importancia al reforzar la obligatoriedad de su cumplimiento pero el cuestionamiento, por otra parte, es si es viable esta práctica cuando tenemos presente el desconocimiento por parte de los aplicadores del derecho, de los propios tratados internacionales firmados y ratificados por México, cuanto más de las innumerables recomendaciones y resoluciones que pueda emitir, por ejemplo, los diferentes Comités de la ONU.

de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de ora índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece "1. Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual". Otros instrumentos que pudiéramos citar que de manera particular se expresan en relación a la discriminación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre del 1979, instrumento internacional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 9 de enero de 1981; el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 1963; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, firmada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966, *Diario Oficial de la Federación,* del 13 de junio de 1975, con una última modificación en el *Diario Oficial de la Federación,* del 2 de enero de 1997; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981; Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribunales en países independientes, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991 y entre otros la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 2o.

En materia de interpretación jurídica, el artículo 7o. de la LD incluye una cláusula *pro homine* y así en caso de que hubiera varias posibles interpretaciones del texto de la Ley, se obliga al intérprete preferir la que proteja con mayor eficacia a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, cuestión que sin lugar a duda destaca como novedad en materia de interpretación jurídica. Así el artículo 7o. de la LD señala que "Para los efectos del artículo anterior, cuanto se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias".

Otro aspecto que nos parece de interés destacar es el capítulo II de la LD denominado "Medidas para prevenir la discriminación" con un solo artículo en el que se realiza una numeración de las conductas que se consideran discriminatorias, se establecen prohibiciones expresas para intentar combatir las formas más destructivas de exclusión, al contrario de lo que se proclamaba en el artículo 5o. de la LD. Así el artículo 9o. de la LD expresa:

> Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.
>
> A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:
>
> I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;
>
> II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;
>
> III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;
>
> IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;
>
> V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;
>
> VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;
>
> VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;
>
> VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de interpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4o. de esta ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que estas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del articulo 4o. de esta Ley.

Nada se dice en cuanto a la procedencia de estas conductas discriminatorias, si proviene de las autoridades, órganos públicos o particulares, se omite la puntualización, cuestión que consideramos necesario rectificar.

Quizá sería conveniente, en este momento, detenernos precisamente en una cuestión muy actual ya que a través del artículo 36 constitucional se le otorga el derecho del voto al mexicano en el extranjero, y que según el legislativo para acceder al derecho al voto por correo, todos los ciudadanos mexicanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho al sufragio siempre y cuando porten la credencial de elector. Una cuestión pendiente de resolver es aquella en la que dichos ciudadanos no posean la misma por razones diversas y que no puedan obtenerla por no poderse trasladar a México en el periodo requerido, ¿será éste un acto discriminatorio?[70]

Por otro lado, en el artículo 9o. de la LD destacamos que varias de las fracciones de dicho artículo se aplican a las relaciones entre particulares, *v. gr.* fracción X, cuestión que nos parece de interés al no ser contemplado dicho supuesto entre las competencias establecidas, por ejemplo, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como vía de reclamación de injusticias.

[70] Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, *Diario Oficial de la Federación* de 30 de junio de 2005.

Por último, en relación al artículo comentado, las fracciones XV y XVIII protege que determinadas manifestaciones, que pudieran encubrirse en honor a la libertad de expresión, sean determinantes para encuadrarlas como conducta discriminatoria con base en el artículo 6o. constitucional que establece como uno de los límites de la libertad de expresión, los "derechos de terceros". El resto de las fracciones poseen un lenguaje amplio de tal manera que tenga lugar la mencionada intepretación (artículos 6o. y 7o. de la LD) y así darse una actividad hermenéutica importante en pro de la tutela antidiscriminatoria.

En ese sentido, en pro de la tutela antidiscriminatoria, se conecta el capítulo III, titulado "Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades" (artículos 10-14 de la LD), que quizás otorga cierta discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental decidiendo el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados, *v. gr.* artículo 12 de la LD. En dicho artículo 12, en cuanto al derecho a prestaciones, se pretende garantizar a las personas mayores de 60 años, en la fracción I, el acceso a los servicios de atención médica y de seguridad social de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad en la materia. La cuestión real es que la mayoría de estas personas que no tienen acceso a los servicios de salud no tienen garantizado este derecho porque no se encuentran asegurados y precisamente en estas personas es en donde debemos concentrar nuestra atención, lo cual no se logra remitiendo a la normatividad de la materia. No olvidemos que estamos en un país que además de tener a este colectivo pendiente de la buena voluntad de los legisladores, también tenemos a otros colectivos, quizá no mayores de 60 años, que están desempleados o que pertenecen a ese grupo de trabajo "informal" y que tampoco accede a dichas prestaciones.

En el artículo 20 de la LD queda establecido, por otra parte, que en el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el mencionado capítulo III de la LD.[71]

Otra cuestión importante de abordar, tal y como anunciamos al comienzo de este epígrafe y como novedad en la LD es la función del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), su integración, los

71 Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, nota 68, pp. 206 y ss.

órganos que lo componen, sus respectivas competencias (capítulo IV, artículos 14-16 de la LD)[72]

El Consejo tal y como ha sido concebido en la LD, no cuenta con facultades paralelas a las autoridades creadas por el orden jurídico nacional vigente sino como coadyuvante para lograr el establecimiento y mantenimiento del orden jurídico en materia discriminatoria. El ordenamiento jurídico nacional y la practica administrativa requerían de una ley específica y de un órgano encargado de articular la lucha del Estado mexicano contra la discriminación.

Paralelamente, muchas de las disposiciones que integran la LD se encuentran vinculadas a diversas leyes federales, también reglamentarias de disposiciones constitucionales, que son el marco normativo de diversas conductas discriminatorias con la hipotética duplicidad de los mandatos dispuestos en dichas legislaciones,[73] que realmente, reiteramos, enlaza o coadyuva con el único objetivo de prevenir y eliminar la discriminación con una "técnica" diferente que no es la coacción o sanción tradicional, tal y como revisten las diferentes leyes federales, sino como mecanismo modelo de sanción positiva. El Conapred cumplirá, en este sentido, un papel importantísimo al coordinarse, necesariamente, con otras instancias gubernamentales, como son fundamentalmente la CNDH,[74] Secretarías de Esta-

[72] Para una revisión del Consejo Nacional más extensa, véase Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y democracia…, op. cit*., nota 67, pp. 59-66.

[73] Legislación penal federal: Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores, Ley Federal de Defensoría Pública, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Legislación laboral: Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para los Trabajadores al Servicio del Estado: Seguridad social: Ley del Seguro Social y Ley del ISSSTE; entre otras.

[74] No hay que omitir que hay un sector doctrinal, y así lo expresa Raymundo Gil Rendón, que establece que si la LD pretende ser reglamentaria del artículo 1o. constitucional, en virtud de que el Congreso de la Unión no cuenta con facultades expresas (artículo 73 constitucional) ni tampoco facultades implícitas (artículo 73, fracción XXX, constitucional) careciendo de atribuciones y competencia constitucional para legislar en materia federal en contra de las discriminaciones y pudiera así tener un vicio de inconstitucionalidad. Jurídicamente, el Congreso de la Unión tiene el mandato constitucional para establecer el organismo federal de protección de los derechos humanos e incluso en la propia Constitución se estableció el nombre del mismo en el artículo 102-B, párrafo 4, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Por otro lado, las legislaturas de las entidades federativas, por su lado, tienen también la obligación constitucional de establecer (legislar) las comisiones de las entidades federativas por lo que ni el Congreso de la Unión ni las legislaturas de las entidades federativas tienen facultades para establecer otros organismos que protejan los derechos humanos; a nivel internacional tampoco se le

do y administración pública descentralizada, en una tarea común que es eliminar la discriminación.

Por lo que respecta a los procedimientos éstos están ampliamente regulados en la LD. Por un lado destacamos que la LD en su artículo 43 contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento tanto a nivel individual como colectivo a través de un representante con un plazo para interponer denuncia de un año desde que el sujeto tenga conocimiento del acto presuntamente discriminatorio o de dos años si no se diera tal circunstancia (artículo 44 de la LD); el problema lo encontramos en determinar cuándo el sujeto adquirió ese conocimiento del acto discriminatorio y así computar los plazos establecidos.

La LD establece, además, que será supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Las cuestiones formales quedan establecidas en la LD y así establece que las denuncias no están sujetas a ningún tipo de formalidad, con excepción de los datos que permitan identificar al interesado; las denuncias podrán presentarse por escrito, de forma oral, por teléfono o por cualquier medio electrónico, incluido la internet (artículo 19 de la LD).

Por otro lado, la presentación de una queja o denuncia ante el Consejo no interrumpe la prescripción de las acciones judiciales o procedimientos administrativos que se pudieran derivar de los hechos denunciados (artículo 53 de la LD); así el Consejo deberá informar y asesorar al denunciante sobre éste hecho, instándolo a que promueva las correspondientes acciones antes de que prescriban; además, deberá tramitar con celeridad sus propios procedimientos para que una vez terminados, el denunciante tenga todavía la posibilidad de acudir ante otro órgano sin que haya prescrito su acción.[75]

da legitimidad ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa que el Congreso de la Unión carece de facultades expresas o implícitas para legislar sobre la discriminación y expedir la ley comentada, es facultad de las entidades federativas (artículo 124 constitucional), además se crea un órgano con competencia y atribuciones que ya le corresponden originalmente al ombudsman nacional, en el se pretende salvar esta irregularidad mediante la intervención del Instituto cuando no haya admitido la queja la Comisión (artículo 63 de la LD), buscando salvar incluso de esta manera el problema de inconstitucionalidad de origen. Por otra parte, los logros son importantes: el respeto a los derechos humanos prohibiendo la discriminación pero falta la capacidad de sancionar (norma completa y coactiva). Gil Rendón, Raymundo, "Comentarios a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación", *La Barra,* México, núm. 42, enero-febrero 2004, pp. 38-40.

75 Carbonell, Miguel, *Constitucionalismo y democracia…, op. cit.,* nota 67, p. 67.

Asimismo, en cuanto al procedimiento se refiere, la LD establece una serie de impedimentos o restricciones al Consejo, estableciendo en su artículo 54 lo siguiente "El Consejo, por conducto de su presidente, de manera excepcional y previa consulta con la Junta de Gobierno, podrá excusarse de conocer de un determinado caso si éste puede afectar su autoridad moral o autonomía"; ésta es una disposición que normalmente se utiliza para evitar intereses ilegítimos o simplemente por evitar intereses partidistas.

Por otro lado, comentar que si una denuncia involucra tanto a autoridades como a particulares, se realizaran procedimientos distintos, así a las autoridades se les aplicará lo dispuesto en los artículos 58 a 79 y a los particulares lo dispuesto en los artículos 80 a 82 de la LD.

Para finalizar este apartado procedimental añadir, siguiendo a Carbonell, que en cuanto a la competencia del Consejo y la posibilidad de ser éste un obstáculo para el procedimiento de las funciones que tiene atribuídas por mandato constitucional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la LD señala con precisión que:

> los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas que acudan en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta fuera admitida, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que dieron fundamento a la queja.

Es decir, la CNDH tiene competencia preferente sobre el Consejo; y por otro lado si un particular acude al Consejo y no ve satisfecha su pretensión, puede acudir si lo desea a la CNDH, incluso en queja contra el propio Consejo.[76]

[76] *Ibidem,* p. 68. En cuanto al problema del ámbito de competencia de las instituciones públicas en que debe ubicarse la responsabilidad del seguimiento e la prohibición de discriminación, debe considerarse que el Poder Judicial tiene atribuciones específicas para reparar la violación a garantías individuales mediante el juicio de amparo; que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos también tiene competencia para intervenir en esos casos en el marco de sus atribuciones limitadas y para efectos de formular recomendaciones, que las autoridades de procuración de justicia son a quienes corresponde actuar cuando la conculcación del derecho fundamental está considerado un delito en la legislación y que las autoridades judiciales de carácter civil tienen competencia para intervenir en las demandas que pretendan fincar responsabilidad por daño moral a quienes han incurrido en conductas ilícitas vinculadas con la violación de derechos fundamentales. La intervención del Poder Judicial de la Federación en el juicio de amparo y de la Comisión

Para finalizar estos breves comentarios al articulado de la LD, tenemos que referirnos a la medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación. Son medidas de sanción no en el sentido negativo, punitivo que tradicionalmente invoca el derecho, no sólo por no redundar en aspectos sancionadores que ya están contemplados en las diversas leyes que regula nuestro ordenamiento jurídico sino por darle el perfil positivo de premiar, *a sensu contrario*, a aquellos que sí cumplen con la prohibición de discriminar.

Por una parte, tenemos que a través de su artículo 83:

> El Consejo dispondrá la adopción de las siguientes medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación:
>
> I. La impartición, a las personas o a las instituciones que sean objeto de una resolución por disposición dictada por el Consejo, de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades;
>
> II. La fijación de carteles en cualquier establecimiento de quienes incumplan alguna disposición de esta Ley, en los que se promueva la modificación de conductas discriminatorias;
>
> III. La presencia del personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación en cualquier establecimiento de quienes sean objeto de una resolución por disposición, por el tiempo que disponga el organismo;
>
> IV. La publicación íntegra de la Resolución por Disposición emitida en el órgano de difusión del Consejo, y
>
> V. La publicación o difusión de una síntesis de la Resolución por Disposición en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

La imposición de estas medidas administrativas a los particulares, se sujetará a que éstos se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente.

Nacional de los Derechos Humanos a través del procedimiento de queja son medios reparadores; también de la misma naturaleza son las tareas a cargo de los órganos de procuración de justicia y de los tribunales civiles. Lo que se busca ahora es establecer un ámbito de competencia que forme una cultura nueva, que prevea situaciones de discriminación y, a través de su acción, que aliente un cambio en los comportamientos, sin dejar de considerar un catálogo de medidas administrativas que no cabe apreciar como sanciones en su acepción más extendida, sino más bien como acciones para desincentivar cualquier conducta de naturaleza discriminatoria. Rincón Gallardo, Gilberto (coord.), *Discriminación en México*, México, Conapred, 2003, p. 55.

Como anteriormente comentamos, también se promueven las sanciones positivas que tienen por objeto reconocer públicamente que una determinada institución, ya sea pública o privada, o un particular cumplen de manera extraordinariamente con las disposiciones establecidas en la LD. Son reconocimientos como los establecidos en el artículo 85 de la LD, otorgados por el Consejo y darán lugar a la obtención de algún tipo de beneficios fiscales no determinados por la ley.

La acción positiva o la acción afirmativa, según se desee traducir, son términos cada vez más frecuentes pero con definiciones y significados diferentes, incluso asimilándolos al término "discriminación positiva" cuestión totalmente errónea.

En la literatura jurídica, cada vez con más frecuencia, podemos encontrar definiciones de acciones positivas que no distan unas de otras significativamente.

En principio, podemos conceptualizar a las acciones positivas como tratamientos preferenciales temporales, en la contratación, promoción o despidos laborales, en la formación o prácticas laborales, en el acceso a una determinada universidad, en la implementación de una beca de estudios; procedimientos, todos ellos, que garantizan una preferencia a una persona entre un grupo de competidores.

Por su idoneidad en este momento, elegimos la definición que José Ignacio Casas nos proporciona sobre acciones positivas y en ella encontramos cada uno de los elementos esenciales que deben poseer medidas de esta índole, así nos conceptúa las acciones positivas como "El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios",[77] es decir, un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.

En dicha definición tenemos:

> Un elemento de *temporalidad*, dato fundamental que determina que pasado un lapso, no se invierta la discriminación en la persona de aquel grupo

77 Véase Casa, José Ignacio, Guía didáctica, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), s.f., pp. A-2 y A-5. Aconsejamos la lectura, referente a los rasgos de las acciones positivas, de Gimenez Gluck, David, *op. cit.* nota 33, pp. 64 y ss.

> no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (*Applicant Flow, Applicant Pool*) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas, la representación necesaria del grupo vulnerable.

Applicant Flow, demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significante diferencia en las tasas de selección entre los miembros de una clase y los miembros de otra. La Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana, establece que se produce impacto adverso, discriminación indirecta, con una tasa menor de 4/5. Por porcentajes, exámenes médicos, desigualdad en pagos, afirmaciones del empleador racistas o sexistas. El demandante siempre debe probar la discriminación.

Applicant Pool, prueba mediante un análisis si las personas de diferentes clases, poseen beneficios que difieren de otras clases. Se requiere identificar el área geográfica donde el empleador busca trabajadores. Véase *Griggs vs. Duke Power Co.* La carga de la prueba pesa sobre el demandado.

La autenticidad de la relación entre la acción positiva y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción positiva y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación.[78]

Hay otro elemento de extremo interés que consiste en el *establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica* y no sólo a nivel teórico; con una clara visión y diferenciación entre la escala, digamos, ascendente de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, y posteriormente, a las acciones eminentemente activas.

Hay acciones compensatorias que establecen tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad de oportunidades, de hecho y de derecho.

[78] Originalmente la acción positiva estaba destinada a los norteamericanos descendientes de africanos pero con el correr del tiempo también se destinó a abordar las desigualdades de otros grupos desfavorecidos, en su mayoría inmigrantes. Se planteó, entonces, si los inmigrantes que llegaron voluntariamente a los Estados Unidos debían ser protegidos del mismo modo que los descendientes de africanos que fueron sometidos a la esclavitud. *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación,* vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 95.

Un elemento, asimismo, de *educación*, de concientización[79] hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

Y un último elemento, enlazado con el anterior, que consiste en la corrección de fenómenos anómalos, de fenómenos discriminatorios.

La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social. Además, no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas, entre las diferentes capacidades, etcétera, a través de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de un grupo infrarrepresentado en una determinada posición profesional, siempre y cuando se da una igualdad de capacitación entre los candidatos.[80]

[79] Maria José Añón los percibe como modalidades de acción positiva. Véase en Añón, Maria José, *op. cit.,* nota 37*,* pp. 53-59.

[80] Es interesante, visualizar ciertos aspectos que se ubican en el contexto europeo. "Para el Derecho Comunitario, el derecho de la Unión Europea, las acciones positivas son medidas tendentes a 'promover' la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta puede ser 'promovida' no lo dicen las fuentes normativas comunitarias... (sólo dicen que) la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva", en Ballestrero, Maria Vittoria, "Acciones positivas... *op. cit.*, nota 46, p. 97.

Asimismo, con respecto al ámbito comunitario, comentar, en este instante, que pese a los "logros" conseguidos en su medio, no se ha podido remediar tener la presencia de la famosa y, permítannos, nefasta Sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995, en donde se expone, entre otras consideraciones, que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma "absoluta e incondicional" en Comas, José, "El tribunal federal alemán falla también contra la discriminación positiva en el trabajo", *El País*, Madrid, miércoles 6 de marzo de 1996, p. 31. Para más información acerca de la mencionada Sentencia véase, entre las numerosísimas publicaciones: Ballestrero, María Vittoria, "Acciones positivas... *op. cit.*, nota 46; Rey Martínez, Fernando, "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, 1996; Ruiz Miguel, Alfonso, "La discriminación inversa y el caso Kalanke", *Doxa*, núm. 19, 1996; Rodríguez Piñero, Miguel, "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 22 (Editorial), 1995; Ruano, Lucía, "Acciones positivas y discriminación positiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 28 de diciembre de 1995; Rivero Ortega, Ricardo, "Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia 'Kalanke'

Una cuestión que no se debe dejar de abordar es qué grupos están lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial. Incluso puede resultar difícil determinar quién forma parte de un grupo beneficiario, por ejemplo, ¿cuán "negro" debe ser alguien para ser considerado como tal y tener derecho a los beneficios de los programas de acción positiva? o si nos referimos a los inmigrantes, ¿están incluidos los inmigrantes de segunda, tercera y cuarta generación? y así en cuanto a los demás grupos vulnerables.

Por otra parte, debemos definir el concepto de acción positiva en el derecho internacional. Así, en el derecho internacional se utiliza generalmente el término "medidas especiales" para hacer referencia a la acción positiva. La primera alusión a esas "medidas especiales" fue formulada por el gobierno de la India durante la redacción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[81] La idea de igualdad de oportunidades se trata específicamente en el apartado c) del artículo 7o. y en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 13 del Pacto. Igualmente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26, constituye una cláusula general de no discriminación.

Ambos Pactos aceptaron, en términos generales, que la prohibición de discriminación y la distinción no excluían la adopción de medidas de acción positiva en pro de los grupos desfavorecidos. En general se estaba de acuerdo en que la prohibición sólo se refería a distinciones de carácter desfavorable carentes de objetivo o de base razonable. Además, prácticamente todos aceptaban también que igualdad no significaba identidad de trato y que había casos en que estaba justificado que la ley hiciera distinciones entre individuos o grupos.

Por otra parte, tenemos el Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, orientado, fundamentalmente, a la lucha contra la discriminación racial pero que puede aplicarse a otras formas de discriminación y que compromete a todos los Estados miembros a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista Española de Derecho Administrativo,* Madrid, núm. 90, 1996; Quintanilla Navarro, Beatriz, "La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke versus Glissmann'", *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.

81 *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación,* vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 103.

y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a ese respecto, a promulgar leyes de esa índole y a tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y las sindicales y otros organismos pertinentes.

En esta enumeración, debemos incluir una Convención similar aprobada en el marco de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobada en 1966; la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales de 1978; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de la OIT de 1975, entre otras.[82]

3. *Confusión terminológica*

Como ya adelantamos, en todo este tema hay una importante confusión terminológica entre acciones positivas o afirmativas y discriminación positiva o incluso entre discriminación directa e indirecta con sus respectivas traducciones, etcétera.

Así tenemos que el término acción positiva se utiliza, preferentemente, en la Unión Europea y más concretamente proviene de la influencia del Reino Unido.

El término acción afirmativa se utiliza en el ámbito americano, dada la traducción textual del término inglés *Affirmative Action.*

La discriminación positiva es una expresión, asimismo, de construcción europea derivada de la estadounidense discriminación inversa, *Reverse Discrimination,* términos no muy atinados, como subrayamos, ya que de acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra "discriminación" exclusivamente para designar distinciones "arbitrarias", "injustas" o "ilegítimas", el término "discriminación positiva" es un contrasentido: la distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse "discriminación", o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse "positiva".

En los Estados Unidos de América se puede diferenciar: entre acciones afirmativas y discriminación inversa o benigna, (*Reverse Discrimination o*

82 *Ibidem,* pp. 106-113.

Benign Discrimination); Reverse Discrimination (impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables) y *Benign Discrimination* (lícita) y; entre cuotas por decisión y cuotas por resultados u objetivos y así un largo etcétera que a lo único que induce es a la confusión.

Nosotros creemos oportuno, de esta manera, elaborar una serie de definiciones de aquellos conceptos mas usuales.

4. *Acción positiva*

Ya definimos, anteriormente, la acción positiva siguiendo a José Ignacio Casas,[83] como el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.

Elementos:

— Temporalidad;
— Establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica;
— Educación, concientización;
— Corrección "histórica" de fenómenos anómalos, de fenómenos discriminatorios.

5. *Discriminación positiva o inversa*

Discriminación positiva o inversa es un tipo de acción positiva y consta de dos elementos particulares; primero, que la acción correctora no es sólo desigual sino también discriminatoria, ya que se refiere a un tipo especial de desigualdad y, segundo, que la discriminación inversa se produce respecto de bienes escasos (falta de puestos de trabajo, vivienda o cupos universitarios) lo que produce que el beneficio para unas personas sobre estos bienes tiene necesariamente un perjuicio para otras.

Al decir de Rey Martínez, una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa, que adopta típicamente la forma de cuota. A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, como decimos

83 Casas, José Ignacio, *op. cit*., nota 77.

particularmente escasas y disputadas, asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.[84]

Así: a) el costo de la medida lo sufre un solo individuo; b) se desarrollan en contextos de escasez de ciertos bienes.

6. *Discriminación directa*

Según Campbell "la discriminación es directa si los tratamientos (*Allocations*) que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada …".[85]

[84] Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo,* col. Miradas, núm. 1, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2005, pp. 75 y ss.

[85] Campbell, Tom, "Sex Discrimination: Mistakint the Relevante …", citado por Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.,* nota 24, p. 22. Esta definición que nos aporta Tom Campbell nos da un perfil muy aproximado de dicho tipo de discriminación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se refiere a los tipos de discriminación en su Sentencia del 8 de abril de 1976, en el asunto Defrenne II, C-43/75. Gabrielle Defrenne era una azafata de vuelo de la Compañía belga SABENA que, al terminar su contrato laboral al cumplir los 40 años, interpone dos tipos de recursos: el primero, contra la normativa que regulaba el régimen especial de jubilación del personal de vuelo de la aviación civil en Bélgica —que dará lugar a la Sentencia del 25 de mayo de 1971, Defrenne I, C-80/70—; el segundo, contra la Compañía SABENA, es el que originará la Sentencia que ahora se comenta. La pretensión de la demandante en este último caso se concreta en una indemnización por razón de la diferencia sufrida como trabajador femenino en materia de remuneración, en comparación con sus colegas de sexo masculino que realizan el mismo trabajo en concepto de personal de vuelo. El artículo en el que sustenta su acción la demandante, es el artículo 119 del Tratado de Ámsterdam, que consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. Así tenemos que se produce una discriminación directa cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo o por motivos inseparablemente unidos al sexo o cualquier otra de los paradigmas discriminatorios. Como en el caso comentado, por ejemplo, tiene lugar un tratamiento distinto por razón de sexo cuando se aplican diferentes escalas salariales para hombres y mujeres que realizan un mismo trabajo, cuando las ofertas de trabajo se dirigen sólo a hombres o mujeres, cuando se utilizan distintas clasificaciones en los sistema de evaluación de puestos de trabajo por razones de sexo y cuando se fijan diferentes límites de edad para la jubilación de hombres y mujeres; son algunas de las causas o razones rediscriminación en los Estados miembros de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera necesario efectuar la distinción entre las discriminaciones "directas y manifiestas" y las discriminaciones "indirectas y ocultas". En la Sentencia del 27 de marzo de 1980, *Macarthys*

La discriminación directa rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Es decir, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. En términos generales, contempla el criterio formal de discriminación establecido en los mandatos de no discriminación. Suele identificarse con el *Disparate Treatment* del derecho anglosajón.[86]

En los diferentes ordenamientos jurídicos hay una línea que va en el sentido de prohibir las discriminaciones directas, esto es, de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia de uno u otro sexo. Así el Tribunal Constitucional español ha estimado que son contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo discriminaciones directas tales como las siguientes: las cláusulas de celibato; las discriminaciones por razón de embarazo; aquellas disposiciones que reservaba la titularidad de cabeza de familia al padre, y a la madre sólo en defecto de aquél; aquellas normas que establecían que, en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos menores de siete años quedarían al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo; la norma de conflicto que señalaba la nacionalidad del marido al tiempo de contraer matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales del matrimonio, etcétera.[87]

7. Discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta, en la legislación de igualdad de trato, es reciente en el ámbito de la Unión Europea. La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Mientras

Ltd vs. Wendy Smith, C-129/79, nos dice que el artículo 119 del Tratado se aplicará directamente "a todas las formas de discriminación directas y manifiestas, susceptibles de ser constatadas con la sola ayuda de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de remuneración recogidos en el citado artículo".

86 Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas…, op. cit.,* nota 15, p. 117.

87 Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado por razón de sexo… op. cit.*, nota 84, pp. 36 y ss.

que la discriminación directa se detecta o advierte en una única instancia, llamémosla lingüística, en el caso de la indirecta, la detección necesita dos, lingüístico y extralingüístico. Por ejemplo, en materia salarial, la discriminación indirecta se da cuando la posible carga discriminatoria no es directamente detectable con la simple contemplación de las diferencias retributivas legal, reglamentaria o colectivamente tasadas, aún existiendo identidad en el trabajo, sino a través del análisis de disposiciones que conducen a la calificación profesional del trabajador de la que derivará su nivel retributivo.[88]

La discriminación indirecta surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición y son como resultado de los efectos o consecuencias de la misma. Puede darse cuando se usa un criterio no prohibido que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. De esta manera, sobre la base de la elección de criterios aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio.

En la discriminación indirecta reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etcétera, sino que la aplicación de ese criterio incide perjudicialmente en los individuos de esas características y por ello, en el grupo al que pertenece ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados por el *Disparate Impact* o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.[89]

Al igual que acontece en la discriminación directa, se establece una prohibición de discriminación indirecta, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavo-

88 Ortiz Lallana, Maria del Carmen, "El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España (a propósito de la Sentencia TJCEE de 1 de julio de 1986)", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, núm. 29, enero-marzo 1987, pp. 81 y ss.; Meucci, Mario, "Discriminazione indirectta nella progressione di carriera delle lavoratrici part-time", *Lavoro e Previdenza Oggi,* Milán, Italia, año XXII, vol. 2, sigue 2, febrero 1995, pp. 386-393. Con estas premisas, tenemos, por lo tanto que así como la intención califica a la discriminación directa, el resultado calificada a la indirecta.

89 Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas…, op. cit.,* nota 15, p. 118.

rable que tienen sobre los miembros de uno y otro sexo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también "discriminación de impacto").[90]

8. *Modalidades de las acciones positivas*

La acción positiva puede adoptar formas o "modalidades" diferentes, no es una medida uniforme por lo cual pueden cambiar los métodos para conseguir el objetivo principal.

Cada modalidad de acción positiva tendrá que ser congruente o se deberá ajustar al contexto particular para el cual se le demande una acción de este tipo. De esta manera destacamos, según nuestro parecer, las principales modalidades:

1. Medidas dirigidas a eliminar las causas subyacentes de las menores posibilidades de empleo o de carrera de cualquiera de los sexos, de las razas, etcétera.
2. Medidas que favorezcan un cierto equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, así como un reparto más equilibrado de estas responsabilidades entre los dos sexos, cuando hablamos, en específico, de la discriminación por género.
3. Medidas basadas en la idea de que la acción positiva debería procurar compensar las desventajas del pasado.

La primera de las medidas mencionadas, se centra, fundamentalmente, en la intervención en el sector de la orientación y la formación profesional. Un ejemplo sería el establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos. Dicho proceso, a su vez, puede consistir en buscar miembros de grupos desfavorecidos que tal vez no sepan a qué prestaciones tienen derecho en la esfera de la vivienda u otros bienes de carácter social.[91] Son las denominadas "movilización positiva" y

[90] Rey Martínez, Fernando, *El derecho a no ser discriminado…, op. cit.,* nota 84, pp. 44 y ss.

[91] *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación,* vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, p. 112. Es lo que se denomina "movilización afirmativa o positiva".

Cuando lo que se quiere comprobar es si para acceder a un determinado empleo, por ejemplo, se ha realizado con base en sus méritos o si el racismo o el sexismo ha sido

"equidad positiva" destinadas a superar los problemas sociales de un determinado grupo, medidas de buena acogida y aceptación.

Por lo que respecta a la segunda medida, consideramos importante detenernos en ella para valorar su dimensión y/o proyección actual. Partimos entonces, en cuanto al sexo se refiere y en el contexto europeo, de la transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia y 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al permiso parental, al ordenamiento jurídico español, por ejemplo, a través de la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral, de 5 de noviembre, que nace como una necesidad de adaptación de la célula básica de nuestra sociedad, la familia, la cual se ha visto obligada a adaptarse a una época de grandes cambios.[92]

España, por ejemplo, en 20 años ha pasado de un modelo familiar y laboral en que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado. Hablamos de conciliar la vida familiar y laboral (y nosotros agregaríamos "personal"),[93] que debería consistir

un factor en el proceso de evaluación, verificando la pertinencia de criterios de contratación o ascenso para los puestos respectivos y que éstos no se utilizan para ocultar la discriminación racial o sexual, se le denomina a este proceso "equidad positiva o afirmativa", un proceso que lleva a contratar siempre a las personas mejor cualificadas.

92 La Ley 39/1999 introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionados con la maternidad, paternidad y cuidado de la familia (permisos para consultas prenatales y cursos de preparación al parto —siempre que no puedan realizarse fuera del horario de trabajo—, permisos por maternidad, permisos por paternidad, hora de lactancia, permisos en caso de nacimiento prematuro, reducción de jornada por causas familiares, excedencia para el cuidado de familiares —no remunerado—, excedencia para el cuidado de hijas o hijos menores de seis años —no remunerado—, situaciones de riesgo asociadas a la maternidad), así como modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley General de Seguridad Social y las Leyes reguladoras de la Función Pública.

93 La profesora Eva Martínez resalta la esfera personal porque a las mujeres ésta siempre se les ha negado (…) y no han podido tener tiempo físico y mental para sí mismas, ocio para cultivar su espíritu, su mente y su cuerpo, debiendo dedicarse en exclusiva a dar apoyo emocional, cuidar a la infancia, a familiares ancianos, enfermos o discapacitados, a las tareas domésticas y al trabajo fuera del hogar. La jornada interminable. Tiempo personal que a los hombres nunca se les ha negado. Martínez Sampere, Eva, "Legislación para combinar la vida personal, familiar y laboral. Análisis comparado desde una perspectiva autonómica, estatal e internacional" *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e im-*

fundamentalmente en una efectiva equidad en la distribución de las responsabilidades familiares y laborales tanto desde el punto de vista personal como social, como elemento imprescindible (pero no el único) para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.[94] Una conciliación (que determina de partida un conflicto) que visualice esa necesidad de proteger y no atentar contra la salud de las mujeres y que ello no derive en una sucesión de acontecimientos que generen un problema para todos, como ejemplo no tenemos más que atender el planteamiento de muchas mujeres con vocación o con la inquietud de la maternidad y la tesitura en la que se encuentran cuando deben valorar el binomio: maternidad/trabajo remunerado y/o maternidad/no promoción laboral.

Hay una relación simbiótica entre la igual protección ante la ley y la no discriminación; éste hecho lo explica la CIDH con gran precisión de la siguiente manera:

> Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula

pacto social, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa).

94 Corona Aguilar, Antonia, "¿Cómo conciliar en los tiempos que corren?", *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social,* Universidad de Sevilla. Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003. En Ana Guil Bozal, "Mujeres y hombres de hoy. El banco del tiempo. Perspectiva psicosocial", *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social,* Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa), se presentan una serie de datos que plantean interrogantes como que en España en 1998, más del 40% de quienes alcanzan el grado de doctor son mujeres, que en su mayoría sólo llegan a profesoras titulares ¿por qué el escaso 13% de catedráticas? Expresa que la falta de ascenso o promociones no se debe a una falta de preparación y de ahí incoa a medidas como las acciones positivas, entre ellas conciliar la vida laboral con la familiar y la personal. Los bancos del tiempo representan un importante punto de apoyo a la difícil conciliación entre vida laboral, familiar y personal de las mujeres y los hombres.

En Romero Landa, Luis Benjamín, "Diferentes formas de economía y/o intercambios", *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social,* Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003, se pueden contemplar los inconvenientes que pueden producirse en un banco del tiempo como el que tiene la Universidad de Sevilla y cómo se intenta resolver estos problemas en el caso concreto.

> la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias.[95]

En realidad la crítica que persiste en el tema es que parece que la evolución hacia un papel cada vez más visible y activo de las mujeres en la vida social, respaldada por una normativa legal que la apoya e impulsa, se ha producido sin que se haya puesto en marcha, de forma seria y coincidente, apenas algún tipo de desplazamiento en las conductas y en los roles públicos y privados de muchos hombres, en la cultura que envuelve el mundo del trabajo —el estilo de organización, la distribución de los horarios o la legislación que regula las relaciones laborales—, en la dinámica de funcionamiento familiar, en las políticas de apoyo que ofrecen las instituciones públicas, etcétera, lo que conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades.[96]

Por último, por lo que respecta a la tercera medida señalada, las acciones positivas consisten en el trato preferencial a favor de determinados grupos que bien puede plasmarse en objetivos cuantificados para el empleo de mujeres, de grupos étnicos, etcétera en sectores de actividad y profesiones donde están infrarrepresentados, especialmente en puestos de responsabilidad. Son planes de igualdad en las empresas y como una política más, en el sector público o privado, se incentivará a aquéllas que incorporen medidas innovadoras para hacer realidad la igualdad en su organización y proporcionen servicios que faciliten la conciliación.

Esta es la modalidad de acción positiva a la que nos hemos venido refiriendo, y que más controversia implica, y la que siempre se proyecta como modelo primigenio, ya que puede inducir a aplicar una preferencia hacia miembros de grupos sin tener en cuenta los méritos individuales; ahí es precisamente donde se debe tener sumo cuidado y no incidir en una discriminación hacia aquellos grupos que en principio no son vulnerables.[97]

95 CIDH, Informe núm. 4/01, caso 11.625, Maria Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 52.

96 Flecha García, Consuelo, "Educación y relaciones de género", *Jornadas Conciliar vida laboral, familiar y persona. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social,* Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.

97 Invitamos al lector a consultar la cuestión que diferencia entre cuotas y objetivos determinadas en esta investigación en páginas anteriores.

9. *Algunos fundamentos o justificaciones de las acciones positivas*

La filosofía en la que se enmarca las políticas de igualdad, es más, políticas de igualdad de oportunidades son, definitivamente, generadoras de mucha controversia y poco acuerdo.

El debate en torno a la *Affirmative Action*, acciones positivas, no es una cuestión numérica, minorías/no minorías, es sobre todo, una filosofía social, en la cual la nación o todos los individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

Podemos distinguir una diversidad de justificaciones para las acciones positivas.

En primer lugar, tenemos el argumento de que las acciones positivas actúan para compensar una discriminación del pasado, por ejemplo en el mercado de trabajo, que reemplazó a las minorías a una desventaja que nunca se hubiera dado por sí sola.

Se necesita "discriminar"[98] temporalmente para el avance de la justicia social y el progreso; son demasiadas las distancias económicas, de educación y culturales, fundamentalmente. La acción positiva encierra

98 En este momento, reiteramos la confusión terminológica existente entre las nociones de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades, discriminación positiva y discriminación inversa. No es infrecuente que en la literatura sobre esta materia denomine un mismo concepto de maneras diversas sin saber muy bien qué comprende cada término, existiendo, incluso, contradicciones entre los diferentes significados asignados a cada uno de ellos. Véase Ruano, Lucia, "Acciones positivas y discriminación positiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi,* Madrid, año V, núm. 227, 1995.

En el ámbito norteamericano continúa una ardua polémica entre términos que aparentemente pueden parecer sinónimos, como discriminación positiva y discriminación inversa. En el ámbito comunitario, el problema se encuentra, fundamentalmente, en la no idoneidad o adecuación de tales términos, tal y como se concibieron en los Estados Unidos de América, a la realidad europea.

En Europa, hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas. Según Barrère Unzueta, "no es lo mismo (en el sentido de que no obtiene la misma legitimación social):

a) establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que, por ejemplo, a los blancos (discriminación inversa o positiva); que

b) el supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso se de prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva).

En España el desarrollo de derecho antidiscriminatorio es por vía administrativa y judicial. En Europa es por vía legislativa.

toda medida que va más allá de la terminación con las prácticas discriminatorias para compensar discriminaciones pasadas, presentes o futuras.

De esta manera tenemos que en el aspecto económico, un país no puede soportar la pérdida de talentos que pueden ejercer su potencial. Es una cuestión lógica donde podríamos visualizar los *beneficios* de una política de igualdad en el empleo, por ejemplo, donde se expresa: 1. Igual empleo para todos los ciudadanos. 2. Reforzamiento de los objetivos sociales (plena igualdad), 3. Mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de dichos grupos conocen mejor los problemas del grupo, 4. Mejor aprovechamiento de la fuerza laboral, 5. Ingresos familiares más elevados, 6. Mayor producción nacional, 7. Mejor autoimagen de los ciudadanos, 8. Contribuyentes más útiles a la sociedad.

Como vemos, hay sólidas razones económicas para promover la igualdad de oportunidades, con la finalidad de que todo el mundo contribuya al bienestar económico, bienestar social de nuestras comunidades y participe del mismo (dadas las tendencias demográficas y la necesidad de impulsar la participación).

No obstante, no hay que descuidar que una política de esta envergadura puede generar *perjuicios* que deben ser contemplados para ser superados, tales como: 1. Carga adicional por el gasto administrativo de programas para el personal; 2. La dirección de las empresas pierden cierta autonomía de la que gozaba, por ejemplo en cuanto a decisiones de reclutamiento; 3. Incluso si se disminuyen los requisitos a la hora de contratar, cuestión que nunca debe de darse, disminuye la eficiencia en la industria y la educación; 4. Jubilaciones anticipadas para preservar empleos de minorías.

Estos aspectos están relacionados con aquellos beneficios que el Estado debe proporcionar al sector que actúe activamente en favor de estos grupos.[99]

Hablamos de igualdad de oportunidades en relación con la igualdad en los resultados.

En el ámbito educativo, en una sociedad donde la educación es tal vez la llave de la economía y la movilidad social, el acceso a una oportuni-

[99] Reiteramos que, por ejemplo a las empresas que empleen al sector discriminado y que invierten en programas de prácticas o capacitación necesitan un trato fiscal favorable; en el ámbito educativo, la promoción de becas, etcétera, y así sucesivamente.

dad educacional es crucial para las minorías, no es una cuestión de inferioridad intelectual.

Ya en los Estados Unidos de América la práctica demostró que en una escuela de admisión abierta, los negros eran admitidos pero fracasaban si no se daban recursos y apoyo, programas específicos de acción positiva, donde se alcancen niveles igualitarios para poder competir.

La educación es el camino de un éxito seguro para poder acabar con actos discriminatorios.

Otro factor de justificación en las medidas de acciones positivas lo tenemos en la necesidad de crear representación proporcional de los grupos como componente de una sociedad justa. Hablamos de la necesidad de un componente de "diversidad" ya contemplado en la Sentencia De-Funis *vs*. Odegaard de 1974 y posteriormente en el caso Regents of the University *vs.* Bakke de 1978, en el que se concluyó que el objetivo de admitir preferencias raciales en la universidad era el propio interés de la universidad de contar con un alumnado diverso que aportara experiencias diversas y así enriquecer la experiencia educativa en general.

Las acciones positivas tienen por objeto la sensibilización y la movilización de la sociedad y deben de emanar tanto de las autoridades del estado como de las organizaciones sociales, base de estabilidad no sólo económica sino social.

Acciones positivas como un conjunto diverso de respuestas que tienden a superar la discriminación. No obstante, realizamos la observación que los programas de acción positiva no son un sustituto de los programas de reducción de la pobreza y tampoco sustituyen las leyes contra la discriminación, ya que por ejemplo al beneficiar a la comunidad china o judía de una determinada comunidad no significa que estos grupos son desfavorecidos o discriminados en el resto de la comunidad internacional.

La meta de la acción positiva es el eliminar las barreras que se encuentran más allá de la ley, para una igualdad de oportunidades en el empleo, en la educación, en la vida diaria, incluyendo prácticas intencionales o no intencionales,[100] discriminaciones directas e indirectas.

El propósito de los programas de acciones positivas es "quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía" y abrir oportunidades para las minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o "cam-

100 Frankel, Paul Ellen, *et al*. (eds.), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edwards Brothers, Inc., 1991, pp. 80 y ss.

biar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de desmantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas".[101]

Los programas de acción positiva actúan desde dos perspectivas:

— Programas de *protección* (llegar a mejor calificación), y
— Programas *preferenciales* (mínimo de calificación y después se da estas preferencias que son moralmente justificables).[102]

IV. Recomendaciones para la implementación de acciones positivas

Hasta este momento, según el desarrollo del presente artículo, destacamos un punto toral que es la necesidad de introducir, en todos los niveles, la igualdad entre los géneros, entre las razas, etcétera.

En este tenor nos congratulamos al visualizar que a lo largo de esta exposición en torno al derecho a la no discriminación seguimos, casi de manera paralela, el informe final presentado por el señor Marc Bossuit, relator especial, de conformidad con la Resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Prevención de la Discriminación, al hacer referencia al concepto y la práctica de la acción afirmativa;[103] y no sólo desde su introducción en donde se refuerza, tal y como nosotros concebimos, la necesidad de permear a la comunidad internacional de posturas activas en torno al concepto y la práctica de la acción afirmativa o positiva, pasando por su concepto y caracteres, su justificación, las formas o "modalidades" de las acciones positivas hasta llegar, en nuestro contexto mexicano, a recomendaciones para la implementación de dichas medidas, que van más allá incluso de las propuestas en el mencionado informe tal y como vamos a resumir a continuación.

El marco jurídico mexicano, en cuanto al principio de igualdad, ha sido modificado, tal y como ya reflejamos, en las últimas décadas a través de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 14 de agosto de 2001, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo

101 Rodríguez, Marcela V., *op. cit.*, nota 53*,* p. 253.

102 Véase, Taylor, Bron Raymond, *Affirmative Action at Work Law, Politics, and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 5-34.

103 *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación,* vol. I, disco compacto, México, CDHDF, 2004, pp. 93-127.

primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115. Además, se observan las modificaciones a los Códigos Penales y Civiles para el Distrito Federal con el propósito de prevenir y sancionar la violencia familiar, así como la Ley de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal; la iniciativa de reforma y adiciones al Código Penal para elevar la edad de 6 a 18 años del sujeto pasivo del delito de corrupción de menores; las iniciativas de reforma de diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; Iniciativas de reforma a la Ley General de Salud; iniciativas de reforma y adiciones a diversas disposiciones de la Ley Agraria; iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Con respecto a esta última, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya tuvimos ocasión de comentar muchos de sus aspectos en un epígrafe anterior, al cual remitimos para no redundar en sus propuestas y recomendaciones, además de apuntar que el Conapred ya tiene recogidas todas y cada una de las sugerencias y opiniones vertidas, a lo largo de su itinerario de dos años, a la LD para que una vez analizadas se pueda mejorar dicha ley; de hecho buena parte de las medidas sugeridas son derechos ya existentes en otros ordenamientos como los enunciados e incluso en la propia Constitución, por lo tanto una tarea importante para el Consejo sería o es la instrumentación de tales medidas como por ejemplo, la fijación de metas específicas y plazos para alcanzarlas, el seguimiento estadístico de los resultados, etcétera. Por otro lado, subrayar y reiterar que es una ley que nació con la firme vocación y con las mejores intenciones de ser un instrumento más de lucha contra la discriminación en México, y que como desarrollo del párrafo III, del artículo 1o. Constitucional, innova no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa, una ley que permite influir en la sociedad con acciones concretas con el claro objetivo de eliminar cualquier forma de exclusión y por ende, implementar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Además, a lo largo de este trabajo se han manejado diversas "alternativas" o propuestas dirigidas a la erradicación de la discriminación y así hemos propuesto:

— programas que fomenten capacitación laboral,
— incentivos fiscales para empresas que actúen estableciendo medidas activas (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos);
— sistemas de becas para el acceso a la educación;
— cotejo con el derecho comparado para atender éxitos legislativos que mediante la adaptación a nuestra realidad mexicana, nos sirva para avanzar en estas políticas de acción positiva, nos referimos a la mencionada Ley española para Conciliar la Vida Familiar y Laboral de 1999, con la propuesta de los Bancos de Tiempo, e incluso la denominada Renta Básica, ubicada en Brasil, tal y como vamos a hacer referencia en nota a pie de página; y por último,
— una propuesta que nos parece de gran interés que es el establecimiento de presupuestos con perspectivas de género, que va desde el ámbito federal hasta el local.

Como decimos, en todo este discurso cobra una singular importancia, para llevar a cabo este proyecto de igualdad, los presupuestos con perspectivas de género, de raza, etcétera.

Si nos acotamos, en este momento, a los presupuestos con perspectivas de género vemos cómo forman parte de una de las grandes iniciativas, a nivel mundial, en la búsqueda de la tan anhelada igualdad real, de hecho y de derecho, entre los sexos.

El papel del poder financiero del Estado es de suma importancia como incentivador de la igualdad de géneros, de razas, etcétera. Es aquí donde el derecho financiero se ve como un derecho promocional e incentivador, en cuanto tiene la característica de la repartición de recursos disponibles para influir en las condiciones de vida de la sociedad, estimular, incentivar y promover los comportamientos de los individuos y grupos sociales considerados económicamente ventajosos, por ejemplo, exenciones, bonificaciones, subvenciones y transferencias.

En México, el marco legislativo, a nivel federal, en materia presupuestaria está conformado por la Ley de Planeación, el Presupuesto de Egresos de la Federación, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y el Plan Nacional de Desarrollo, sin embargo, la perspectiva de género en estas legislaciones es muy pobre. En este punto, es necesario mencionar la iniciativa para modificar el decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación de 1999, el cual contenía modificaciones a los presupuestos para el rubro de pobreza extrema (ramo 26) y el Fondo de

Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal (ramo 33), cuyo objetivo era lograr mayores beneficios directos para las mujeres.

V. Conclusiones

1. Todas las teorías de los derechos humanos parten de la necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual con independencia de su sexo, raza, religión, discapacidad, clase social o tradición cultural.

"El sufrimiento de los excluidos se proyecta a toda la sociedad. El sufrimiento humano, tiene una dimensión tanto personal como social; así el daño causado a cada ser humano (…) afecta a la propia comunidad como un todo".[104]

2. La filosofía en la que se enmarca las políticas de igualdad, es más, políticas de igualdad de oportunidades son, definitivamente, generadoras de mucha controversia y poco acuerdo.[105]

3. El debate en torno a las acciones positivas no es una cuestión numérica, minorías/no minorías, es sobre todo una filosofía social en la cual la nación o todos los individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

4. El derecho antidiscriminatorio, en el que se refleja el mandato de no discriminación, tiene su característica fundamental en el carácter "grupal", es decir, que a través del mismo no se trata de hacer justicia a situaciones de individuos que pertenecen a un mismo grupo sino que, precisamente, lo que el derecho antidiscriminatorio intenta paliar es la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo (generalmente designado por el color de la piel, su origen étnico, el sexo, etcétera) frente a quienes pertenecen a otro.

104 Corte IDH, Caso de los "Niños de la calle" (Villagraán Morales y otros) Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 26 de mayo de 2001. Voto Razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 21.

105 De hecho, todo este tipo de política social se caracteriza por la polémica que conlleva la falta de consenso entre los diferentes interlocutores; veamos tan sólo la cuestión planteada a través de la "Renta Básica de Ciudadanía"; véase Noguera, José Antonio y Raventós, Daniel, "La Renta Básica de Ciudadanía: acerca de la justicia, la polarización social y el derecho al trabajo", *Claves de Razón Práctica,* núm. 120, marzo 2002, 24 pp; Matarazzo Suplicy, Eduardo, "De la renta mínima a la renta básica en Brasil. La reciente evolución de un instrumento de combate a la pobreza y a la desigualdad", entre otros.

5. Las medidas de acción positiva no sólo consisten en "remover obstáculos" sino en "promover las condiciones" para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. No hay que olvidar que lo que se pretende con estas políticas es lograr una igualdad real sustantiva y no una simple igualdad formal; una igualdad real sustantiva que despliegue una verdadera igualdad en los resultados.[106]

6. Definitivamente, el principio de igualdad de trato se viene a implementar con la prohibición de discriminación como garantía fundamentalmente de protección de nuestros grupos vulnerables pero no tiene un futuro muy prometedor si no se implementa con la fuerza coactiva del Estado, que inste, a través de normas reglamentarias, tanto a las instancias públicas como privadas, a realizar políticas activas, medidas que prevengan la discriminación y a la vez medidas positivas, acciones positivas y compensatorias (justicia compensatoria)[107] a favor de la igualdad de oportunidades.

7. No olvidemos la aplicación del principio aristotélico, según el cual "parece que la justicia consiste en igualdad y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales". La fórmula aristotélica "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad) ni tampoco que, por el contrario, se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad).

Se resalta la idea de que debe de haber normas de compensación destinadas a obligar a los Estados a tomar medidas y a desenvolver acciones con vista a asegurar una verdadera igualdad y permitir a las personas, o

106 Fue en los Estados Unidos de América, con la Administración Johnson, cuando se comienza a tener en cuenta no sólo lograr niveles de igualdad sino dar los instrumentos. Johnson declaró en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad de Howard, en junio de 1965, es decir, el mismo mes de la votación decisiva en el Congreso que daba una mayor participación electoral a los negros "La libertad no es suficiente. No es posible borrar las cicatrices de heridas seculares diciendo 'Ahora sois libres, libres de hacer lo que queráis, de elegir a los dirigentes que os parezca'. Cuando alguien ha permanecido encadenado durante años no basta, para hacerle justicia, con romper sus cadenas y decirle 'Ahora sí que puedes competir libremente con los demás'. Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas posibilidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible, un auténtico paso adelante".

107 Rodríguez, Marcela V., *op. cit.,* nota 53*,* p. 256.

grupos de personas, que puedan ejercer sus derechos de forma semejante a los otros miembros de la sociedad. Es aquello que se designa comúnmente por "igualdad de oportunidades" que se vuelve una noción jurídica como "igualdad en los resultados".

8. La igualdad de oportunidades es la piedra angular de todo sistema de vida democrática que implica, entre otros factores, una ausencia total de discriminación política, social y económica, fundamentalmente, en materia de empleo y ocupación. Tal ausencia es un elemento esencial de la tan anhelada justicia social.

9. No hay que olvidar, en ningún momento, que la justificación de estas políticas de *Affirmative Action* están fundadas en encontrar niveles de igualdad plenos para un sector que ha sido discriminado históricamente y que este proceso de "apoyo" está marcado por un estricto calendario, por una temporalidad, que se terminará en aquel momento, preciso, que se logren verdaderos niveles de igualdad.

10. La discriminación tiene un alto costo social, de inclusión, pero también tiene un alto costo económico al prescindir de determinados individuos por causas discriminatorias.

11. No todas las exclusiones son igualmente objetables (*Business Necessity*).

12. No perdamos de vista la justificación de las políticas de compensación, por ello insistimos en que nada en las medidas de acción positiva propugna el cambio de posición o de poder; no se trata de cambiar la discriminación en la figura de otros individuos; no se trata de que sean otros los discriminados, sino que la consecución o logro de las metas de las acciones positivas desactiven la discriminación, su aplicación. Se trata de "ceder" por el bien de la comunidad, por el beneficio común. Una solución buena para todos implica que pueda ser más justa para unos que para otros.

13. La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta está arraigada en una determinada estructura social.

14. Por último, reforzar la idea de que todos estamos involucrados, implicados en los desajustes de nuestra sociedad y más involucrados están quienes tienen la posibilidad de activar el cambio social y la igualdad real. Se les debe exigir a nuestros legisladores que aboguen, en nuestros ordenamientos jurídicos, más que a una política de no discriminación, una política que declara igualdad (eminentemente pasiva); abogar, deci-

mos, por una política de acción positiva (eminentemente activa) que inste a nuestras autoridades no sólo a resguardar y proteger la no discriminación, sino reservar acciones positivas que nos den una oportunidad frente a esas discriminaciones históricas, de llegar a niveles de igualdad reales de hecho y de derecho. Las medidas de acción positiva no sólo deben consistir, negativamente, en "remover obstáculos", sino también, de modo activo, en "promover las condiciones" para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. No debe olvidarse, una vez más, la función social del derecho y la función social que cada Estado debe realizar.

Como decíamos a lo largo de este texto, no se necesitan ni buenas palabras, ni buenas intenciones, sino "instar a las autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para proporcionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas" que tengan una aptitud activa, no meramente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli denomina *falacia garantista,* que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.

EL HOLOCAUSTO GUATEMALTECO Y EL DERECHO A CONOCER LA VERDAD Y LA RECUPERACIÓN DE LA "MEMORIA HISTÓRICA". UN NUEVO DERECHO COLECTIVO DE LOS PUEBLOS

José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES

En este apartado haré referencia al holocausto sufrido por el pueblo guatemalteco a partir de 1954 año en que fue derrotada la Revolución de Octubre (1944-54) en forma somera, la propuesta es que a partir de esta desgracia en materia de los derechos colectivos de los pueblos, surge un "nuevo derecho" el derecho a conocer la verdad y a recuperar la memoria histórica que se pretende ahogar y negar a las nuevas generaciones de guatemaltecos, que debe ser una materia obligatoria en los planes y programas de estudios desde la primaria hasta los posgrados.

En *Guatemala Memoria del Silencio (Tzínil na´tabál) Conclusiones y recomendaciones del informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico,* se plantean medidas para preservar la memoria de las víctimas. Pues cabe recordar que el *Acuerdo de Oslo* se enfatizó la necesidad de dignificar y recordar a las víctimas del enfrentamiento fraticida entre guatemaltecos. La CEH consideró que la memoria histórica, individual y colectiva, es el fundamento de la identidad nacional. La memoria de las víctimas es un aspecto fundamental de la memoria histórica y permite rescatar los valores y las luchas por la dignidad humana.

El Acuerdo de Oslo, estableció la necesidad de realizar encuentros entre los dirigentes de la URNG y de las diversas organizaciones sociales guatemaltecas, caben destacar: El Escorial/Madrid/España (URNG-Partidos Políticos); Ottawa, Canadá (URNG/Empresa privada); Quito, ecuador, (URNG/ Sector religioso); Metepec/Puebla/México, (URNG/Sector sindical y popular); Atlixco/México (URNG/Sectores de la pequeña empresa, cooperativo, académico, otros). En estas reuniones se recogió el sentir nacional.[1]

[1] Véase Torres Rivas, Edelberto, *Negociado el futuro: la paz en una sociedad violenta*, Guatemala, FLACSO, 1997 y Aguilera, Gabriel, *Los temas sustantivos en las propuestas para la paz,* Guatemala*,* FLACSO, 1994.

Como se refleja en el informe, en Guatemala se ha desarrollado una cultura de la violencia de la que ha resultado una actitud de falta de respeto y un sentimiento de desconfianza entre los guatemaltecos, a que a todas luces se hace necesario reconvertir en una cultura de respeto mutuo y tolerancia.

Por eso se recomendó que el Estado, como imperativo moral y deber suyo, asuma el contenido del informe y apoye cuantas iniciativas se pongan en marcha para su difusión y promoción.

En el punto número 35. Se propuso que el gobierno apoye y financie la traducción de las conclusiones del informe a los idiomas garifuna y xinca y por supuesto a los idiomas indígenas.

En el punto número 36. Que los currículos de educación primaria, secundaria y universitaria se incluya la enseñanza de las causas. El desarrollo y las consecuencias del enfrentamiento armado, así como del contenido de los Acuerdos de Paz, con la profundidad y el método correspondiente a cada nivel educativo.

En el Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación Histórica de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, en torno a *La memoria colectiva,* se hace alusión a dos aspectos que son fundamentales:

> *La historia oficial*: la sociedad guatemalteca ha vivido sometida a la censura, la manipulación informativa y el aislamiento social durante muchos años, lo cual no ha permitido un conocimiento real de la historia. Es deber de la autoridades gubernamentales y educativas modificar la *curricula* de estudios e incluir en los libros de texto manuales de historia y documentos oficiales relevantes para una narración fiel de lo sucedido durante el periodo del conflicto armando en el país, tomando como base los resultados del proyecto REMHI y de la Comisión del Esclarecimiento Histórico...
>
> *Devolución de la memoria*: El Estado debe facilitar la devolución de la memoria a las comunidades y grupos afectados, siguiendo las investigaciones realizadas por la Comisión del Esclarecimiento Histórico en coordinación con otras instituciones o movimientos sociales.
>
> Además de su proyección en el futuro, a través de la inclusión en la historia oficial, como ya se ha señalado, los resultados de las recientes investigaciones sobre el pasado deben socializarse y devolverse a través de materiales testimoniales y pedagógicos que supongan un reconocimiento simbólico de la experiencia recibida en los testimonios, una sistematización de los hechos y efectos de la violencia y una dignificación de las victimas.

> Esas formas de devolución de la memoria tiene que ayudar a explicar, aclarar y entender lo ocurrido dentro de lo posible e extraer lecciones y conclusiones para el presente; darle un sentido a la experiencia y reconstruir lo ocurrido haciendo hincampié en los aspectos positivos para la identidad colectiva. Pero además, la memoria debe evitar la fijación en el pasado, la repetición obsesiva y la estigmatización de los sobrevivientes como víctimas. Su valor su reparación va más allá de la reconstrucción de los hechos, la memoria constituye un juicio moral que descalifica éticamente a los perpetradores.

Es importante recordar que la URNG exigió dentro de las conversaciones que se estableciera una *Comisión de la Verdad o del Pasado.*

El término gramatical: holocausto, deviene del sacrificio especial usado entre los israelitas, en que se quemaba a toda la víctima y luego otra acepción es gran matanza de seres humanos y finalmente acto de abnegación que se lleva a cabo por amor.[2]

Luís Cardoza y Aragón en "Años de primavera en el país de la eterna tiranía"[3] escribió:

> Alfonso Orantes en los funerales del escritor Rafael Yela Gunther —de él son los bajos relieves en el Museo de Teotihuacan— dijo ante la tumba del artista: años de dictador Ubico, que el guatemalteco tenía tres caminos: encierro, destierro o entierro. Orantes tuvo que escoger el primer camino para escapar de los otros dos. En esos días, ocurre el siguiente suceso, ingenuo e inolvidable: un quetzal —símbolo de la libertad— prisionero. El quetzal vuela y repta en su mito, Gucumatz o Quetzalcoatl. Sus largas plumas preciosas sólo adornan los penachos de más altos jefes. El ave sagrada y totémica, símbolo de Guatemala, que no puede vivir cautiva, muere sobre el pecho de Tecum, abierto en el campo de batalla por la lanza de Alvarado. Del mito vuela al escudo y anida en la bandera. El dictador Ubico, en el zoológico en el parque de la aurora, en una jaula de alambre, muestra a los guatemaltecos un quetzal cautivo. Mientras el dictador se ríe, el pueblo ora a todos los dioses por la verdad del símbolo. Por fin, un día el quetzal amaneció muerto y viva la leyenda.

2 *Diccionario Enciclopédico Espasa,* Madrid, 1972, t. 13, p. 6381.

3 En "La Revolución Guatemalteca", México, *Cuadernos Americanos*, núm. 43. 1955, pp. 47-77. Recientemente (marzo/2005) en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Lovaina, se presentó una exposición de fotografías del holocausto guatemalteco intitula: *Guatemala: el país de la eterna primavera, de la eterna lucha*, Comité Flamenco de Solidaridad con Guatemala.

El pueblo Guatemalteco, es uno de los países insisto, que de 1954 a la fecha, ha sufrido en forma permanente el genocidio, tipificado en su legislación nacional.

La Convención sobre el delito de genocidio[4] fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su sesión del 9 de diciembre de 1948. La Convención fue suscrita por cerca de cincuenta Estados, entrando a regir el 12 de enero de 1951. Fueron asignatarios y ascendientes los siguientes estados: Australia, Ecuador, El Salvador, Etiopía, Francia, Guatemala, Haití, Islandia, Israel, Liberia, Noruega, Panamá, Filipinas, Yugoslavia, Bulgaria, Camboya, Ceilán, Costa Rica, Jordania, Corea, Mónaco, Arabia Saudita, Turquía y Vietnam.

El 30 de noviembre de 1949, el Congreso de la República emitió el Decreto núm. 704, aprobando la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, que fuera suscrita *ad referéndum* por el delegado de Guatemala ante las Naciones Unidas. Ratificada el 13 de diciembre del propio año, la Convención entró en vigor como Ley de la República el 14 de enero de 1950. Publicada en el *Diario Oficial* el 6 de enero de 1950. La Convención fue ratificada gracias al espíritu que animaba al segundo gobierno de la Revolución de Octubre. El *New York Times* publicó un editorial en el que comentaba favorablemente la prontitud con que Guatemala procedió a ratificar la Convención, y señalaba el hecho significativo de que nuestro país sólo había sigo igualado por otras seis naciones: Australia, Etiopía, Islandia, Noruega, Ecuador, y Panamá.

Lamentablemente desde 1954 se han dado en Guatemala práctica genocidas, en especial durante las dictaduras militares y no se ha aplicado a los autores de tan horrendos crímenes. La propia Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha favorecido la impunidad como sucedió recientemente, al aceptar la candidatura presidencial de Efraín Ríos Montt.

No es precisamente un secreto en Guatemala que desde el 54 se aplican políticas contrainsurgentes[5] y es importante precisar que la barrera de te-

[4] Véase Molina Orantes, Adolfo, "El delito de genocidio en la legislación guatemalteca", *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1950, núm. II, pp. 25-34; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *La cuestión Étnico Nacional y los derechos Humanos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica y Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, 1996, pp.15-34.

[5] I. *Medicina preventiva*. En lugar de esperar que los insurgentes estén armados y sean activos para tomar contramedidas militares, la idea en vigor fue la de identificar, de-

rror se salto desde 1978[6] con la masacre de Panzós[7] y en 1980 en la inmolación en la Embajada de España[8], y llega a su clímax de barbarie con las dictaduras militares (Lucas García, Ríos Montt y Mejía Victores: cárceles clandestinas[9], desaparición forzada de personas, arrasamiento de aldeas, masacres de niños, mujeres, ancianos y hombres, en un baño de sangre en donde se practicaron formas *post mortem* de injurias dantescas y se dieron fusilamientos (Ríos Montt) ordenados por tribunales de corte fascista, en una clara contradicción a los más elementales principios que postulan el derecho procesal penal y en donde ni una voz de clemencia fue oída, ni siquiera la del máximo jerarca de la Iglesia católica.

Resulta ilustrativo desde una perspectiva del derecho, el estudio presentado por Fernando Mariño, "Informe sobre la situación de la República de Guatemala" en el *Tribunal Permanente de los Pueblos*, editado por IEPALA, en Madrid en 1982.

En la problemática del genocidio y la violación a los derechos humanos, la responsabilidad no es sólo interna (el Estado Guatemalteco) pues

tectar, encarcelar (incluso asesinar), a los disidentes presuntos que hayan podido organizarse en células insurrecciónales. Aquí se dio un sistema de escucha, vigilancia y de procesamiento de datos. II. *Contrainsurgencia urbana*. Fuerzas especiales equipadas con elaborado arsenal antimotines y antiterroristas. Estas técnicas ya experimentadas en Buenos Aires, Belfast y Manila. III. *Intervención rápida*. Los teóricos de hoy son unánimes en la creencia, en la necesidad de una intervención rápida y masiva de tropas. Hay que aplastar cualquier levantamiento antes que éste pueda ganar el apoyo de la población. lo que ocasionaría una lucha prolongada y finalmente vaga como en Vietnam. IV. *Poder de fuego masivo*. Para alcanzar el objetivo de destrucción rápida de las fuerzas insurrectas, los estrategas sugirieron que las tropas gubernamentales deben utilizar inmediatamente toda gama de su disposición antes que proceder a gran escala.

6 Para un estudio del terror en Guatemala: Aguilera Gabriel *et al*., *La dialéctica del terror en Guatemala,* Costa Rica, Educa, 1981 y Jonas, Sussanne, *Guatemala, plan piloto para el continente*, Costa Rica, Educa, 1981.

7 Sobre la matanza de Panzós: Centro de Investigaciones Histórico-Sociales, *Testimonio*, Guatemala, 1979; Cáceres, Carlos, *Panzós, genocidios en Guatemala,* mimeo, s.f.; Aguilera Peralta, "La matanza de Panzós y el desarrollo capitalista en Guatemala", *Montthy Review,* Barcelona, vol. 13, núm. 9-19, junio de 1980 y Torres Rivas, Edelberto, *Interpretación sociológica de Panzós*, Costa Rica, 1978.

8 Un testimonio sobre los sucesos de la Embajada de España. Cano, Soledad, *La noche del colibrí*, México, Plaza y Janes, 1980.

9 Un desgarrador testimonio de las cárceles clandestinas se da cuando después del golpe de Lucas García, se allanó la casa del ministro de Gobernación, Álvarez Ruiz, prófugo de la justicia, descubriendo entre otros prisioneros a la periodista Irma Flaker que llevaba dos años confinada en una jaula sin luz ni ventilación. "El infernal mundo de Irma Flaker" *Excélsior*, México, 24 de julio de 1982.

tenemos que además de la invasión mercenaria apoyada por el gobierno de Estados Unidos, desde finales de los años sesenta, este gobierno escogió a Guatemala como su laboratorio para probar técnicas de lucha contrarrevolucionaria y sus métodos de represión. Esas técnicas y métodos fueron aplicados más tarde a otras regiones de América Latina. Todo esto documentado en la Sesión sobre Guatemala, del Tribunal Permanente de los Pueblos, celebrado en Madrid del 27 al 31 de enero de l983.[10]

Para Estados Unidos, Guatemala constituye un país estratégico y por ello, su interés porque se firmara la paz e insertarse de nuevo en el proceso para efectos de control político, en esa medida sus esfuerzos en programas de apoyo administración de justicia e influir directamente en una nueva visión en materia de administración de justicia penal y obviamente, también en su parte sustantiva (Código Penal).

Guatemala, es una "pieza clave" del "espacio estratégico mundial", que los Estados Unidos denomina "su muralla de seguridad" Centroamérica y el Caribe, además que:

Es un país ribereño de la cuenca del Caribe (nuevamente la invasión a Bahía Cochinos, apoyado por el gobierno de Idígoras Fuentes y los ricos terratenientes guatemaltecos en contra de Cuba). También ribereño con la Costa Pacifica. Tiene un papel eventual en la defensa del Canal de Panamá.

Una valoración mayor por su posición de país limítrofe con México. Los analistas norteamericanos ven a México como parte crucial de su interés. Un proceso insurreccional triunfante en Guatemala, podría traer "contagio".

Frontera con El Salvador, Honduras y Belice.

Posibilidades de la construcción de un oleoducto de 227 millas de largo que atravesaría Guatemala, para facilitar la transportación del petróleo que proviene de Alaska y se dirige a la costa este de Estados Unidos. Este proyecto necesita de dos grandes puertos y sería construidos por un consorcio multinacional (sustituir a Panamá).

Guatemala tiene reservas comprobadas de petróleo y níquel, ambos productos de utilidad para el funcionamiento de la industria y el aparato bélico norteamericano. Algunos consideran que el país tendría una importancia significativa después de Venezuela y México. El sulfuro de ní-

10 Véase *sentencia emitida*. Separata de la *Revista Polémica*, Costa Rica, Instituto Centroamericano de Documentación e Investigación Social (ICADIS) s.f.

quel se extrae generalmente de la parte más profunda de la tierra, mientras que los minerales latéricos extraídos de Guatemala e Indonesia son explotados a cielo abierto.

Las inversiones norteamericanas en Guatemala representan el mayor porcentaje de las inversiones extranjeras. Dichas compañías concentran sus actividades en operaciones en los productos alimentarios y farmacéuticas, lo mismo que en la distribución de carburantes.

Este cambio de país bananero a minero (hoy oro y plata además) hizo importante la franja trasversal del norte más conocida por la Franja de los Generales, que va desde la frontera de México en el estado de Chiapas a la Costa Atlántica de Guatemala.[11]

Otros Estados intervinieron en la región, con más fuerza todavía, después de la suspensión, en 1977, de la ayuda militar de los Estados Unidos a Guatemala, se trata, en particular Israel, que desde esa fecha asume el papel de principal abastecedor del ejército. Proporcionó, entre tanto aviones ARAVA, vehículos blindados REY-MK, morteros de 81 mm., bazookas, lanzagranadas, fusiles Galil y toneladas de municiones. También proporcionó entrenamiento a la fuerza aérea y contribuyó al entrenamiento de la policía.

Los Gobiernos de Chile y Argentina, colaboraron también en la formación del ejército y de la policía, en métodos de contrainsurgencia así una nueva dimensión, latinoamericana en la situación de la región.

En el "Informe Mariño" en el Tribunal Permanente de los Pueblos, de conformidad con el Derecho Penal se tipifican así:

Hechos ilícitos Internacionales del que es responsable el régimen:

a) Diversos "crímenes internacionales" en sentido específico (artículo 19 de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos) dichos crímenes fueron agrupados en dos categorías:

Crímenes internacionales cometidos en violación del principio fundamental que impone a los Estados la obligación de respetar los derechos humanos y, en especial los más fundamentales de entre ellos.

Estos crímenes están constituidos por los siguientes actos o conjunto de actos:

[11] Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, "Estructuras ideológicas y estructuras políticas del Estado. Caso Guatemala", *Encuentro Académico México/España*, Universidad de Sinaloa, México, 6 al 13 de mayo de 1983, pp. 7-8.

— Matanza colectiva indiscriminada de personas civiles, en especial campesinos indígenas.[12]
— Asesinatos colectivos contra opositores políticos.[13]
— Detenciones ilegales seguidos de la "desaparición" del detenido.
— Detenciones seguidas de prisión ilegal indefinida, sin sometimiento a proceso del detenido.

Ausencia total de garantías jurídicas básicas en los procesos en contra de los acusados.

b) Crímenes internacionales cometidos en vinculación del principio que impone a los Estados el deber de respetar el derecho de libre determinación de los pueblos. El autor se refiere específicamente: a las condiciones degradantes en términos sociales que vive la población guatemalteca y la discriminación social que vive la población indígena.

Junto a los "crímenes" del régimen guatemalteco cabe asimismo imputarle otros hechos ilícitos calificables de simples delitos, de acuerdo con la terminología de la propia CDI.

Hechos ilícitos internacionales de los que son responsables a titulo individual órganos del Estado y personas que actuaron de hecho, por cuenta de ese Estado.[14]

12 Los relatos de numerosos sobrevivientes y el análisis de otras fuentes permite entender mejor la lógica del genocidio. Las características "las acciones punitivas están escalonadas: a) Terror preventivo: Llevadas a cabo contra las poblaciones de las cuales el ejército no tiene información que haya colaboración con la guerilla, b) Represión selectiva: Se lleva a cabo contra comunidades en las cuales el ejército sospecha que hay personas que colaboraron con los revolucionarios. En este caso se ejecuta a los lideres de la comunidad. c) Represión masiva: Contra comunidades de las cuales el ejército piensa que cooperan colectivamente con los revolucionarios. Mayor información se encuentra en CEIDEC, *Guatemala polos de desarrollo. El caso de la destrucción de las comunidades indígenas*, México, s.e. octubre de 1988.

13 Estos actos de barbarie llamados así por la opinión pública internacional, hizo decir al escritor Luis Cardoza y Aragón. "...Se ha cambiado el nombre de los autores. Pero son los mismos que ordenaron la matanza de Panzós, que ordenaron el asalto a la Embajada de España", México, *Uno más uno*, 16 de septiembre de 1982.

14 Mariño, Fernando, "Informe Jurídico sobre la situación de la República de Guatemala", en IEPALA, *Tribunal Permante de los Pueblos*, pp. 363-373. Para seguimiento hemerográficos de todos estos sucesos: materiales muy importante en *ENFOPRENSA*, Agencia Guatemalteca de Noticias y las *Revista Polémica*, editada en Costa Rica, por el ICADIS. Apreciaciones sociológicas: Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derechos humanos y etnocidio: el caso de Guatemala,* México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas, 1996.

Cabe agregar; el papel de las "Patrulla Civiles" de creación Ríos Montista, en los crímenes es sin duda un hecho probado y hoy pretenden ser indemnizados por sus "servicios a la patria".

Otro tema de esta historia, es la de los refugiados guatemaltecos a México[15] la problemática de los repatriados, de los refugiados internos, del exilio de su intelectualidad y como consecuencia de esta diáspora, los niños guatemaltecos hijos de los refugiados y asilados; los premios monetarios a los ex PAC, gracias a su vinculación al gobierno eferregista de Alfonso Portillo, sin que se hable de las víctimas y de sus familias. En ese sentido hay temas que deben estudiarse, que simplemente enunciamos como tareas para el futuro.

Pero su comprensión puede ser a partir de un reconocimiento legal del derecho del pueblo guatemalteco, a conocer la verdad y el derecho también a su memoria histórica frente a los programas de desmemorización.

Lamentablemente los criminales fueron "formalmente" exculpados, ya que cada golpe militar decreta su propia autonomía. Más allá de formalismos constitucionales alterados por la Corte de Constitucionalidad Guatemalteca y me refiero entre otros, a la aceptación de la candidatura presidencial del general Efraín Ríos Montt. Cabe reconocer un papel muy digno y comprometido frente a la impunidad es la de la señora Rigoberta Menchú Tum.

En este es el proceso del terror;[16] de la cultura de la ignominia;[17] de la contrainsurgencia cristiana.[18] Cuya escuela se inicia con las dictaduras del siglo XIX y principios del XX y que Luís Cardoza y Aragón los refiere como "Nulos, sangrientos y fecales" oscuro periodo en que sobrevino la Revolución de Octubre.

15 Grupo de apoyo a los refugiados guatemaltecos, *La contrainsurgencia y los refugiados*, México, 1983; Manz, Beatriz, *Guatemala cambio en la comunidad, desplazamiento y repatriación*; Iglesia Guatemalteca en el exilio, *Nosotros conocemos nuestra historia* (ya citada); Aguayo, Sergio, *El exodo centroamericano*, México, SEP, 1985; Vásquez, Armando, *Derechos Humanos y refugiados centroamericanos en México*, México, Liga mexicana de derechos humanos, 1984 y 1987 entre otros muchos.

16 Aguilera Peralta, Gabriel, "El proceso de terror en Guatemala", *Estudios Sociales*, Costa Rica, CSUCA, núm. 4, 1971.

17 Quan Rossell, Estela, *Guatemala: una cultura de la ignominia*, Tesis de maestría, México, Escuela Nacional de Antropología, 1972.

18 Westropp, Mary, *El bolsillo trasero de Dios. Cristianismo, genocidio y la política norteamericana en Guatemala*, Tesis de maestría en artes, Northesten University, USA, 1984.

No obstante todo este proceso, del cual destaco los títulos de los análisis, a cargo de distinguidos y comprometidos científicos sociales; resultan ofensivo en la Construcción de la Paz, en pleno inicio de siglo (2005) sin ningún avergonzamiento, el gobierno guatemalteco, dispone enviar una "Misión de Paz en África" a la República Democrática del Congo, integrada en su mayoría por los Kaibiles (tropas de asalto contrainsurgente) por seis meses en su primer contingente como una fuerza multinacional de ONU.[19] Mientras tanto el gobierno gubano apoya a Guatemala con médicos.

La literatura guatemalteca ha caracterizado estos regímenes dictatoriales en obras bastantes conocidas de Miguel Ángel Asturias, Rafael Arévalo Martínez, Carlos Wyld Ospina y Efraín de los Ríos, para el siglo XIX.

Sin embargo, el clima de violencia continua en Guatemala, basta recordar el crimen de Monseñor Gerardi, aún no esclarecido y la persecución que sigue en contra del movimiento campesino y obrero. Hoy las protestas en el Departamento de San Marcos, ante la explotación minera de las transnacionales y cuyos antecedentes se dieron en Guatemala en la peor época de la represión, con el caso de "Exmibal"[20] que en 1965 recibió una concesión minera de cuarenta años (níquel). Sobre el particular no podemos olvidar que en noviembre de 1970 se implantó el estado de sitio (hasta noviembre de 1971) y que empezó una nueva ola de terror: numerosos asesinatos de la derecha, toque de queda, censura, etcétera. El ejército ocupo la universidad; la ciudad de Guatemala fue sometida a cateos casa por casa. Julio Camey Herrera y Adolfo Mijangos fueron asesinados; mientras que Alfonso Bauer Paíz, es agredido y lesionado tras protestar contra el contrato de Exmibal. En febrero de 1971 se firmo el contrato con Exmibal.[21]

19 *El Periodico,* Guatemala 30 de marzo del 2005.

20 Marzo-abril de 1963. Emilio Godoy, Ingeniero de minas peruano contratado por la INCO, va a Guatemala a redactar el nuevo Código minero (decreto 342), agosto 1965 se conceda a Exmibal una concesión de 40 años. "Cronología de Exmibal", en *Guatemala una Historia Inmediata*, México, Siglo XXI, 1976, pp. 261-262.

21 "Según el Departamento de Interior de Estados Unidos, el níquel es una de las 13 materias primas básicas necesarias para una sociedad industrializada. Su cualidad de dureza a temperaturas extremas y su resistencia a la corrosión hace de él un candidato primordial en las aleaciones con otros metales... Otro factor contribuyente a determinar la cualidad "estratégica" del níquel: mas del 90% del consumo del mundo capitalista corresponde a siete países industrializados —Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón, Alemania Occidental, Francia, Italia y Suecia—... Estados Unidos el consumidor más importante del

Ahora se trata de explotaciones de oro y plata en especial en el departamento de San Marcos y otros departamentos, si consulta a los pueblos indígenas que es la mayoría de la población de Acuerdo con el Convenio 169 de la OIT.

Es de advertír para el departamento de San Marcos, una serie de conflictos agrarios[22] ente las propias comunidades indígenas como son entre los Municipios de Ixchiguan y Tajumulco, que tiene transfondos políticos y de intereses económicos foráneos en donde se hablan en voz baja, de la presencia del narcotráfico, el contrabando y el tráfico de seres humanos.

Bien, la intención de este apartado más que presentar una crónica de la barbarie, la cual se encuentra documentado a los informes que ya hicimos referencia, es apuntar, que al igual que lo sucedido en otros países latinoamericanos: El Salvador, Nicaragua, Chile, Argentina, etcétera, es menester insistir en que las nuevas generaciones no pueden dejar de saber esta historia negra, el holocausto latinoamericano que corresponde a un derecho colectivo de los pueblos.

mundo...". Véase Goff, Fred, "Exmibal: Take Another Nickel Out" in *Guatemala: An Immediate History Produced for The American Congress of Latin America*, México, Gráfica Panamericana, 1976, pp. 232-261. Véase también: Facultad de Ciencias Económicas, USAC, *Versión taquigráfica de la mesa redonda sobre Exmibal*, Guatemala, 1969.

22 Pastoral de la Tierra, Diocesis de San Marcos, *Atlas Histórico. Fondos Documentales para la asitencia y/o acompañamiento de conflictos agrarios en el Departamento de San Marcos*, 2004.

POBREZA, FAMILIA Y ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL EN MÉXICO

Cristina GOMES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Pobreza, jefatura y hogares de adultos mayores*. III. *El rol económico de los adultos mayores en los hogares*. IV. *Características de los hogares, presencia del adulto mayor y la pobreza*. V. *Factores asociados a la pobreza de los hogares con adultos mayores*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objetivo explorar la relación entre pobreza y envejecimiento demográfico, para analizar si el proceso de envejecimiento conduce a una situación de mayor vulnerabilidad a la pobreza. Para eso se toma en cuenta el tamaño, estructura y composición de los hogares según la presencia de adultos mayores, el rol de aportante económico del adulto mayor, y la presencia de pensiones y remesas nacionales e internacionales en los hogares.

Con este fin se consideran los indicadores de pobreza, calculados con base a criterios monetarios. Se define una canasta de bienes y servicios considerados básicos[1] y los recursos de que disponen los individuos o los

[1] En México, el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza define tres líneas de pobreza: la línea de pobreza alimentaria toma en cuenta los valores monetarios para definir una canasta básica de alimentación; la línea de pobreza de capacidades toma en cuenta la canasta básica de alimentación y también otras medidas no monetarias como alimentación y capacidades; y la línea de pobreza de patrimonio, además de alimentación, salud y educación, incluye el vestuario, vivienda y transporte, como múltiples dimensiones del concepto de bienestar.

Se estima el ingreso total del hogar, incluidos el ingreso monetario y los ingresos en especie e imputados dividido entre el número de miembros del hogar. No se realizan ajustes a cuentas nacionales. Este procedimiento tiene como objetivo evitar problemas de

hogares para adquirirla, para definir las líneas de pobreza. Por otro lado, desde el punto de vista conceptual, la pobreza se define como la relación que existe entre la carencia de ingresos y las capacidades con que cuentan los individuos, las familias y las comunidades. Además de la carencia de recursos monetarios, se pueden acumular desventajas relacionadas con capacidades individuales, como son la edad avanzada, la incapacidad física y la enfermedad. Estas desventajas reducen la capacidad de una persona para percibir o mantener su nivel de ingresos, para asumir responsabilidades familiares y sociales, y para convertir su ingreso en nuevas capacidades.[2]

El proceso de envejecimiento implica una acumulación de diversas condiciones de vulnerabilidad socioeconómica y demográfica. La disminución de las capacidades físicas, como son la capacidad muscular y sensorial favorece las enfermedades, limitaciones y lesiones con secuelas definitivas.[3] Las limitaciones físicas se asocian con condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, como son las menores oportunidades laborales y niveles de ingreso en la vejez.[4]

Esta acumulación de vulnerabilidades ha llevado algunos autores a suponer que los adultos mayores asumen un rol de dependientes en la familia y en la sociedad. Sin embargo, para conocer la relación entre pobreza y envejecimiento hace falta tomar en cuenta las múltiples condiciones relacionadas con la pérdida de capacidades, pero también el rol familiar y económico que juegan los adultos mayores en sus hogares, así como algunas características de los hogares en que ellos residen.

En México se ha observado que la pobreza se presenta con distintas intensidades a lo largo del curso de vida y afecta de manera desigual a hombres y mujeres. La estructura por edad y sexo de las poblaciones no pobre y en pobreza alimentaria varía sustancialmente: mientras la pobla-

subestimación y/o truncamiento de la información de las encuestas frente a los valores reportados por la cuenta de hogares del sistema de cuentas nacionales, evitando los sesgos de sobreestimación del ingreso de los hogares más pobres. Cortés, Fernando, *et al.*, "Evolución y características de la pobreza en México en la última década del siglo XX", en *Situación demográfica de México*, México, Conapo, 2002.

2 Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, México, Planeta, 1999.

3 Jouval, Henri, "Los grandes retos para entender el problema de la vejez, según la Organización Mundial de la Salud", en *Ttransición democrática y protección a los derechos humanos*, fasículo 5, Derechos de segunda generación, México, CNDH, 2004.

4 Turián, Rodolfo, "Desafíos del envejecimiento demográfico en México", *Los derechos de las personas de la tercera edad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

ción no pobre es más envejecida, la población pobre reúne una gran proporción de niños y una clara carencia de adultos jóvenes. Por otro lado, se observa una gran variación de fuentes de ingresos, de acuerdo con diferentes edades y fases del curso de vida. En México, la pobreza está vinculada con falta de ingresos, pero sobretodo de trabajo asalariado en la vida adulta, y con las restricciones de acceso a pensiones en la vejez, que las familias buscan compensar a través del envío de remesas.[5]

Para acercarse a esta relación, este estudio centra la atención en las características de los hogares en que reside al menos un adultos mayores de 60 años, el monto y el peso relativo del ingreso que estas personas aportan a sus hogares y algunas características de la fase del curso de vida en que se encuentran, como el avance de la vejez (edad 75 años o más), relacionada con la emergencia de pérdida de capacidades físicas, y recursos monetarios, como las pensiones y las remesas de familiares.

Se toma en cuenta las áreas de residencia rural y urbana[6] y las tres líneas de pobreza producidas por el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza, a partir de las cuales se construyen tres grupos: los no pobres,[7] los pobres moderados[8] y los pobres de capacidades.[9]

Se utilizan como unidades de análisis los individuos, para calcular las proporciones de pobres por edad quinquenal de los jefes de hogares, y la unidad de análisis hogar, de acuerdo con la presencia o no de adultos mayores. Finalmente se estima un modelo de regresión logística para explorar el efecto de cada una de estas características sobre la condición de pobreza de los hogares en que reside al menos un adulto mayor. La fuente de información utilizada es la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) del año 2002.

5 Zúñiga, Elena y Gomes, Cristina, "Pobreza, curso de vida y envejecimiento poblacional en México", *La situación demográfica de México*, México Conapo, 2002.

6 Se consideran áreas rurales aquellas localidades en donde residen menos de 15 mil habitantes, y áreas urbanas las que tienen 15 mil o más habitantes. Este criterio es el que utiliza el Comité Técnico para la Medición de la Pobreza al construir las tres líneas de pobreza que se manejan en este artículo.

7 Los no pobres son considerados aquellos individuos que se encuentran por encima de la línea de pobreza patrimonial.

8 Los pobres moderados son considerados aquellos individuos que se encuentran por encima de la línea de pobreza de capacidades y por debajo de la línea de pobreza de patrimonio.

9 Los pobres de capacidades son considerados aquellos individuos que se encuentran por debajo de la línea de pobreza de capacidades, e incluye a los pobres de capacidades y a los pobres alimentarios.

II. Pobreza, jefatura y hogares de adultos mayores

En este apartado se estiman las proporciones de jefes por edades y de hogares en que reside al menos un adulto mayor, según la condición de pobreza. Este análisis se trata de un primer acercamiento a la situación de vulnerabilidad de los adultos mayores y de sus arreglos domésticos.

El análisis de la pobreza por edad del jefe del hogar hace evidente la relación que existe entre pobreza y curso de vida, a través de los contrastes observados entre jefes de diferentes edades. Los jefes no pobres presentan mayores proporciones entre los 45 y 65 años de edad en todos los años observados, mientras los jefes pobres de capacidades presentan una curva bimodal, con dos puntos máximos en la línea de pobreza de capacidades a los 30-34 años y después de los 70 años de edades. La pobreza moderada no presenta grandes variaciones en las diferentes fases del curso de vida de los jefes y a lo largo de la década.

La tendencia de las curvas de jefes no pobres presenta una tendencia similar en todos los años: es más alta entre los jefes 15 y 29 años de edad (cercanas a 50%); alcanzan su punto más bajo a los 30-35 años del jefe; a partir de estas edades aumentan progresivamente hasta alcanzar cerca de 60% de los jefes de 45-49 años; y a partir de los 65 años vuelven a acercarse al 50%. Esta tendencia es congruente con las curvas de ingresos de los hogares, que presenta un claro aumento entre los 30 y 45 años de edad, cuando los jefes cuentan con mayor tiempo de trabajo y experiencia laboral, así como mayores niveles de ingresos.

Entre los jefes de hogar en condición de pobreza moderada no se observa una tendencia muy clara; sus proporciones de pobres se mantienen entre los 20 y 25% en todos los años, excepto en los años posteriores a la crisis de 1994, cuando apenas los jefes mayores de 50-54 años de edades presentan proporciones de pobreza moderada ligeramente superiores a las que presentaban en 1994. Aunque no se está hablando de los mismos jefes en los diferentes años, parece ser que la crisis de fines de 1994 llevó a la condición de pobreza moderada a algunos jefes de hogares en etapas avanzadas del curso de vida.

La pobreza de capacidades es la condición que mejor expresa los efectos de la crisis de 1994, que afectó de manera pareja a los jefes de hogar de todas las edades, y en 1996 las proporciones de jefes pobres alcanzan prácticamente el doble de las proporciones observadas en 1994, aunque el grupo que más se recupera de la pobreza son los jefes jóvenes (15 a 29

años de edad). Entre los años 1996 y 2002 las proporciones de hogares en pobreza de capacidades se reducen a la mitad, y ya presentan niveles similares a las proporciones de pobreza de 1992.

Como conclusión, se puede afirmar que la crisis económica de 1994 desplazó amplios grupos de la población a la condición de pobreza de capacidades, cuyas proporciones se duplicaron en 1996, se sostuvieron bastante altas hasta 1998, disminuyeron de manera importante en 2000, y regresaron a los niveles de 1992 en el año 2002.

Respecto a las fases del curso de vida, los jefes jóvenes fueron los más afectados por la crisis y, aunque entre 1996 y 1998 los jóvenes se tardaron más a recuperarse de la condición de pobreza de capacidades, en el año 2002 ellos lograron recuperar los niveles observados en los años anteriores a la crisis. Estos resultados confirman la existencia de una mayor vulnerabilidad en esta etapa de la vida, así como la posibilidad de recuperación económica cuando los jefes jóvenes cuentan con las oportunidades para ello.

A su vez, los jefes de 60 a 69 años apenas pasaron a la condición de pobreza moderada y luego se recuperaron, mientras los jefes mayores de 70 años de edad parecen presentar proporciones más altas de pobreza de capacidades a lo largo de toda la década. Este resultado indica que, en las edades muy avanzadas, la acumulación de vulnerabilidades —físicas y socioeconómicas— se trata de un elemento importante a ser tomado en cuenta en los análisis sobre la pobreza.

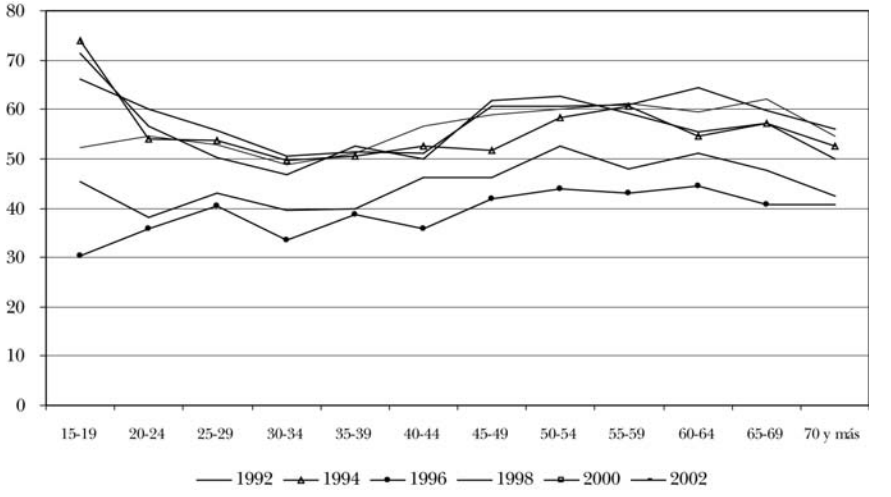
La comparación de los hogares en que no viven adultos mayores y los hogares que sí cuentan con estas personas se trata de un acercamiento a las transformaciones por que pasan los arreglos domésticos en la fase final del curso de vida, de disolución de los hogares.

Uno de cada cuatro hogares de México cuenta con al menos un adulto mayor (25.7 %), pero esta proporción asciende a 30.90 % en áreas rurales,[10] que concentran más adultos mayores y hogares con personas mayores de 60 años, comparadas con las áreas urbanas.[11]

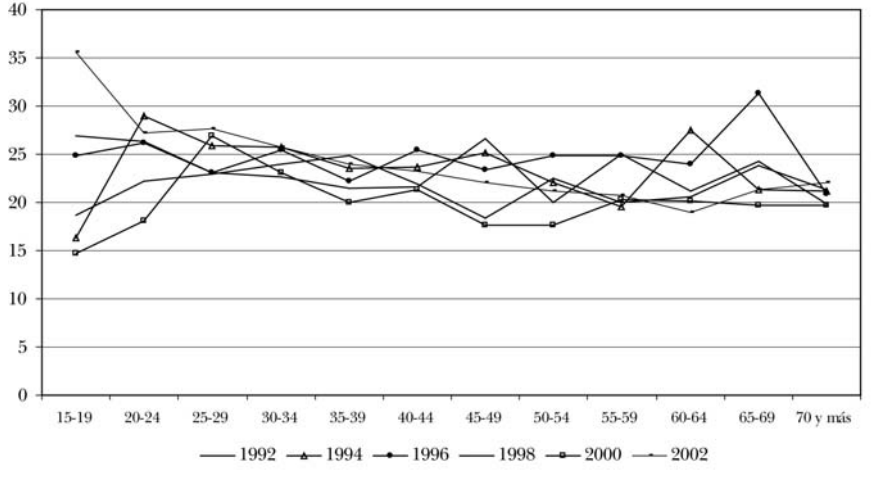
[10] En las áreas rurales dos de cada tres hogares son pobres de capacidades (63.20%), condición de pobreza que afecta a apenas una tercera parte de los hogares de áreas urbanas (36.80%). En las áreas rurales los hogares pobres de capacidades alcanzan casi 40 por ciento del total, porcentajes muy cercanas a las de hogares no pobres.

[11] La gran mayoría de los hogares no pobres y pobres moderados se encuentran en áreas urbanas (73.50% y 63.90% respectivamente), y una menor parte en áreas rurales.

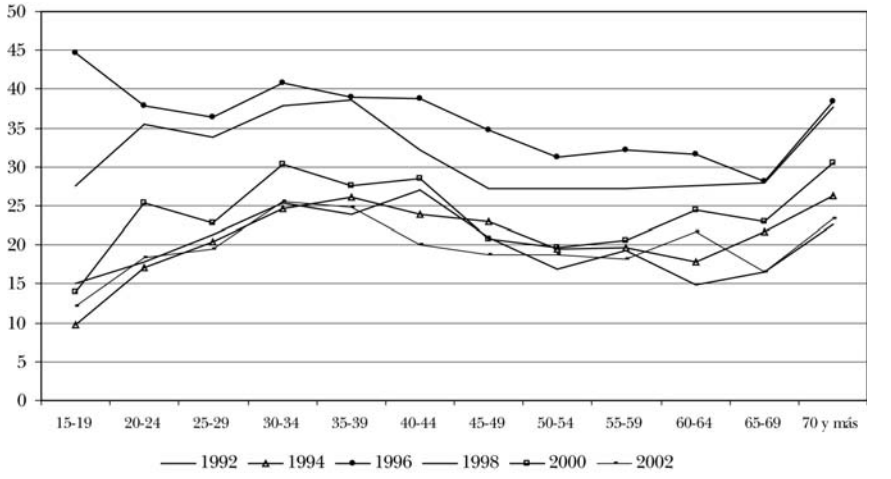
Gráfica 1



Gráfica 2



Gráfica 3



En las áreas urbanas dos terceras partes de los hogares no viven en condición de pobreza, aunque los hogares con adultos mayores presentan proporciones levemente superiores de no pobreza (67.10%) que los hogares sin adultos mayores (63.90%). La pobreza moderada y de capacidades afectan más a los hogares sin adultos mayores (24.10 y 12.00%, respectivamente) que a los hogares con adultos mayores (20.10 y 13.00%).

En las áreas rurales sólo alrededor de 40% de los hogares viven fuera de la pobreza, pero las proporciones de hogares con adultos mayores pobres moderados y pobres de capacidades son también levemente menores en estos contextos.

Cuadro 1

Distribución proporcional de los hogares con y sin adultos mayores por condición de pobreza y áreas de residencia

	No pobres	*Pobreza Moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
Hogares sin adultos mayores				
Urbano	76.40%	80.40%	75.80%	77.30%
Rural	66.70%	69.70%	71.40%	69.10%
Total	73.80%	76.50%	73.00%	74.30%

Hogares con adultos mayores

Urbano	23.60%	19.60%	24.20%	22.70%
Rural	33.30%	30.30%	28.60%	30.90%
Total	26.20%	23.50%	27.00%	25.70%

Total: Hogares con y sin adultos mayores

Urbano	73.50%	63.90%	36.80%	63.50%
Rural	26.50%	36.10%	63.20%	36.50%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Por tanto, los diferenciales porcentuales sugieren que los hogares de adultos mayores no son más pobres que los demás hogares. Sin embargo, estos diferenciales son muy reducidos, y no permiten afirmar que los hogares con adultos mayores experimentan mayores niveles de pobreza que los demás.

En general se supone que los adultos mayores son dependientes en su hogar. Sin embargo, la mayor parte de ellos asume la jefatura de sus hogares. Del total de personas mayores de 60 años, 61.4% de ellos son jefes de su hogar, 24.5% asumen el rol de cónyuges, y apenas 14.1% son otros parientes del jefe. Las áreas rurales presentan proporciones todavía mayores de jefes adultos mayores (62.5%), comparadas con las áreas urbanas (60.6%), pero los mayores diferenciales se presentan según la condición de pobreza. En áreas urbanas el jefe adulto mayor es con mayor frecuencia no pobre o pobre moderado (61.5%), y con menor frecuencia es pobre de capacidades (53.6%). En áreas rurales el jefe adulto mayor se distribuye en dos extremos: con mayor frecuencia es no pobre (65.7%) o pobre extremo (61.2%) que pobre moderado (58.2%).

En los apartados anteriores se ha indicado que en uno de cada cuatro hogares mexicanos reside al menos un adulto mayor, y que éstos son principalmente jefes de sus hogares. Como resultado, del total de hogares mexicanos, más de uno de cada cinco tenga un jefe mayor de 60 años (21.90%). También en los hogares rurales se concentran muchos más hogares jefaturados por un adulto mayor (27.10%) que en áreas urbanas (18.90%). Y la jefatura del adulto mayor es más frecuente a menor grado de pobreza del hogar.

Si se toma en cuenta exclusivamente los hogares en los que residen adultos mayores, ellos asumen la jefatura de sus hogares en 85% de los

casos, y se observan las mismas tendencias mayores proporciones de jefes adultos mayores en áreas rurales y a menor nivel de pobreza.

Cuadro 2
Proporción de hogares según el parentesco de los adultos mayores, condición de pobreza y área de residencia, ENIGH 2002

		No pobres	*Pobreza Moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
Urbano	Jefe	61.7	61.5	53.6	60.6
	Cónyuge	23.5	24.1	21.9	23.4
	Otro	14.8	14.3	24.5	16.0
Rural	Jefe	65.7	58.2	61.2	62.5
	Cónyuge	26.5	27.7	23.6	25.8
	Otro	7.7	14.1	15.2	11.7
Total	Jefe	63.1	59.9	58.6	61.4
	Cónyuge	24.5	25.9	23.0	24.5
	Otro	12.4	14.2	18.4	14.1

Por tanto, desde el punto de vista de la jefatura, los adultos mayores no son mayormente dependientes en su hogar, cualquiera que sea su área de residencia o condición de pobreza.

Se podría argumentar que el rol que las personas declaran para el adulto mayor en el hogar podría tener una explicación principalmente cultural, y la jefatura del adulto mayor podría ocurrir aun que éste fuese dependiente de los demás miembros de los hogares, pudiendo contribuir para su condición de pobreza.

Sin embargo, los resultados expuestos ponen en jaque la idea de que los valores culturales y las limitaciones físicas y económicas en la vejez llevan a una situación de dependencia de los adultos mayores respecto a sus familiares. Los roles domésticos asumidos por los adultos mayores sugieren más bien que el papel principal asignado al adulto mayor en las relaciones familiares se deben a otros factores económicos y demográficos, como su aportación de ingresos y una menor carga de dependencia en sus hogares. Asimismo, estos factores ganan más fuerza en los contextos rurales, probablemente asociado al proceso de envejecimiento que ocurre con mayor intensidad en el campo, relacionado en parte con la emigración de adultos y jóvenes.

Como conclusión, para un acercamiento a las capacidades monetarias de los adultos mayores, es fundamental conocer el rol que juegan los adul-

tos mayores en sus hogares, no sólo su rol social y familiar de jefes, pero también su condición de aportantes o dependientes, su remuneración y el peso que ésta representa para el ingreso de los hogares.

Para tener un panorama más completo de las capacidades monetarias de los adultos mayores, se analiza el valor y el porcentaje que representa el ingreso del adulto mayor para el ingreso total de los hogares.

III. El rol económico de los adultos mayores en los hogares

El ingreso total y per cápita del hogar se tratan de variables intrínsecas al cálculo de las líneas de pobreza, pues representan la base monetaria o funcional de las estimaciones de pobreza. En este apartado, con el objetivo de tener un acercamiento al rol económico que juega el adulto mayor en sus hogares, se toma en cuenta sus aportaciones monetarias al hogar.

El valor promedio y la mediana de los ingresos totales de los hogares varían de acuerdo con la presencia o ausencia de adultos mayores en el hogar. En áreas urbanas, los hogares con adultos mayores cuentan con ingresos más elevados que los hogares sin adultos mayores. Ocurre exactamente al contrario en las áreas rurales, donde también llama la atención que los ingresos de los hogares en pobreza moderada son más altos que los ingresos de los hogares no pobres, con o sin presencia de adultos mayores. Otra excepción se presenta en áreas urbanas, donde el valor promedio del ingreso del adulto mayor es más alto entre los pobres de capacidades que entre los pobres moderados. Una explicación probable para estos altos valores de ingresos en el medio rural y entre hogares pobres es que en estos hogares el alto valor de ingresos se relaciona con un mayor número de aportantes, así como la condición de pobreza puede estar reflejando altos índices de dependencia económica.

La presencia del adulto mayor se relaciona con un menor valor del ingreso total de los hogares no pobres y con los pobres de capacidades. Sin embargo, entre los hogares pobres moderados los hogares de adultos mayores cuentan con mayores ingresos,[12] comparados con los hogares en que no viven adultos mayores (cuadro 3).

[12] Este resultado se observa tanto con el valor promedio como con la mediana del ingreso total de los hogares.

Cuadro 3
Promedio del ingreso del hogar por grupo de pobreza, medio urbano, rural y edad del miembro aportante

Hogares sin adultos mayores

	No pobres	*Pobreza Moderada*	*Pobreza de Capacidades*	*Total*
Sin adultos mayores (apenas adulto de 15 a 59 años)				
Urbano	6762.28	5122.93	6172.59	6295.43
Rural	5265.53	6069.68	5560.47	5523.05
Total	6372.71	5427.88	5795.70	6028.36

Hogares con adultos mayores

Urbano				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	6451.66	6312.29	4707.57	6102.68
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	7017.30	5593.34	6994.01	5275.07
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	7104.61	6138.28	5526.27	6737.59
Total urbano	6941.34	5991.98	5617.22	6579.73
Rural				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	4465.62	6423.25	4185.51	4923.88
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	4384.92	7431.58	5525.67	6737.59
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	5304.12	5193.49	4687.04	5057.00
Total rural	4734.83	6180.43	4976.47	5140.47
Total				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	6042.32	6353.87	4438.25	5717.25
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	5863.91	6452.84	5862.24	5979.64
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	6586.76	5660.17	4962.96	6035.53
Total	6199.10	6079.69	5187.48	5949.94

Se observa una tendencia general a registrar menores valores de ingreso mientras mayor es el grado de pobreza. Sin embargo, se presenta un comportamiento atípico, con resultados contrarios según el área de residencia. Los hogares en condición de pobreza moderada y cuyo único

aportante de ingresos es el adulto mayor presentan un nivel de ingresos muy alto, superior por mucho al nivel de sus correspondientes no pobres en áreas rurales. En áreas urbanas se observa el comportamiento contrario, pues los hogares en pobreza moderada presentan ingresos inferiores inclusive al de los hogares en pobreza de capacidades.

Estos resultados sugieren que estos casos están mediados por el tamaño de los hogares, y por su índice de dependencia económica, temas que se tratarán en los siguientes apartados.

Del total de hogares con adultos mayores, el caso más común es el arreglo en que hay aportantes de ambas generaciones, los adultos mayores y adultos de 15 a 59 años de edad (44.10%). Enseguida hay más de una tercera parte de hogares en que el adulto mayor es el único aportante de ingresos (38.2%), y el arreglo menos frecuente es el en que el adulto mayor no aporta ningún ingreso (17.7%), que es el arreglo doméstico en que el adulto mayor asume el rol de dependiente.

Al comparar los niveles de pobreza, se encuentra que a mayor nivel de pobreza, más frecuente es el arreglo en que apenas el adulto de 15 a 59 años aporta ingresos y el adulto mayor es dependiente (15.4% entre no pobres y 20.4% entre pobres de capacidades). Al contrario, los arreglos en los que apenas el adulto mayor aporta ingresos presentan mayores proporciones entre los hogares no pobres (40.5%), comparados con los pobres de capacidades (34.5%).

La comparación entre áreas de residencia arroja resultados similares. En las áreas rurales los hogares con adultos mayores dependen mucho más de éstos como únicos aportantes, tanto entre los hogares que no son pobres como entre los pobres de capacidades. Asimismo, las proporciones de hogares en que ellos no aportan ingresos se reducen a la mitad.

Por tanto, la relación entre la pobreza y la presencia del adulto mayor parece estar mediada por el rol económico que éste juega en su hogar: el de único aportante, el de colaborador, o el de dependiente económico. El aporte del adulto mayor está intrínsecamente relacionado con mejor bienestar de sus hogares, y el hecho de que él sea dependiente o comparta el ingreso con otras generaciones indica que sus hogares son más vulnerables a la pobreza, tanto moderada como de capacidades.

Cuadro 4
Distribución porcentual de los hogares con adultos mayores según aportantes, por condición de pobreza y áreas de residencia

	No pobre	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*
Urbano				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	18.2%	24.7%	30.3%	21.0%
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	34.4%	35.4%	24.3%	33.3%
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	47.4%	39.9%	45.4%	45.6%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Rural				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	9.9%	17.0%	15.6%	13.4%
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	52.5%	35.8%	39.5%	44.4%
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	37.6%	47.2%	44.9%	42.2%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%
Total				
Apenas adulto de 15 a 59 años aporta ingresos	15.4%	21.1%	20.4%	17.7%
Apenas adulto mayor de 60 años aporta ingresos	40.5%	35.6%	34.5%	38.2%
Adulto mayor de 60 y adulto de 15 a 59 años aportan ingresos	44.1%	43.3%	45.0%	44.1%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

Para comparar el peso de la aportación monetaria de diferentes generaciones a la unidad doméstica, se estimó la proporción que representa el ingreso de estos dos grupos respecto al ingreso total del hogar.[13]

En más de la mitad de los hogares de adultos mayores, ellos son los principales aportantes de ingresos. Hay 40.20% de hogares donde el adul-

[13] Este indicador se construyó a partir de la proporción que representa el ingreso del adulto mayor en el hogar, clasificado en cuatro categorías: los casos en que el ingreso del adulto mayor es igual a cero, el grupo de adultos mayores que aporta menos de la mitad del ingreso total del hogar (1 a 49% del ingreso total), el grupo de adultos mayores que aporta más de la mitad del ingreso total del hogar (50 a 99% del ingreso total), y los adultos mayores que son los únicos aportantes del hogar (100% del ingreso total).

to mayor es el único aportante de ingresos (100% del total del ingreso) y 13.20% de hogares en que ellos aportan más de la mitad del ingreso total (50 a 99%).

En un grupo menor de hogares (28.60%) los adultos mayores aportan menos de la mitad del ingreso doméstico, y apenas en 18.00% de sus hogares ellos no aportan ningún ingreso.

Esta posición de principal aportante es todavía más relevante en las áreas rurales, donde los adultos mayores son el principal aportante de sus hogares en 60% de los casos —en 47.60% ellos son los únicos aportantes y en 13.40% ellos participan con más de la mitad del ingreso total—. En áreas urbanas, aunque los adultos mayores también son los principales aportantes de recursos monetarios para los hogares, sus aportaciones son menos frecuentes que en áreas rurales.

Es notable que se encuentre este resultado, a pesar de la presencia de los sistemas de pensiones exclusivamente en áreas urbanas. Más allá del punto de vista del valor social que se podría otorgar al adulto mayor al declararlo jefes de sus hogares, estas personas también suelen ser los principales aportantes de ingresos de sus hogares, apenas una minoría de ellos asume un rol de dependencia económica, y además este rol económico central del adulto mayor asume mayor importancia en áreas rurales.

Estos resultados se asocian a los anteriores, que registraban mayores niveles de ingresos de los hogares rurales en condición de pobreza moderada, comparados con los no pobres y pobres de capacidades, especialmente cuando el adulto mayor es el único aportante.

Eso probablemente se debe a diferentes estructuras e índices de dependencia de los hogares en esta condición de pobreza. Poro tanto, todavía quedan otros factores por explicar, y para identificar qué condiciones adversas están llevando a los hogares de adultos mayores encontrarse en condiciones económicas más precarias en áreas urbanas, y con mayores ingresos, a pesar de pobres moderados, en áreas rurales.

Como las estimaciones de pobreza se basan en el ingreso per cápita del hogar, el análisis de la relación entre pobreza y familia implica que se debe de tomar en cuenta todos los miembros de los hogares, tanto los aportantes como los que asumen un rol de dependencia económica, incluidos los adultos mayores, los niños y las mujeres que no reciben ingresos. Para un acercamiento a esta realidad enseguida se estiman diferentes indicadores de la composición generacional de los hogares: el número de niños en el hogar, el tamaño de los hogares, la presencia de niños, jóvenes, adultos y adultos mayores, el índice de dependencia económica del hogar.

Cuadro 5
Proporción de la aportación del adulto mayor al ingreso del hogar

	No pobres	*Pobreza Moderada*	*Pobreza de Capacidades*	*Total*
Urbano				
0	18.00%	24.70%	32.50%	21.20%
1% a 50%	31.40%	27.30%	35.00%	31.00%
50% a 99%	14.70%	11.80%	6.90%	13.10%
100%	35.80%	36.30%	25.50%	34.50%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%
Rural				
0	9.80%	17.10%	16.70%	13.80%
10% a 50%	21.50%	27.70%	28.60%	25.30%
50% a 90%	12.00%	17.30%	12.60%	13.40%
100%	56.60%	38.00%	42.20%	47.60%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%
Total				
0	15.30%	21.10%	21.90%	18.00%
1% a 50%	28.20%	27.40%	30.60%	28.60%
50% a 99%	13.70%	14.30%	10.60%	13.20%
100%	42.80%	37.10%	36.70%	40.20%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

IV. Características de los hogares, presencia del adulto mayor y pobreza

En los siguientes apartados se analizan algunas características de los hogares que, más allá de los ingresos monetarios, juegan un papel en sus condiciones de bienestar o de pobreza. La presencia de muchas generaciones de dependientes juega un papel sobre el bienestar de los hogares. El mayor número de hijos y la edad avanzada son factores capaces de limitar las capacidades, y la reinversión de los recursos en nuevas capacidades, por lo que deben de ser tomados en cuenta en el análisis de la pobreza.[14] Por otro lado, la estructura de los hogares puede expresar la corresidencia intergeneracional, y también los arreglos domésticos que caracteriza fases específicas del curso de vida. En los siguientes apartados se examina el comportamiento de algunas variables que representan estos ejes teóricos, y su relación con la pobreza.

[14] Sen, *op. cit.,* nota 2.

El tamaño de los hogares registra diferenciales entre áreas urbanas y rurales, pero diferencias aún mayores cuando se toma en cuenta la presencia de adultos mayores.

Entre los hogares en los que no reside un adulto mayor el tamaño más común es el de cuatro miembros (26.30%) entre no pobres y pobres moderados; mientras los hogares pobres de capacidades son de mayor tamaño, y suelen contar con cinco miembros, tanto en áreas urbanas como rurales (26.20 y 22.7%, respectivamente). Asimismo, los hogares con uno a tres integrantes son más frecuentes entre los no pobres, mientras que los hogares de cuatro y cinco miembros son más frecuentes entre los pobres moderados y de capacidades.

El adulto mayor reside en hogares de menor tamaño, con un máximo de dos integrantes, que reúne entre 20 y 30% de los hogares de áreas urbanas y rurales. La única excepción son los pobres de capacidades de áreas urbanas, que presentan una clara concentración entre los hogares con adultos mayores que tienen más de seis miembros, y alcanzan su máximo entre los hogares con siete integrantes (15.10% del total). Los hogares unipersonales se destacan entre los adultos mayores, y más de uno de cada diez de ellos viven solos, sea cual sea su condición de pobreza o área de residencia. La tendencia es que siempre los hogares de menor tamaño son mucho más frecuentes entre los hogares de adultos mayores.

En cuanto al número de niños menores de 15 años, se observa claramente que, a mayor nivel de pobreza, mayor el número de niños, tanto en áreas urbanas como en rurales. Sin embargo, los mayores diferenciales dependen de la presencia del adulto mayor. Alrededor de 40% de los hogares con adultos mayores no cuentan con niños, mientras en más de 70% de los hogares de adultos mayores no viven niños, tendencias que se reproducen en áreas urbanas y rurales.

En este análisis también destacan las diferencias en la composición de los hogares según la presencia de adultos mayores. Los hogares sin adulto mayor se caracterizan por concentrarse en dos grandes grupos: el compuesto por adultos y niños, (35%) y el de hogares mixtos compuestos por adultos, jóvenes y niños (34.5%). El grupo de hogares no pobres suele no tener niños, y presenta altas proporciones de arreglos formados sólo por adultos (17.8%), o por adultos y jóvenes (19.5%). En cambio, los hogares con algún grado de pobreza concentran más arreglos de adultos, jóvenes y niños (41.7% de los hogares en pobreza moderada y 46.2% de hogares en pobreza de capacidades).

Los hogares de adultos mayores son con frecuencia conformados sólo por adultos mayores (30.20, 24.5 y 24.7% de los hogares no pobres, pobres moderados y de capacidades). Entre los hogares no pobres destaca la concentración de hogares con miembros adultos mayores y adultos (25-64 años).

En cambio, en los hogares pobres se incrementa la proporción de hogares con tres y cuatro generaciones.

Una tendencia clara en este análisis es que todos los arreglos con presencia de niños presentan mayores proporciones entre los pobres que entre los no pobres, inclusive entre los arreglos en los que residen adultos mayores. Por tanto, la pobreza está básicamente asociada con la presencia de niños, y no depende tanto de la presencia de jóvenes, adultos y adultos mayores.

Este resultado se explica por el cálculo de la línea de pobreza, que toma en cuenta el ingreso per cápita de los hogares y, por tanto, los niños entran al indicador de pobreza como no aportantes de ingresos del hogar. Sin embargo, el examen de la composición generacional de los hogares confirma que, aun que los adultos mayores en México no se jubilan y muchos tienen que seguir trabajando en condiciones precarias, y su ingreso es inferior a las personas en edades productivas, ésta condición todavía no es suficiente para determinar la pobreza de sus hogares.

Si se desagrega este estudio para las áreas urbanas y rurales, la composición generacional de los hogares es similar a la tendencia general que aquí hemos planteado. La diferencia más destacable es la mayor proporción de hogares compuestos sólo por adultos mayores en áreas rurales cualquiera que sea la condición de pobreza, aunque sobre todo en el grupo de hogares no pobres, donde la diferencia es de 15 puntos porcentuales (39.3% de los hogares no pobres del medio rural respecto a 25.5% de los hogares no pobres del medio urbano).

Si combinamos las características de jefes y aportantes de ingresos a estos arreglos domésticos, se puede afirmar que la pobreza parece estar fuertemente asociada a la presencia de niños en el hogar, pero no necesariamente con el envejecimiento o con la presencia de un adulto mayor, una vez que éstos no se caracteriza por ser dependientes, sino que se tratan de aportantes económicos de gran importancia para la vida doméstica, tanto cuando viven solos, como cuando comparten la aportación de ingresos y las viviendas con otras generaciones.

Cuadro 6
Composición generacional de los hogares por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Sin mayores de 60	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
0-14			0.00%	0.00%
15-24	2.10%	0.70%	0.30%	1.40%
15-24 y 0-14	1.70%	3.40%	3.60%	2.50%
25-59	17.80%	4.20%	3.30%	11.60%
25-59 y 0-14	31.80%	39.90%	42.10%	35.80%
25-59 y 15-24	19.50%	10.10%	4.50%	14.10%
25-59, 15-24 y 0-14	27.00%	41.70%	46.20%	34.50%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Composición generacional de los hogares por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Con mayores de 60	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
60 y más	30.20%	24.50%	24.70%	27.80%
60 y más, 0-14	0.60%	2.50%	2.00%	1.30%
60 y más, 15-24	3.80%	5.00%	2.90%	3.90%
60 y más, 15-24 y 0-14	0.90%	1.60%	3.40%	1.60%
60 y más, 25-59	27.70%	17.40%	10.20%	21.70%
60 y más, 25-59 y 0-14	12.00%	19.80%	21.80%	15.80%
60 y más, 25-59, 15-24	14.50%	10.80%	7.50%	12.20%
60 y más, 25-59, 15-24 y 0-14	10.30%	18.40%	27.30%	15.80%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Composición generacional de los hogares urbanos por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Sin mayores de 60	*No pobre*	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*
15-24	2.20%	0.80%	0.20%	1.60%
15-24 y 0-14	1.50%	4.00%	4.10%	2.40%
25-59	17.90%	3.70%	2.90%	12.60%
25-59 y 0-14	32.80%	40.00%	42.80%	35.70%
25-64 y 15-25	19.60%	9.40%	4.90%	15.40%
25-64, 15-25 y 0-14	26.10%	42.10%	45.20%	32.20%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Composición generacional de los hogares urbanos por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Con mayores de 60	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
65 y más	25.50%	22.20%	16.80%	23.70%
65 y más, 0-14	0.20%	1.80%	2.30%	0.80%
65 y más, 15-25	3.30%	4.60%	1.20%	3.30%
65 y más, 15-25 y 0-14	0.50%	1.90%	3.30%	1.10%
65 y más, 25-64	30.40%	16.40%	10.00%	25.00%
65 y más, 25-64 y 0-14	12.40%	22.60%	26.10%	16.20%
65 y más, 25-64, 15-25	17.60%	11.10%	9.00%	15.20%
65 y más, 25-64, 15-25 y 0-14	10.00%	19.40%	31.40%	14.60%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Composición generacional de los hogares rurales por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Sin mayores de 60	*No pobre*	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*
0-14			0.10%	0.00%
15-25	2.00%	0.50%	0.30%	1.00%
15-25 y 0-14	2.60%	2.30%	3.30%	2.80%
25-64	17.80%	5.30%	3.60%	9.60%
25-64 y 0-14	28.50%	39.60%	41.60%	36.00%
25-64 y 15-25	19.10%	11.40%	4.30%	11.70%
25-64, 15-25 y 0-14	30.00%	40.80%	46.80%	38.80%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Composición generacional de los hogares rurales por grupo de pobreza, ENIGH 2002

Con mayores de 60	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
65 y más	39.30%	27.10%	28.60%	33.00%
65 y más, 0-14	1.20%	3.40%	1.90%	1.90%
65 y más, 15-25	4.80%	5.50%	3.80%	4.60%
65 y más, 15-25 y 0-14	1.90%	1.30%	3.50%	2.30%
65 y más, 25-64	22.30%	18.60%	10.40%	17.50%
65 y más, 25-64 y 0-14	11.20%	16.50%	19.70%	15.30%
65 y más, 25-64, 15-25	8.30%	10.40%	6.80%	8.30%
65 y más, 25-64, 15-25 y 0-14	10.90%	17.20%	25.40%	17.20%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Para un mejor acercamiento a la relación entre no aportantes y aportantes de los hogares, se estimó el índice de dependencia económica.[15] Encontramos que en los hogares sin adultos mayores los máximos de dependencia económica se presentan en los hogares pobres moderados (3.5 no aportantes por cada aportante), mientras este índice se concentra en cero entre los hogares no pobres y pobres de capacidades. Sin embargo, para los pobres de capacidades también son muy frecuentes los hogares con cinco dependientes por aportante. Es decir, la pobreza de capacidades se caracteriza por concentrarse en dos extremos: o se tratan de hogares sin dependientes, los que probablemente son los hogares unipersonales, o se tratan de hogares multigeneracionales con muchos dependientes por aportante, probablemente con un gran número de niños, situación que también se resalta para este grupo de pobres.

A su vez, los hogares con adultos mayores presentan proporciones mucho más elevadas en el índice de dependencia cero (más de 40% para las tres condiciones de pobreza). Sin embargo, en segundo término están los arreglos con 1.5 dependientes por aportante, tanto entre hogares no pobres como pobres moderados, y un valor mucho más alto —cinco dependientes por aportante— para los hogares en pobreza de capacidades.

Las áreas rurales también presentan altas proporciones de hogares con cero dependencia económica, tanto entre los hogares sin adultos mayores (alrededor de 30%) como entre los hogares con adultos mayores (más de 50%), excepto entre el grupo de pobres moderados, cuyos índices de dependencia económica son menores (se concentran más en el índice de 1.5 dependiente por aportante). En áreas urbanas también son bastante frecuentes los mayores índices de dependencia económica, de acuerdo con la mayor presencia de hogares extensos y multigeneracionales.

La estructura de los hogares también se diferencia mucho más de acuerdo con la presencia de adultos mayores que por áreas de residencia. Los hogares sin adultos mayores presentan un claro patrón en que predomina el hogar nuclear (alrededor de 80%). El arreglo nuclear es más frecuente a mayor grado de pobreza (57.8, 66.9 y 73.7% respectivamente), pero no presentan grandes diferenciales entre áreas de residencia.

15 El índice de dependencia económica se calcula dividiendo el número de no aportantes por el número de aportantes de los hogares. Su lectura permite decir cuantos dependientes (no aportantes) hay para cada aportante del hogar.

Cuadro 7
Índice de dependencia económica por hogar rural según la presencia o ausencia de adultos mayores, por grupo de pobreza, ENIGH 2002

	Sin mayores de 60				*Con mayores de 60*			
	No pobre	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*	*No pobres*	*Pobreza Moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
0	30.50%	21.00%	32.30%	29.00%	53.60%	45.40%	55.30%	52.30%
0.5	2.50%	0.80%	0.30%	1.30%	1.90%	0.60%	0.20%	1.00%
1	7.00%	2.70%	1.10%	3.80%	3.40%	3.00%	1.20%	2.60%
1.5	16.80%	13.50%	4.20%	11.30%	18.90%	20.40%	7.20%	15.30%
2	5.10%	5.50%	3.60%	4.60%	4.90%	4.00%	3.50%	4.20%
2.5	16.30%	15.40%	10.50%	13.90%	6.90%	6.40%	7.80%	7.10%
3	0.60%	2.80%	3.10%	2.10%	0.60%	1.60%	1.80%	1.20%
3.5	10.90%	18.50%	13.40%	13.60%	4.80%	5.90%	4.70%	5.00%
4	0.00%	0.80%	0.30%	0.30%	0.20%	0.10%	0.40%	0.30%
4.5	6.40%	9.40%	11.30%	9.00%	3.30%	5.70%	6.10%	4.80%
5	3.90%	9.60%	20.00%	11.30%	1.40%	6.90%	11.70%	6.10%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Índice de dependencia económica por hogar urbano según la presencia o ausencia de adultos mayores, por grupo de pobreza, ENIGH 2002

	Sin mayores de 60				*Con mayores de 60*			
	No pobre	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
0	22.90%	14.00%	21.20%	20.50%	36.50%	38.00%	35.20%	36.60%
0.5	3.40%	1.10%	0.20%	2.50%	4.10%	0.40%	0.00%	2.80%
1	11.90%	6.40%	1.30%	9.30%	10.00%	3.00%	5.20%	8.00%
1.5	20.50%	13.50%	5.90%	17.10%	22.20%	14.80%	11.10%	19.30%
2	6.10%	7.60%	6.40%	3.50%	3.60%	7.10%	3.30%	4.30%
2.5	12.30%	15.50%	11.20%	13.00%	13.60%	14.90%	8.90%	13.20%
3	0.90%	2.70%	4.20%	1.70%	1.20%	2.30%	4.50%	1.80%
3.5	12.80%	19.70%	16.30%	14.80%	4.00%	6.20%	4.50%	4.50%
4	0.00%	0.50%	0.90%	0.20%	0.10%	0.70%	4.70%	0.80%
4.5	7.10%	12.30%	16.60%	9.50%	3.00%	5.50%	4.90%	3.80%
5	2.00%	6.70%	16.00%	4.80%	1.90%	7.10%	17.60%	5.00%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Por otro lado, los hogares con adultos mayores presentan una mayor diversidad de formas: más de 40% son nucleares, más de 40% son extensos y 13% son unipersonales. Los hogares nucleares con adultos mayores son menos frecuentes mientras mayor es el grado de pobreza (48, 40 y 33%, respectivamente), mientras los extensos aumentan sus proporciones con el nivel de pobreza (35, 49, 54%, respectivamente). Llama la atención que

las proporciones de hogares unipersonales de adultos mayores son más altas entre pobres de capacidades que entre pobres moderados, indicando, en este caso, la incidencia de un aislamiento social y familiar de algunos adultos mayores en condiciones de pobreza de capacidades.

Finalmente, la extensión de los hogares con presencia de adultos mayores es más frecuente en áreas urbanas que en áreas rurales. En especial entre los pobres de capacidades de áreas urbanas predominan claramente los hogares extensos, que suman 67% del total, proporción que, en áreas rurales, se reduce a 22%. Al contrario, en áreas rurales los hogares nucleares ascienden a 48%, mientras en áreas urbanas estos reúnen apenas 32% del total de hogares.

Este mismo comportamiento se muestra en todos los grupos de pobreza. Sin embargo, en las áreas urbanas y rurales el hogar nuclear tiene una mayor concentración en cuanto más aguda es la pobreza. Los hogares compuestos por jefes con hijos tienen una proporción constante en los tres grupos de pobreza en el ámbito urbano; en los hogares rurales, mientras mayor es la pobreza menor es la concentración de hogares con esta composición (10.3% de los hogares no pobres, 8.5% de los hogares en pobreza moderada y 6.8% de los hogares en pobreza de capacidades). De igual manera se comporta el arreglo de parejas sin hijos, que es menos frecuente a mayor grado de pobreza, y caracterizan a la fase en que los hijos se van de los hogares y los padres adultos mayores se quedan a vivir solos, son más frecuentes en áreas rurales que urbanas. Los hogares unipersonales de adultos mayores siguen la misma tendencia, y son mucho más frecuentes en áreas rurales (20, 10 y 12 % respectivamente) que en áreas urbanas (12, 8 y 9%, respectivamente).

Cuadro 8

Composición del hogar rural según grupos de pobreza y presencia de al menos un adulto mayor como miembro del hogar, ENIGH 2002

	Sin mayores de 60				*Con mayores de 60*			
	No pobre	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
Nuclear	77.00%	80.50%	84.90%	80.80%	46.90%	41.30%	38.90%	42.90%
Pareja sin hijos	9.20%	3.60%	1.60%	5.10%	21.10%	19.10%	16.60%	19.10%
Pareja con hijos	57.50%	68.40%	76.50%	67.20%	18.30%	17.00%	17.80%	17.80%
Jefe con hijos	10.30%	8.50%	6.80%	8.50%	7.50%	5.20%	4.50%	6.00%
Extenso	12.60%	17.20%	13.40%	14.00%	31.60%	47.30%	48.10%	40.60%
Pareja sin hijos y parientes	0.90%	0.40%	0.10%	0.50%	4.20%	7.00%	3.90%	4.70%
Pareja con hijos y parientes	5.90%	10.80%	9.20%	8.30%	14.60%	23.10%	30.20%	21.70%
Jefe con hijos y parientes	2.30%	4.00%	3.40%	3.10%	8.60%	8.80%	9.90%	9.10%
Jefe con parientes	3.50%	2.00%	0.70%	2.10%	4.20%	8.40%	4.10%	5.10%
Compuesto	0.50%	0.20%	0.00%	0.20%	0.20%	0.60%	0.20%	0.30%
Unipersonal	9.20%	1.90%	1.70%	4.70%	20.90%	10.70%	12.50%	15.80%
Corresidentes	0.70%	0.10%		0.30%	0.50%	0.00%	0.40%	0.30%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

(Continua) Cuadro 8

Composición del hogar urbano según grupos de pobreza y presencia de al menos un adulto mayor como miembro del hogar, ENIGH 2002

	Sin mayores de 60				*Con mayores de 60*			
	No pobre	*Pobre moderado*	*Pobre extremo*	*Total*	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
Nuclear	77.80%	79.50%	81.80%	78.70%	49.40%	40.60%	22.40%	44.20%
Pareja sin hijos	8.50%	2.20%	1.30%	6.10%	17.30%	16.20%	9.00%	16.00%
Pareja con hijos	57.80%	66.20%	69.10%	61.20%	21.30%	16.90%	10.90%	19.10%
Jefe con hijos	11.50%	11.10%	11.40%	11.40%	10.80%	7.50%	2.50%	9.10%
Extenso	13.60%	18.50%	16.60%	15.20%	37.80%	50.70%	67.00%	44.20%
Pareja sin hijos y parientes	0.50%	0.30%	0.40%	0.40%	1.80%	2.40%	4.50%	2.30%
Pareja con hijos y parientes	7.90%	10.90%	8.00%	8.70%	17.50%	26.10%	38.30%	21.90%
Jefe con hijos y parientes	2.90%	5.60%	7.30%	4.10%	12.80%	16.30%	19.20%	14.30%
Jefe con parientes	2.30%	1.70%	0.90%	2.00%	5.70%	5.90%	5.00%	5.70%
Compuesto	0.60%	0.70%	0.20%	0.50%	0.20%	0.50%	1.00%	0.40%
Unipersonal	7.50%	1.30%	1.10%	5.20%	12.30%	8.20%	8.90%	11.00%
Corresidentes	0.50%	0.10%	0.001	0.30%	0.20%	0.10%	0.70%	0.20%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

(Continua) Cuadro 8

Composición del hogar según grupos de pobreza y presencia de al menos un adulto mayor como miembro del hogar, ENIGH 2002

	Sin mayores de 60				*Con mayores de 60*			
	No pobre	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*	*No pobres*	*Pobreza moderada*	*Pobreza de capacidades*	*Total*
Nuclear	77.60%	79.80%	83.80%	79.30%	48.60%	40.80%	33.50%	43.60%
Pareja sin hijos	8.60%	2.70%	1.50%	5.70%	18.60%	17.50%	14.10%	17.40%
Pareja con hijos	57.80%	66.90%	73.70%	63.20%	20.30%	16.90%	15.60%	18.50%
Jefe con hijos	11.20%	10.20%	8.60%	10.40%	9.70%	6.40%	3.80%	7.70%
Extenso	13.50%	18.10%	14.60%	14.80%	35.70%	49.20%	54.30%	42.70%
Pareja sin hijos y parientes	0.60%	0.30%	0.20%	0.50%	2.60%	4.60%	4.10%	3.40%
Pareja con hijos y parientes	7.50%	10.90%	8.70%	8.50%	16.50%	24.70%	32.80%	21.90%
Jefe con hijos y parientes	2.80%	5.10%	4.90%	3.80%	11.40%	12.80%	13.00%	12.00%
Jefe con parientes	2.60%	1.80%	0.80%	2.00%	5.20%	7.10%	4.40%	5.40%
Compuesto	0.30%	0.50%	0.10%	0.40%	0.20%	0.40%	0.50%	0.30%
Unipersonal	7.90%	1.50%	1.50%	5.00%	15.20%	9.30%	11.30%	13.10%
Corresidentes	0.50%	0.10%	0%	0.30%	0.30%	0.10%	0.50%	0.30%
Total	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%	100.00%

Cuadro 9
Probabilidad de ser pobre moderado

Variable dependiente: no pobres vs. pobres moderados			
	Rural	*Urbano*	*Total*
Estructura del hogar			
Unipersonal o pareja sola (referencia)			
Nuclear	3.09	2.95	2.90
Extenso u otros	2.49	2.79	2.54
Número de niños	1.75	1.98	1.88
Presencia de adulto mayor de 75 años	—	—	—
Porcentaje que representa el ingreso del adulto mayor			
Todo (100%) (referencia)			
Parte (1 a 99%)	0.42	0.20	0.29
Cero	1.91	—	1.43
Valor del ingreso del adulto mayor			
2,000 o más pesos mensuales (referencia)			
1,000 a 1,999 pesos mensuales	5.83	6.59	6.14
1 a 999 pesos mensuales	10.15	10.43	10.33
Cero			
Jubilación	2.23	—	1.33
Remesa Nacional	0.74	—	0.81
Remesa Internacional	—	—	—
Área de residencia			
Urbana (referencia)			
Rural			—

Se puede afirmar que los hogares con adultos mayores presentan una diversidad que indica, para los no pobres, la posibilidad de vivir con los hijos o en separado (pareja sin hijos y hogares unipersonales), y para los pobres la mayor tendencia a agregar otro pariente al arreglo residencial, aun cuando los hijos todavía corresiden con sus padres. Los arreglos de parejas con hijos y otros parientes se extienden principalmente por la presencia de personas mayores de 60 años que asumen el rol de otros parientes del jefe.

Por otro lado, el estado civil de las personas mayores de 60 años muestra que los que viven en unión viven predominantemente en pareja con o sin hijos, y se concentran principalmente en el grupo de no pobres. A su vez, los adultos mayores que viven fuera de unión viven más en hogares unipersonales, en el caso de los hombres no unidos de todas las condiciones de pobreza y las mujeres no pobres; mientras las adultas mayores que viven en pobreza moderada o de capacidades residen principalmente en hogares extensos.

V. Factores asociados a la pobreza de los hogares con adultos mayores

Con el objetivo de analizar el efecto simultáneo del ingreso, composición generacional y estructura de los hogares sobre la pobreza de los hogares con adultos mayores, se aplicaron dos modelos de regresión logística.

El modelo de regresión logística se trata de una técnica de análisis multivariado que asigna un valor teórico a una combinación lineal de variables con ponderaciones determinadas empíricamente. Para la aplicación del modelo se define el fenómeno a ser analizado en la forma de una variable dicotómica (que expresa la presencia o ausencia de determinada característica), y se especifican *n* variables independientes que, desde el punto de vista teórico, son capaces de explicar un fenómeno de interés que, en este caso es la pobreza.

La regresión logística sólo permite adoptar variables dependientes dicotómicas. Sin embargo, en este estudio interesa identificar a tres grupos: los hogares no pobres, los pobres moderados y los pobres de capacidades. Para adaptar la técnica de regresión logística a este caso, se aplican dos modelos. El primer modelo en que la variable dependiente se desglosa en "no pobres" y "pobres moderados", y el segundo modelo que se aplica sobre los hogares "pobres moderados" y "pobres de capacidades".

Las variables explicativas se clasifican de acuerdo con las tres dimensiones que se analizan en este estudio: el ingreso de los hogares, que representa la base monetaria o funcional de las estimaciones de pobreza; el papel que juegan las generaciones de dependientes sobre el bienestar de los hogares; y la estructura de los hogares, que expresan los diferentes arreglos domésticos, y sus características específicas en la etapa final del curso de vida.

El componente monetario de la pobreza se incluye en estos modelos a través de la proporción y del valor del ingreso aportado por el adulto mayor a sus hogares. El análisis descriptivo de ambos indicadores sugiere que el ingreso aportado por el adulto mayor representa todo el ingreso del hogar, o una parte importante de los recursos domésticos.

Para tomar en cuenta estas características, se estimó las medianas de ingreso individual de los adultos mayores según condición de pobreza. Con base en estas estimaciones se dividió el conjunto de hogares con adultos mayores en cuatro grupos: los que no reciben ingresos de los adultos mayores, los que reciben entre uno y 999 pesos mensuales, los que reciben entre 1,000 y 1,999 pesos mensuales, y los que reciben más de 2,000 pesos mensuales.

La distribución de estos rangos de ingresos por condición de pobreza mostró que existen:

— 15.2% de hogares que no son pobres, a pesar que el adulto mayor no aporta ningún ingreso;
— 8.1% de hogares no pobres para los cuales los adultos mayores aportan solamente entre uno y 999 pesos mensuales,
— 20.3% de hogares no pobres donde el ingreso del adulto mayor corresponde al rango entre 1,000 y 1,999 pesos mensuales, y
— 16.6% de hogares en pobreza moderada y 3.8% de hogares en pobreza extrema, para los cuales el adulto mayor aporta más de 2,000 pesos mensuales.

Estos resultados indican el nivel de ingreso aportado por el adulto mayor no necesariamente guarda relación con la condición de pobreza de los hogares. Por tanto, se incluyeron estos rangos de ingresos aportados por los adultos mayores como una variable capaz de identificar el rol económico de estas personas para determinar la pobreza de sus hogares. El valor del ingreso del adulto mayor se utiliza para controlar el efecto del valor del ingreso total sobre la pobreza del hogar.

Por otro lado, se incluye la proporción que representa el ingreso del adulto mayor para el ingreso total toma en cuenta el rol económico de esta generación en el hogar, a través de tres categorías: los adultos mayores que no aportan ningún ingreso, los que aportan parte del ingreso total, y los que aportan la totalidad del ingreso de su hogar.

Asimismo, se incluyen algunas variables relacionadas con algunos tipos de ingresos que, en estudios previos, han sido señalados como fre-

cuentes en esta fase del curso de vida para grupos importantes de adultos mayores: las pensiones y las remesas nacionales e internacionales.

Para representar el peso de la dependencia demográfica sobre la condición de pobreza, se tomó en cuenta el número de niños que residen con los adultos mayores.

Por otro lado, se incluyó la presencia de al menos un adulto mayor de 75 años de edad que, por un lado, controla la dependencia en la vejez, y por otro, toma en cuenta las pérdidas de capacidades físicas en la vejez, una vez que el avance de la edad aumenta la incidencia de enfermedades crónico-degenerativas y de discapacidades motoras y sensoriales.

La influencia de la estructura de los hogares sobre la pobreza de los hogares con adultos mayores, el centro de la atención de este análisis, se introduce a través de tres variables:

— hogares unipersonales y parejas solas, que indican la fase de disolución de los hogares, posteriormente a la salida de todos los hijos de los hogares y después de la viudez de uno de los cónyuges adultos mayores. Por tanto, estos hogares se relacionan con una menor carga de dependencia demográfica;
— hogares nucleares con hijos, que indican la fase previa a la salida de los hijos de los hogares;
— hogares extensos, que indican la corresidencia intergeneracional con presencia de un adulto mayor, sea este jefe, cónyuge u otro pariente del jefe.

Finalmente, la relación con los valores y condiciones socioeconómicas de los contextos rural y urbano son tomadas en cuenta. El área de residencia es incluida como una variable en modelos que se aplican a las dos poblaciones. Asimismo, se estiman las probabilidades de pobreza en separado para áreas rurales y urbanas, con el objetivo de identificar comportamientos distintos de la relación entre pobreza y hogares de adultos mayores en estos dos contextos.

1. *Ingreso del adulto mayor*

A. *Valor del ingreso del adulto mayor*

El valor del ingreso del adulto mayor se utiliza como una variable de control y, como era de esperarse, esta es la variable con mayor poder ex-

plicativo para la condición de pobreza. A menor ingreso del adulto mayor, la probabilidad de ser pobre moderado aumenta en alrededor de 10 veces, y la probabilidad de ser pobre de capacidades aumenta desde tres hasta 17 veces.

B. *Proporción del ingreso que aporta el adulto mayor*

En el primer caso se toma como referencia los hogares en que el adulto mayor es el único aportante, comparado con otras dos situaciones: el adulto mayor que aporta una parte del ingreso total del hogar (el ingreso total es complementado por el de otro miembro del hogar), o cuando su aportación es igual a cero.

Esta variable es altamente significativa para identificar la condición de pobreza. La única excepción ocurre en áreas urbanas, en el modelo que diferencia los hogares no pobres de los pobres. En todos los demás casos, cuando el adulto mayor y otro miembro del hogar son aportantes de ingresos, la probabilidad de que el hogar sea pobre moderado y de capacidades es menor que en el caso en que los adultos mayores son únicos aportantes. Esta tendencia se replica en áreas urbanas y rurales.

C. *Tipos de ingresos*

Como se ha observado en estudios anteriores, los adultos mayores se caracterizan por percibir una gran diversidad de tipos de ingresos. En este análisis se toma en cuenta las pensiones y las remesas nacionales e internacionales como posibles fuentes de ingresos que pueden estar relacionadas con la pobreza o bienestar de los hogares.

Los resultados indican que, en áreas rurales, la ausencia de pensión aumenta en más de dos veces la probabilidad de pobreza moderada, y la probabilidad de que los hogares con adultos mayores sean pobres de capacidades es casi tres veces mayor si no cuentan con pensiones. En áreas urbanas la ausencia de la pensión no es significativa para que los hogares sean pobres moderados, pero sí aumenta en casi dos veces la probabilidad de los hogares pobres estén en condiciones de pobreza de capacidades.

Por otro lado, las remesas nacionales presentan un comportamiento atípico: los hogares que no reciben remesas nacionales probablemente no

viven en la pobreza moderada, y este resultado es significativo particularmente en áreas rurales.

Al contrario, la ausencia de remesas internacionales aumenta en dos veces la probabilidad de que los hogares con adultos mayores sean pobres de capacidades, en especial en áreas rurales.

Finalmente, el área de residencia se trata de una variable que sólo se aplica para el conjunto de los hogares con adultos mayores y, aunque no es significativa para identificar a los hogares pobres moderados, sí logra diferenciarlos de los hogares pobres de capacidades. En las áreas rurales, la probabilidad de ser pobre de capacidades es dos veces mayor que en áreas urbanas.

2. *Estructura de los hogares*

El tipo de hogar también se trata de una variable altamente significativa para identificar a los hogares pobres moderados. Comparados con los hogares unipersonales y de parejas solas, los hogares nucleares y extensos tienen una probabilidad casi tres veces mayor de de ser pobres moderados, y una probabilidad de alrededor de 1.5 veces mayor de vivir en pobreza de capacidades, excepto en áreas urbanas. Los hogares nucleares presentan coeficientes de pobreza levemente mayores en áreas rurales, y los extensos en urbanas.

Probablemente en las áreas rurales, la mayor pobreza de los hogares nucleares refleja la mayor fecundidad y número de niños dependientes que comparten los ingresos domésticos. A su vez, como se ha analizado en el análisis descriptivo, en áreas urbanas, donde la fecundidad y el número de niños son más reducidos, es la extensión de los hogares, a través de la inclusión de parientes de diversas generaciones, lo que está entrando en juego para determinar la pobreza.

3. *Generaciones*

El número de niños tiene un alto poder predictivo sobre la pobreza. Cada niño adicional en el hogar prácticamente duplica la probabilidad de que un hogar sea pobre moderado y, aumenta en alrededor de 1.5 veces la probabilidad de que los hogares se encuentren en pobreza de capacidades.

Al contrario, la presencia de al menos un adulto mayor de 75 años en el hogar sólo es significativa para identificar el grado de pobreza en áreas urbanas, donde la presencia del anciano aumenta en 1.5 veces la probabilidad de que el hogar sea pobre de capacidades.

Cuadro 10
Probabilidad de ser pobre moderado

Variable dependiente: pobres moderados vs. pobres de capacidades			
Estructura del hogar	*Rural*	*Urbano*	*Total*
Unipersonal o pareja sola (referencia)			
Nuclear	1.56	—	1.48
Extenso u otros	—	—	1.45
Número de niños	1.53	1.39	1.46
Presencia de adulto mayor de 75 años	—	1.45*	—
Porcentaje que representa el ingreso del adulto mayor			
Todo (100%) (referencia)			
Parte (1 a 99%)	0.44	0.48	0.47
Cero	4.13	1.91	2.83
Valor del ingreso del adulto mayor			
2000 o más pesos mensuales (referencia)			
1000 a 1999 pesos mensuales	3.38	2.86	3.05
1 a 999 pesos mensuales	17.12	5.60	11.01
Cero			
Jubilación	2.85	1.96	1.92
Remesa Nacional	—	—	—
Remesa Internacional	2.05	—	1.84
Área de residencia			
Urbana (referencia)			
Rural			1.87

VI. Conclusiones

El análisis de los resultados descriptivos y multivariados muestran que son diferentes los factores que se combinan en contextos urbanos y rurales para determinar la condición de pobreza de los hogares en los que viven adultos mayores.

No necesariamente los adultos mayores y sus hogares son más pobres que las demás generaciones. Al contrario, los jefes de hogares adultos mayores presentan proporciones menores de pobreza y sufrió menos los efectos de la crisis de 1994, comparados con los jefes jóvenes y de otros rangos de edad. Por otro lado, el adulto mayor asume la jefatura y acostumbra ser el principal aportante de sus hogares, en áreas rurales y urbanas, y cualquier que sea la condición de pobreza.

El ingreso del adulto mayor y el número de niños son las únicas variables que operan de manera similar en ambos contextos, y para los dos modelos. Mientras el número de niños siempre aumenta la probabilidad de ser pobre, el ingreso del adulto mayor sólo condiciona la pobreza cuando está compartido en hogares de mayor tamaño y en los cuales corresiden diversas generaciones.

Las demás variables presentan resultados diferenciales según áreas de residencia. En las áreas rurales se combinan múltiples elementos económicos, relacionados con la carencia de ingresos, entre ellos las pensiones, para explicar la pobreza de los hogares con adultos mayores. Sin embargo, los hogares de adultos mayores suelen ser de menor tamaño y con menores índices de dependencia económica, con mayor peso relativo de los hogares unipersonales y de parejas de adultos mayores. La mayor prevalencia de hogares pequeños combinada con la ausencia de recursos monetarios como la pensión se asocian con las estrechas márgenes para ejercer las economías de escala en áreas rurales.[16]

En las áreas urbanas, la combinación de la mayor incidencia de extensión de los hogares y la presencia de adultos mayores de 75 años, indican que la mayor dependencia y corresidencia de este grupo se relacionada estrechamente con la pobreza de capacidades de sus hogares. Controlándose estos factores, las pensiones pierden su poder explicativo como un recurso que favorece a que los hogares con adultos mayores dejen de ser pobres.

16 Avramov, Dragana, *People, Demography and Social Exclusión*, Bélgica, Council of Europe Publishing editions, Population Studies, núm. 37, 2002.

Finalmente, los resultados sugieren la importancia de explorar con mayor atención los arreglos familiares y su relación con el proceso de envejecimiento poblacional, que varía según la condición de pobreza. Por ejemplo, los hogares unipersonales pueden ser más frecuentes entre la población adulta mayor no pobre, pero también son una condición relacionada con la vejez en condición de pobreza de capacidades, indicando la posible existencia de aislamiento social y familiar. Y la relación entre hogares multigeneracionales y pobreza en áreas urbanas revelan que la corresidencia entre generaciones puede no ser suficiente para que la familia actúe como un factor de protección y bienestar para sus miembros. Las políticas públicas dirigidas a ofrecer soporte a estos grupos vulnerables pueden hacer la diferencia y promover que las diferentes generaciones corresidentes logren.

Este tipo de estudio tiene como objetivo orientar las acciones de las políticas públicas para identificar a los hogares que acumulan vulnerabilidades específicas, para atender sus demandas y necesidades específicas. En México, como en algunos países de Europa, la pobreza y la vulnerabilidad afecta a grupos particulares de adultos mayores, y eso está interrelacionado con diversas características sociodemográficas, familiares y del contexto rural o urbano.

Los recursos monetarios con que cuenta el adulto mayor, la composición generacional, el tamaño y la estructura de los hogares en los que viven, la ancianidad y el advenimiento de limitaciones y dependencia física se combinan y conforman perfiles distintos de pobreza en contextos rurales y urbanos, que deben de ser atendidos también de manera específica por parte de las políticas públicas.

VII. Bibliografía

AVRAMOV, Dragana, *People, Demography and Social Exclusion*, Bélgica, Council of Europe Publishing Editions, Pouplation Studies, núm. 37, 2002.

CORTÉS, Fernando, *et al*., "Evolución y características de la pobreza en México en la última década del siglo XX", *La situación demográfica de México*, México, Conapo, 2002.

GOMES, Cristina, "Hogares e ingresos típicos de las edades avanzadas", *Los derechos de las personas de la tercera edad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, vol. 3, 2003.

JOUVAL, Henri, "Los grandes retos para entender el problema de la vejez, según la Organización Mundial de la Salud", *Transición democrática y protección a los derechos humanos*, fasículo 5, Derechos de segunda generación, México, CNDH, 2004.

LEÑERO, Luis, "Tercera edad en sus implicaciones familiares y sociales", *El Cotidiano. Revista de la Realidad Mexicana Actual*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, núm. 88, marzo-abril, 1998.

SEN, Amartya, *Desarrollo y libertad,* México, Planeta, 1999.

TUIRÁN, Rodolfo, "Desafíos del envejecimiento demográfico en México", *Los derechos de las personas de la tercera edad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.

ZÚÑIGA, Elena y GOMES, Cristina, "Pobreza, curso de vida y envejecimiento poblacional en México", *La situación demográfica de México*, México, Conapo, 2002.

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE EDAD: NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Mónica González Contró

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Presupuestos teóricos*. III. *El problema de la autonomía*. IV. *La dignidad como fundamento del derecho a la no-discriminación*. V. *La perspectiva de necesidades básicas*. VI. *El derecho a la no-discriminación en la legislación mexicana*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El análisis del tema de la discriminación por motivos de edad, en especial cuando hablamos de niños y adolescentes, presenta cierto grado de complejidad, ya que no hay un acuerdo claro acerca de los comportamientos o actitudes que son discriminatorios por diversas razones que se irán exponiendo a lo largo de este trabajo. También es cierto que la idea misma de que los niños son titulares de derechos subjetivos —la cual está asociada indisolublemente con la posibilidad de identificar un trato como discriminatorio— es relativamente reciente, y todavía existen posturas teóricas que negarían esta afirmación. En consecuencia, se requiere una reflexión teórica que permita avanzar en la delimitación del concepto de discriminación para distinguir el trato diferenciado que es discriminatorio del que no lo es con base a las características que diferencian a los niños y adolescentes de otros grupos vulnerables para, con estas herramientas, realizar un examen de la de la situación actual, incluyendo la legislación en esta materia.

II. Presupuestos teóricos

Como presupuesto para hablar del derecho a la no-discriminación por razones de edad es necesario hacer una distinción importante, pues se

puede estar haciendo referencia a dos tipos de situaciones diversas: la discriminación entre niños y la discriminación por ser niño. El primer supuesto nos remite a las distinciones que pueden hacerse entre niños debido a cualidades diferentes a la de ser menores de edad y en este sentido pueden equipararse las causas a las de otros grupos tradicionalmente discriminados por razón de género, raza, religión, etcétera. En estos casos el trato se extiende a los menores de edad que forman parte del grupo segregado aunque no tengan responsabilidad alguna en la elección de las causas que dieron origen a la discriminación. Esto significa, como es evidente, una doble victimización, pues a las circunstancias mencionadas se une la discriminación por ser niño. Este segundo tipo de diferenciación es la que se dirige propiamente a los niños, es decir, no comparte su origen con otros grupos, sino que se debe exclusivamente a la condición de ser menor de edad[1] y es la que será objeto de análisis en las páginas siguientes.

La discriminación por razones de edad tratándose de niños y adolescentes comparte algunos rasgos con otros grupos, pero se diferencia también en aspectos fundamentales. Al igual que en otros colectivos, deriva de una generalización que lleva a agravar las condiciones de los miembros de la clase, es decir, alcanza a diversos individuos a los cuales se atribuye un atributo común, que en este caso es el de ser menor de edad. Así, quedan incluidos en una sola categoría personas en situaciones radicalmente distintas, como son niños, niñas y adolescentes, aunque se podría hablar también de distintas etapas de desarrollo, diversos contextos culturales, etcétera. Con base a un criterio consensual que fija la mayoría de edad a los 18 años de edad,[2] se construye una justificación —implícita o explícita— para dar una trato diferente al del resto de los miembros de la sociedad, en este caso la comunidad de adultos. Tal agrupación es,

[1] Sin embargo, en muchas ocasiones se justifica otro tipo de tratos diferenciados equiparando las características de determinados individuos a las de los niños, tal es el caso, por ejemplo, de las personas que tienen algún tipo de discapacidad psíquica de los que metafóricamente se dice que nunca llegan a alcanzar la condición de adultos.

[2] Este criterio se utiliza tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 1o.), como en el ordenamiento mexicano al establecer como límite de la minoría de edad los 18 años con base a la adquisición de la ciudadanía. Sin embargo, hay que mencionar que en los últimos años se ha ido avanzando en una distinción básica: niño y adolescente. Tal es el caso de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y las recientes reformas al artículo 18 constitucional que se refiere al tratamiento de los adolescentes que han cometido alguna conducta tipificada como delito por la ley penal.

en muchas ocasiones, acrítica y ni siquiera se cuestiona o se entra al debate sobre su justificación y se segrega a todos aquellos que cumplan con ese requisito excluyéndolos de ciertos derechos vinculados a las características de las que se supone carecen los miembros del grupo.

Pero en el caso de los niños la situación adquiere un cariz propio, que la distingue de otros tipos de discriminación y tiene como consecuencia que la forma de abordar su análisis deba ser sustancialmente distinta. Primero, es necesario considerar que el rasgo definitorio de la exclusión y por tanto la posible experiencia discriminatoria es común a todos los seres humanos, pues todo adulto ha sido niño, de tal suerte que sería posible afirmar que todo "discriminador" ha sido "discriminado". Esto tiene como consecuencia también que el mayor de edad o quien tiene la facultad para instituir el tipo de tratamiento que ha de darse a los miembros del grupo de menores tenga una firme convicción de que conoce la situación y puede interpretar la forma en que debe procederse desde la postura del niño. Este argumento, aunque bastante generalizado, es metodológicamente dudoso, pues el haber sido menores de edad no nos capacita automáticamente para interpretar la forma de ver el mundo de un niño que actualmente lo es, pues precisamente el ser adulto supone haber adquirido nuevas estructuras de pensamiento y de percepción de la realidad. Otro aspecto importante a considerar es que la circunstancia que da origen a la distinción es temporal, lo que repercute en varias formas, ya que en primer lugar imposibilita que se constituya un grupo permanente que trabaje en la construcción de su propio fundamento para el trato diferenciado (lo que en otros casos se traduce en una reivindicación de derechos), pero también genera la percepción relativamente difundida de que no resultaría tan grave la discriminación, pues en algún momento será superada y el individuo tendrá plenas facultades para decidir cómo quiere ser tratado. Estas características especiales hacen que abordar el tema resulte especialmente complejo, pues mina la gravedad que puede atribuirse a un trato que pudiera ser segregacionista e injustificado.

Sin embargo, aún queda un último rasgo que considerar en la reflexión sobre el tema que nos ocupa, y se vincula con la pertenencia del niño a la familia. Esta situación genera lo que se interpreta como un conflicto de derechos y se ve reflejada en algunas posturas contrarias a la atribución de la titularidad de derechos a los niños.[3] Aunque no es posi-

[3] Por ejemplo, hay dos importantes corrientes teóricas que se han opuesto a la titularidad de los derechos durante la minoría de edad con argumentos muy distintos: comuni-

ble abordar a fondo esta cuestión, parece claro que, tradicionalmente se ha entendido como un derecho de los progenitores la protección y crianza de sus propios hijos y con ello un deber del Estado de no interferencia en esta esfera de inmunidad. Resulta así que, además de la posible discriminación en el reconocimiento de derechos de los niños, participan como actores los padres reclamando también sus propios derechos respecto de sus hijos.

El estudio del derecho específico a la no discriminación en el caso de los niños resulta pues, complejo. Esta situación se ha visto reflejada en el debate en relación con el tema de los derechos de los niños en general, que se encuentra fuertemente contaminado por los problemas comentados, aunque no siempre de forma explícita. Tal es el caso de uno de los textos más relevantes sobre la materia escrito por Neil MacCormick, publicado en 1976 y titulado *Children's Rights: A test-case for Theories of Right,*[4] aunque ciertamente el objetivo del autor no era proponer una teoría sobre los derechos de los niños, sino precisamente utilizarlos como ejemplo para descalificar la tesis voluntarista de los derechos. El argumento básico era el siguiente: de acuerdo con la teoría voluntarista, que sostiene que un derecho subjetivo necesariamente conlleva una facultad para exigirlo o renunciar a su cumplimiento, es imposible sostener la existencia de derechos de los niños, pues uno de los atributos de este tipo de derechos es precisamente que el titular no está facultado para renunciar a su cumplimiento. Así, concluye MacCormick, la teoría de la voluntad es desechada por no poder justificar los derechos de los niños. A partir de este texto surgieron otras propuestas teóricas ya sea apoyando o rebatiendo esta postura, sin embargo, lo que el autor nunca aborda y en general ha estado ausente en el debate, es una premisa que se encuentra implícita en el razonamiento: que la voluntad del niño debe ser irrelevante en el ejercicio de sus derechos y por esta razón se justifica la imposición de derechos obligatorios a los que no puede renunciar. Y es este precisamente el punto medular del derecho a la no discriminación en el caso de los niños, que se traduce en la justificación de por qué es acepta-

taristas y voluntaristas. Los primeros, de forma muy genérica, sostienen que los derechos del niño están incluidos en los derechos del grupo social, en especial la familia. Los voluntaristas por su parte excluyen de la titularidad de derechos a los seres sin plena autonomía por ser incapaces para renunciar al ejercicio de los mismos.

4 MacCormik, Neil, "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right", *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

ble o no la premisa implícita. Esta idea, profundamente vinculada con la concepción de la infancia y la atribución de determinadas características que se refieren básicamente a la situación de dependencia y la falta de autonomía que ha constituido el cimiento para la construcción del sistema de derechos durante la minoría de edad, es común a los presupuestos de los cuales se partía para justificar la discriminación de ciertos grupos —por ejemplo las mujeres, los esclavos o los indígenas— y que finalmente han sido consideradas como carentes de fundamento al demostrarse que la atribución de estos rasgos era un artificio de los grupos dominantes para explicar la represión. Sin intentar anticipar ninguna conclusión, creo que la historia puede alertarnos para, por lo menos, ser extremadamente cuidadosos al construir discursos sobre los derechos del niño, aunque al parecer aún no resulta tan obvio para un amplio sector de la sociedad, incluidos muchos especialistas en la materia. Por esta razón, a continuación me permito sugerir algunos criterios o lineamientos, sin la pretensión de que éstos sean definitivos y subrayando la necesidad de mantener un diálogo abierto que considere las aportaciones de las disciplinas encargadas del estudio de esta etapa de la vida humana, así como a los miembros de la clase a al cual se ha dado un trato diferente.

Por otra parte, es necesario señalar que existe una intuición de que los niños deben recibir un trato distinto al de los adultos, debido a las características de los seres humanos en los primeros años de la vida. Esta percepción tiene su origen en condiciones reales, pues efectivamente la primera etapa de la vida humana se caracteriza por el desarrollo y como consecuencia la existencia de ciertas necesidades especiales. Sin embargo, se requiere acercarse críticamente a las percepciones sociales de lo que significa ser niño para distinguir las capacidades y atributos auténticos de los construidos socialmente, sobre todo porque los niños no tienen facultades para participar directamente en las decisiones colectivas, de modo que el diseño de sus derechos proviene necesariamente de individuos ajenos a su grupo y que interpretan sus necesidades. Así, resulta fundamental realizar un análisis minucioso para determinar si la forma de tratar a los niños es discriminación o tratamiento diferenciado. Para ello, es necesario delimitar también de qué estamos hablando exactamente con el término "discriminación" y contra lo que existe un derecho humano.

Resulta entonces, como pone de manifiesto el caso de los niños, que no todo trato diferenciado es discriminatorio y viceversa, pues cuando existen propiedades relevantes que deberían actuar como fundamento pa-

ra el tratamiento de un grupo de individuos sería reprochable —discriminatorio— tratarlos de igual forma ¿cuál es entonces el criterio para distinguir estos tipos de situaciones? Parece que una aportación interesante es el concepto de Norberto Bobbio que sitúa la fundamentación en el valor que se deduce de las diferencias:

> A la discriminación se llega con un proceso mental que, extremadamente simplificado, puede ser resumido de este modo:
>
> se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al grupo B;
>
> se consideran esas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;
>
> se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad (…), el poder de oprimir al grupo B.[5]

Así, resulta que lo que importa no son las diferencias —que indudablemente existen, no sólo en el caso de los niños—, sino que éstas sean reveladoras de superioridad. El tratamiento diferenciado no supone la preeminencia de un grupo sobre otro, ni mucho menos su opresión, se refiere únicamente a la necesidad o conveniencia de establecer consecuencias normativas distintas atendiendo a rasgos relevantes, pero sin hacer un juicio sobre el valor de los grupos poseedores de los atributos con base a los cuales se marcan las distinciones. Esto abre una nueva perspectiva sobre los derechos y el tratamiento debido durante la etapa conocida como infancia, aunque es necesario identificar en dónde se sitúa precisamente la justificación para tratar de forma distinta a los miembros de esta clase, para lo cual es necesario analizar varios aspectos problemáticos, partiendo además que el mismo concepto de niño es un constructo social y así lo demuestra su reciente aparición histórica.[6]

III. El problema de la autonomía

Tal como se había mencionado, uno de los aspectos más problemáticos en relación con el trato debido a los niños se relaciona con el concep-

5 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 48-49.

6 En efecto, el concepto de niño, según la opinión de diversos especialistas en el tema, no surge tal como lo entendemos actualmente sino hasta el siglo XVI en que se comienza a representar pictóricamente a la infancia con las características fisiológicas propias de esta etapa y con un traje especial, distinto del atuendo adulto.

to de autonomía. Resulta evidente que durante los primeros años de la vida el ser humano experimenta una dependencia en diversas áreas, de hecho, esta situación es una característica de las especies más evolucionadas, producto de un nacimiento prematuro derivado del tamaño del cerebro que tiene como resultado que los individuos necesiten durante un periodo de los miembros adultos de su comunidad.[7] Sin embargo, no parece tan claro, en primer lugar, la duración del periodo en que se asume que el individuo es dependiente ni las áreas en las que se presenta esta situación. En este sentido, se requiere definir lo que entendemos como autonomía para posteriormente evaluar qué tanto se justifica la exclusión del poder de decisión en el ejercicio de los derechos en el caso de los niños y adolescentes.

Ciertamente la definición del concepto mismo de autonomía es problemática —y parte de este conflicto permea la discusión sobre los derechos del niño—, sin embargo, creo que la definición normativa propuesta por Carlos S. Nino reúne los elementos esenciales de lo que razonablemente podríamos vincular a este concepto:

> Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de esos ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.[8]

La autonomía, tal como la describe Nino, parte de atribuir un valor a la elección individual de la propia forma de vida, de los ideales de la virtud y excelencia, de forma que la función del Estado consiste en garanti-

[7] En las especies más alejadas de la humana este lapso de dependencia es más breve ya que las crías nacen prácticamente con todas las conductas que les serán indispensables para la vida adulta y el aprendizaje necesario es mínimo; por ejemplo, los pollos a las pocas horas de haber salido del cascarón picotean y seleccionan sus alimentos y el salmón al llegar el momento de la reproducción regresa al lugar donde nació, pone los huevos y muere. Por el contrario, los animales más parecidos al hombre tienen también lo que podríamos identificar como una infancia larga y dependen fuertemente de los adultos de su grupo para sobrevivir y aprender. Véase, Delval, Juan, *El desarrollo humano*, 4a. ed., Madrid, Siglo XXI, 1999, pp. 13-15.

[8] Véase Nino, Carlos S., *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación,* Barcelona, Ariel, 1989, pp. 204 y 205.

zar las circunstancias para que cada individuo pueda realizar sus decisiones sin interferencias, absteniéndose él mismo de intervenir. Sin embargo, ¿qué sucede o cómo aplica esto en el caso de los niños? parecería evidente que éstos no pueden hacer ejercicio de su libertad, pues generalmente se asume que es precisamente esta incapacidad para ser autosuficientes el fundamento para la minoría de edad que se traduce en la sujeción a la patria potestad, así como en la incapacidad normativa para realizar actos jurídicos, es decir, en la idea de incompetencia. Sin embargo, habría que detenerse un poco más para analizar el por qué de esta afirmación que para muchos parece indiscutible y que constituye la base para la creación de ciertas instituciones jurídicas, entre ellas la noción misma de competencia, que tiene un contenido normativo.

Ernesto Garzón Valdés define la competencia como la "capacidad para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta"[9] y describe varios supuestos en los que cualquier individuo puede ser incompetente.[10] Para Garzón, quien se encuentra en una posición de carencia de competencia básica tiene un déficit con respecto a la generalidad y por tanto está en una

9 Véase Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 371.

10 "Alguien es incompetente:

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (en el caso de Ulises, el de los alcohólicos o drogadictos que menciona el párrafo 114 del Código Civil Alemán, o el de la debilidad de voluntad, del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporaria o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas).

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer X, saber que Y es condición necesaria para lograr X, disponer de Y, no tener nada que objetar contra Y y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (G. Dworkin 1983a, 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas". Véase Garzón Valdés, Ernesto, *op. cit*., nota 9, pp. 371 y 372.

situación de desigualdad negativa, de tal manera que se precisa de la intervención del Estado para compensar esta desigualdad. El niño es considerado incompetente básico debido a que, según el autor, su vulnerabilidad es absoluta, pues no puede medir el alcance de muchas de sus acciones ni satisfacer sus necesidades elementales, aunque concede que es superable con el transcurso del tiempo, y que la transformación del niño en capaz básico o incapaz relativo depende en buena medida a la forma en que haya sido atendido durante esta etapa.[11]

La forma en que se ha entendió durante mucho tiempo que debía subsanarse la incompetencia fue mediante la sujeción a la patria potestad, es decir, reconociendo a los padres un derecho para tomar las decisiones a nombre de sus hijos menores de edad. Esta idea ha cambiado en los últimos años, y ahora se entendería que el Estado tiene una obligación para atender a la incompetencia de los menores precisamente mediante las atribución de derechos-obligatorios, es decir, derechos de los cuales se ha retirado la facultad para renunciar al ejercicio. El paternalismo es así un mecanismo para compensar la situación de desigualdad negativa mediante la intervención del Estado (por ejemplo derechos obligatorios, políticas públicas). Esta desigualdad no se manifiesta sólo en el presente, sino que se proyecta hacia el futuro. Esto supone nuevamente un riesgo para el derecho a la no discriminación, pues aunque se reconocen derechos a los niños, éstos difieren sustancialmente de la forma en que se entienden los derechos adultos, y pueden convertirse en un instrumento para la imposición de bienes o ideales de vida con el argumento de que se trata de beneficiar al titular que es un incompetente básico y que por tanto es incapaz para hacer elecciones propias.

Como ya se había dicho, el concepto de autonomía pone de manifiesto también el riesgo de encerrar a todos los menores de edad en un mismo grupo, pues es claro —desde mi punto de vista— que la incapacidad de un niño de dos años es radicalmente distinta a la del adolescente de quince. Empero, pocas son las normas jurídicas que dan cuenta de esta diferencia, atribuyendo a medida que el individuo evoluciona distintas capacidades.

[11] Garzón Valdés, Ernesto, "Desde la 'modesta propuesta' de J. Swift hasta las 'casas de engorde', Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", *Doxa,* núm. 15-16, vol. II, Universidad de Alicante, 1994, pp. 737 y 738.

Por otra parte, los estudios de la psicología evolutiva —disciplina encargada de investigar el desarrollo— han brindado una nueva perspectiva sobre la autonomía y por ende la competencia en los niños. Según los especialistas, la autonomía es una capacidad presente desde los primeros días de la vida, y se va desarrollando de forma gradual.[12] El ser humano comienza a muy temprana edad a buscar influir sobre su entorno y a realizar acciones con un fin concreto. Por ejemplo, la sonrisa social de un bebé constituye un buen medio de comunicación y muy pronto el niño aprende las reacciones que producirá a su alrededor y busca esta respuesta. Lo mismo sucede con otras conductas como el llanto, los balbuceos, etcétera. Estas habilidades se van desarrollando rápidamente, alcanzando el individuo cada vez mayores niveles de autonomía. Ciertamente esto no elimina la situación de vulnerabilidad, pero aporta elementos para descartar o por lo menos poner en duda la noción de falta absoluta de autonomía.

De acuerdo con esta visión, el ejercicio de esta capacidad debe irse respetando, es decir, eliminando interferencias conforme se van adquiriendo nuevas habilidades. El niño debe ir teniendo la facultad para hacer las elecciones de las que es capaz y que no impliquen un riesgo para su desarrollo. Esto se traduce por ejemplo en que en preescolar el niño puede elegir libremente a qué quiere jugar o con qué amigos quiere hacerlo. Otro trato sería discriminatorio, pues se estaría atribuyendo un valor superior al sujeto que pretende imponer la actividad. No podemos dejar de lado, sin embargo, que en muchas ocasiones la situación de vulnerabilidad es real y que están justificados tanto la imposición de derechos-deberes por parte del Estado y la tutela y decisión de los padres de lo que es mejor para sus hijos ¿cómo encontrar entonces los límites para determinar cuándo están justificadas estas intervenciones y cuándo carecen de fundamento? La propuesta es utilizar el concepto de dignidad humana para delimitar los supuestos de intervención justificada y el trato discriminatorio por la atribución de una incompetencia carente de base.

[12] Algunos autores que tratan el tema del desarrollo infantil, es especial desde la perspectiva de la autonomía son: Craig, Grace, J., *Desarrollo psicológico*, 8a. ed., México, Pearson Educación de México, 2001; Delval, Juan, *El desarrollo humano*, 4a. ed., Madrid, Siglo XXI, 1999; Ochaíta, Esperanza y Espinosa, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, Mc Graw-Hill, UNICEF, 2004.

IV. La dignidad como fundamento del derecho a la no-discriminación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 1o. que: *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Esta formulación implica un reconocimiento de la dignidad del ser humano por lo menos desde el momento del nacimiento, aunque es evidente que esto no se traduce en la adjudicación de los mismos derechos, pues por ejemplo los niños no son titulares del derecho a trabajar o a contraer matrimonio que reconoce el mismo instrumento. Esta exclusión sólo puede estar justificada si tiene como base la protección de la dignidad del niño y por tanto la promoción y tutela de su bienestar.

La idea de dignidad está, como pone de manifiesto el texto de la Declaración, íntimamente vinculada a la noción de igualdad, y en consecuencia constituye un criterio fundamental para el derecho a la no discriminación, en otras palabras, sirve para determinar cuándo se justifica un tratamiento diferenciado y cómo debe ser éste en atención a la dignidad que compartimos los seres humanos. El principio de dignidad reconoce un valor en la propia persona o en la persona de cualquier otro y con base a ello establece la proscripción de imponer sacrificios que no redunden en beneficio del propio individuo "que siendo valiosa la humanidad en la propia persona o en la persona de cualquier otro, no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio". [13]

El reconocimiento de la dignidad del hombre es contrario a la visión utilitarista que justificaría el sacrificio de alguno o algunos en beneficio de la mayoría, ya que esto supondría reconocer menos valor a un ser humano y utilizarlo como un medio para el bienestar o beneficio de otros, lo que evidentemente sería institucionalizar la desigualdad con base a considerar que algunos individuos —o incluso algunos planes de vida— tienen mayor valor moral que otros. El problema en el caso de los niños, es precisamente determinar o dotar de contenido al concepto "sacrificios o privaciones" y sobre todo a la idea de "beneficio" ya que la prohibición derivada del principio prohíbe únicamente la imposición de sacrificios o privaciones en los casos en que "no redunden en su propio beneficio".

13 Véase Vázquez, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, núm. 56, México, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 43.

V. La perspectiva de necesidades básicas

Parece que una perspectiva teórica que puede ser de mucha utilidad para resolver al problema planteado, es decir, determinar los casos en que está justificado imponer un sacrificio al titular porque esto redundará en su propio beneficio, es la que se sustenta en las necesidades básicas. Esto es especialmente importante en el caso de los niños debido a la situación de incompetencia —fáctica y jurídica— en la que se encuentran, ya que no pueden decidir autónomamente qué tipo de acciones desean permitir o cómo interpretar su beneficio. Esto se relaciona con la justificación para la imposición de derechos-deberes; por ejemplo, es claro que el niño no puede dejar de ingerir los nutrientes básicos que requiere, aunque probablemente los alimentos que los contengan no sean los que más le agradan. Se justifica entonces la atribución de un derecho al padre para imponer a su hijo la ingesta de este tipo de comida, ya que el niño no alcanza a comprender las graves repercusiones que podría tener para su desarrollo la conducta contraria. Estamos ante un caso en que es legítimo imponer algo que el titular puede percibir como "sacrificio" —a qué niño le gusta comer espinacas en lugar de dulces— pues esto redundará en su beneficio. Al mismo tiempo, la perspectiva de necesidades básicas establece la autonomía como una necesidad del desarrollo, de tal suerte que un trato no discriminatorio debe reconocer el derecho al ejercicio de ésta de acuerdo con las capacidades de cada momento del crecimiento del ser humano.

Esperanza Ochaíta y Ma. Ángeles Espinosa han elaborado una propuesta de necesidades básicas de los niños a partir de los datos aportados por la psicología evolutiva que permite establecer criterios objetivos para dotar de contenido a esta idea. Las autoras consideran que existen dos necesidades básicas: salud física y autonomía[14] que son universales, y de las cuales derivan una serie de necesidades intermedias que constituyen los mínimos para que cualquier niño pueda vivir dignamente y crecer de forma adecuada.

[14] La clasificación de las necesidades básicas en salud física y autonomía es originario de Doyal y Gough (Doyal, Len y Gough, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria, FUHEM, 1994). Las autoras adaptan el tipo de necesidades intermedias a la etapa infantil.

Salud física	Autonomía
-Alimentación adecuada -Vivienda adecuada -Vestidos e higiene adecuados -Atención sanitaria -Sueño y descanso -Espacio exterior adecuado -Ejercicio físico -Protección de riesgos físicos	-Participación activa y normas estables -Vinculación afectiva primaria -Interacción con adultos -Interacción con iguales -Educación formal -Educación no formal -Juego y tiempo de ocio -Protección de riesgos psicológicos
-Necesidades sexuales	

La perspectiva de necesidades permite así tener un fundamento objetivo para la construcción del sistema de derechos del niño que constituya el criterio para el tratamiento diferenciado y por tanto para garantizar que no sea un trato discriminatorio. En otras palabras, los derechos que tienen como contenido uno de los satisfactores básicos pueden ser impuestos al titular a través de un deber aún en contra de la voluntad del mismo, sin que esto constituya un trato discriminatorio. Así por ejemplo, está justificada la obligación del niño de ir a la escuela aunque no lo desee, pues el derecho a la educación está vinculado con la satisfacción de una necesidad fundamental y además es un factor para garantizar la igualdad, lo mismo sucede tratándose del derecho a la salud y la aplicación de vacunas, el derecho a la alimentación, etcétera.

Es claro, sin embargo, que a pesar de que la perspectiva de necesidades nos brinda una herramienta valiosa en el diseño y ejecución de los derechos de los niños y por tanto ayuda a trazar los límites entre lo que sería un trato diferenciado y discriminación, hay que tener en consideración que la participación activa es uno de los derechos vinculados directamente con la necesidad de autonomía y supone la libertad para expresar sus opiniones y que éstas sean tomadas en cuenta y sobre todo la facultad para ir tomando las decisiones de las que sea capaz en cada etapa del desarrollo. Esto se vuelve especialmente importante considerando que el niño no tiene capacidad para participar activamente en el procedimiento democrático y para decidir sobre las medidas para garantizar un trato equitativo. Esto nos lleva también a la necesidad de mantener un discurso abierto en relación con el tema de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, estar en constante reflexión sobre lo que puede significar la

discriminación, pues a pesar de que parecen existir algunos acuerdos, la experiencia de la historia nos indica que el consenso no es garantía de igualdad de derechos; pensemos en el aparente acuerdo social prevaleciente durante muchos años respecto de la inconveniencia de reconocer el derecho al voto en las mujeres o la profunda convicción de que el color de la piel determinaba el status jurídico de las personas como esclavos o ciudadanos. Es necesario mantener abierto el discurso, sobre todo dando cabida a las expresiones y opiniones de los actores afectados: niños, niñas, y adolescentes, con la disposición también de ir avanzando en el reconocimiento de autonomía y derechos, de acuerdo con las capacidades que van surgiendo a lo largo del desarrollo.

VI. El derecho a la no-discriminación en la legislación mexicana

El derecho del niño a la no discriminación es reconocido tanto en la legislación internacional como nacional, aunque como se ha dicho a lo largo de este texto, es necesario acotar exactamente a qué se está haciendo referencia cuando se habla del mismo durante la minoría de edad del ser humano. En México, pese a que la misma Constitución reconoce la igualdad a través de —entre otras leyes— la prohibición de la discriminación por razones de edad en el artículo 1o., es claro que los menores de edad no son tratados iguales en la legislación, comenzando porque están excluidos de los derechos relacionados con la ciudadanía que otorga la misma Constitución y tienen limitaciones importantes en el ejercicio de las garantías individuales del capítulo I del título I de este ordenamiento. Sin embargo, este reconocimiento es la base para sostener que hablamos entonces de un tratamiento diferenciado justificado en el mismo derecho a la no discriminación, o lo que es lo mismo, las normas especiales dirigidas a los menores de edad tienen como finalidad y justificación la igualdad entre quienes por razones de la edad se encuentran en una situación especial respecto al resto de los individuos.

Sobre esta misma base, a nivel internacional se aprobó en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos del Niños, que consagra también como uno de sus principios fundantes el derecho la no discriminación en el artículo 2o. Este instrumento, al haber sido ratificado por México es, de acuerdo con el artículo 133,

ley suprema de la nación y de acuerdo con la tesis de la Suprema Corte tiene un rango superior a las leyes federales e inferior a la Constitución.[15]

> Artículo 2o.
>
> 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
>
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Como se advierte en la redacción del artículo, el derecho a la no discriminación que deriva de la Convención hace referencia especialmente a la discriminación entre niños, es decir, por condiciones diversas a la edad como pueden ser la raza, religión, opinión, etcétera, abarcando también esta protección a circunstancias de los padres. En el ámbito federal, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes contempla en el artículo 3o. la prohibición de los dos tipos de discriminación como uno de los principios rectores de la protección de los niños: por ser niño (por razones de edad) y por causas diversas:

> Artículo 3o. Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:
>
> B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
>
> C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma, lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.

15 TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, novena época, instancia: pleno, fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *gaceta*, X, noviembre de 1999, p. 46, tesis: P. LXXVII/99, tesis aislada, materia constitucional.

Es claro que, en la mayoría de los casos, la legislación vigente confunde los dos planos de discriminación de los que se hablaba al inicio de este texto: entre niños y por ser niños, y que en muchas ocasiones se limita a reconocer la primera pese a que ésta se encuentra contemplada en otras leyes generales. Ciertamente es posible presumir que, aunque se supone que el niño está protegido por otras normas de la discriminación por otras causas, era necesario reafirmar este derecho por tratarse de una población vulnerable. Sin embargo, la protección en contra del segundo tipo de discriminación parece no ser tan explícita, ya que aunque aparece en algunas leyes, no basta con una declaración de intenciones sino que se requiere definir qué significa en concreto este derecho; para ello es necesario realizar un intenso trabajo de justificación sobre las razones por las que los niños y adolescentes requieren de un trato distinto en cada uno de los aspectos. Mucho se ha avanzado en la legislación, comenzando por la distinción entre niñas, niños y adolescentes, aunque es necesario seguir trabajando en la inclusión de la opinión de los niños en el diseño y ejercicio de sus derechos.

VII. Conclusiones

El derecho a la no discriminación por motivos de edad, cuando se pretende vincular a la infancia no es desde luego, un tema sencillo. Se requiere retomar el debate sobre las competencias y habilidades atribuidas a los niños y brindarles nuevos espacios de participación. Pero sobre todo demanda —como en todos los casos de discriminación que afortunadamente están en vías de superación— atreverse a poner en tela de juicio los paradigmas de los cuales se ha partido tradicionalmente para dar un trato diferenciado. Para ello es necesario el fomentar una discusión sobre el tema que someta a minuciosa revisión las ideas que se han utilizado como presupuesto, pero sobre todo resulta indispensable un diálogo que incorpore a los miembros del grupo y les permita expresar sus puntos de vista sobre los distintos temas que les afectan. Sólo de esta manera será viable la posibilidad de garantizar que el trato dado a cada uno de los miembros de la sociedad humana es igualitario y acorde con el reconocimiento de su dignidad como personas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALSTON, Philip, *et al*. (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

AÑÓN ROIG, María José, *Necesidades y derechos: Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

DELVAL, Juan, *El desarrollo humano*, 4a. ed., Madrid, Siglo XXI, 1999.

DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria/FUHEM, 1994.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Gran Bretaña, Duckworth, 1987.

FANLO CORTÉS, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: Una contribución teórica*, México, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, núm. 90, Distribuciones Fontamara, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia adolescencia. De los derechos y de la justicia,* México, Doctrina jurídica contemporánea, num. 7, Distribuciones Fontamara, 1999.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

——— "Desde la 'modesta propuesta' de J. Swift hasta las 'casas de engorde', algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños", *Doxa,* 15-16, vol. II, Universidad de Alicante, 1994.

CRAIG, Grace, J., *Desarrollo psicológico*, 8a. ed., México, Pearson Educación de México, 2001.

HIERRO, Liborio L., "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño", *Revista de Educación,* enero-abril 1991, núm. 294.

MACCORMIK, Neil, "Children´s Rights: a Test-Case for Theories of Right", *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1982.

MOERMAN, Joseph, "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en Verdugo, Miguel Ángel y Soler-Sala, Víctor (eds.) La *Convención de los Derechos del Niño. Hacia el siglo XXI*, Universidad de Salamanca, 1996.

NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos: Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

OCHAÍTA, Esperanza y ESPINOSA, Ma. Ángeles, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, Madrid, Mc Graw-Hill-UNICEF, 2004.

SALADO OSUNA, Ana, "La Convención sobre los Derechos del Niño. Las obligaciones asumidas por los Estados partes", en Calvo García, Manuel y Fernández Sola, Natividad (coord.) *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras jornadas sobre derechos humanos y libertades fundamentales*, España, Mira Editores, 2000.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Educación liberal: un enfoque igualitario y democrático*, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, núm. 56, Distribuciones Fontamara, México, 1999.

TAMÉS PEÑA, Beatriz (comp.), *Los derechos del niño. Un compendio de instrumentos internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.

Carlos de la Torre Martínez

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Profesor de materias relacionadas con la filosofía del derecho y los derechos humanos en la Facultad de Derecho de la UNAM, en la Universidad Panamericana y otras universidades del interior de la república mexicana; coordinador del Diplomado sobre el Derecho a la No Discriminación.

Es autor del libro: *La regulación de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*.