

# LA IGUALDAD QUE TODOS QUEREMOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Esbozo del marco jurídico.* III. *La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.* IV. *A modo de conclusión.*

## I. INTRODUCCIÓN

Las Constituciones contemporáneas han ideado muchas maneras de proteger la igualdad, lo han hecho a través de mandatos de no discriminación, de declaraciones generales sobre el igual goce de los derechos fundamentales, de mandatos para alcanzar una igualdad real o sustantiva, etcétera. Lo mismo ha sucedido con las legislaciones que han desarrollado ese tipo de normas.

Quizá no sobra apuntar, desde el inicio de este ensayo, que el de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.<sup>1</sup>

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada, casi siempre, por posicionamientos ideológicos.<sup>2</sup> Como señala Francisco J. Laporta:

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia,

<sup>1</sup> Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que: “en el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leitmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder, y en sociología, en la estratificación social”, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16.

<sup>2</sup> Véanse, sobre las dificultades de definir adecuadamente la discriminación, las muy atinadas observaciones de Rodríguez Zepeda, Jesús, *Democracia, educación y no discriminación*, México, Cal y Arena editores, 2011, pp. 7 y ss.

su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.<sup>3</sup>

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido, tiene y está llamado a tener una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado. No podemos pensar en una democracia constitucional que no tutele de forma amplia y eficaz al valor de la igualdad entre todos los seres humanos.<sup>4</sup>

El primer artículo, junto con la Constitución norteamericana de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.<sup>5</sup>

De la misma forma, también el pensamiento ilustrado había reparado en la importancia del principio de igualdad. Podrían ser muchas las citas que se hicieran al respecto, pero quizás hay dos que recogen fielmente la postura ilustrada que sirvió para alimentar la filosofía de las primeras declaraciones de derechos. La primera es de Hobbes, quien en su obra *De Cive* escribió: “si la naturaleza ha hecho iguales a los hombres, esta igualdad debe ser reconocida; si les ha hecho desiguales, puesto que se pelearán por el poder, es necesario para lograr la paz que se consideren como iguales”. La segunda cita es de Rousseau, quien señaló en *El Contrato Social* que:

Es que en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y derecho... Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla.

<sup>3</sup> Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, p. 3.

<sup>4</sup> Rodríguez Zepeda, Jesús, *Iguales y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia excluyente*, México, TEPJF, 2011.

<sup>5</sup> Un análisis del significado, de los alcances y de la proyección actual de este artículo puede verse en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, pp. 106 y ss.

En las páginas siguientes haremos un repaso del marco jurídico nacional e internacional en materia de no discriminación y de igualdad entre mujeres y hombres (apartado II). Dedicaremos un espacio en el que pueda considerarse como la norma de origen nacional más importante en la materia a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (apartado III). Finalmente, esbozaremos algunas posibles perspectivas del tema en México (apartado IV).

## II. ESBOZO DEL MARCO JURÍDICO

En México, mediante una reforma de 1974, se introduce un mandato sencillo pero contundente en el que actualmente es el párrafo primero del artículo 4o. constitucional: “el varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aun en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer. A nivel constitucional debe tomarse en cuenta, también, que el artículo 1o., párrafo tercero, establece (a partir de 2001, si bien por reforma de junio de 2011 se convirtió en el párrafo quinto) que no se podrá discriminar por razón de género.<sup>6</sup>

La igualdad entre hombres y mujeres se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981) o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996).

En el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo (una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI, inciso c).

<sup>6</sup> Véase, más adelante (apartado III), la forma en que este mandato ha sido desarrollado por el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2o. constitucional, cuyo apartado A dispone que:

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En México, para contribuir con el combate a la desigualdad de género, se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de enero de 2001), el cual es un organismo público descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión, de acuerdo con el artículo 2o. de la ley del propio instituto.

El instituto tiene como objetivo general promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; así como el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4o. de la ley).

La ley del instituto contiene un par de definiciones que, a pesar de no ser un modelo de redacción y de que contienen algunas cuestiones discutibles, pueden ser de interés para el estudio de la igualdad entre hombres y mujeres. En su artículo 5 establece que la “equidad de género” es un:

concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como un:

concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género.

En 2006 se publica la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, cuyo objetivo es “regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la nación hacia el cumplimiento de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres” (artículo 1o.).<sup>7</sup>

En 2007 se publica la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, por medio de la cual se intenta alcanzar una actuación coordinada y eficiente del Estado mexicano en contra de la violencia de género, tan extendida en México.

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. El artículo 287, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio código, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo 4o., segundo párrafo (ahora primero, MC) de la Constitución Federal que proscribe toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así, porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le comina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. Tesis 1a.

<sup>7</sup> A pesar de su título, que haría suponer una legislación muy completa y ambiciosa, lo cierto es que se trata de una ley bastante inocua, con poca regulación referida en sentido estricto a derechos y abundantes referencias a la distribución de funciones entre las autoridades involucradas. Compárese su pobreza de contenidos con la mucho más rica Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de España.

XXXIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2001, t. XIII, pp. 286 y 287.

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizás con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendientes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

Otra tesis que no se encuentra entre las más afortunadas de nuestra Suprema Corte es la siguiente:

DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en la demanda se narren genéricamente los hechos que a juicio del actor actualicen dicha causal, sino que es necesario expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron. Lo anterior, no sólo para que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada. Además, si en los procedimientos contenciosos el actor debe narrar primero en su demanda los hechos y posteriormente probarlos en la etapa procesal correspondiente, resulta inconscuso que en el periodo probatorio no pueden subsanarse las omisiones de la demanda, pues las pruebas no son los instrumentos indicados para hacerlo. Contradicción de tesis 55/2006-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Tesis jurisprudencial 59/2006.

El efecto del criterio que se acaba de transcribir es que a partir de su emisión los jueces del fuero común deberán exigir a las víctimas de la violencia intrafamiliar que quieran por esa razón disolver un vínculo matrimonial (¿se aplicará el mismo criterio al concubinato, para efecto por ejemplo de demandar el pago de alimentos? ¿Y a las sociedades de convivencia en el Distrito Federal y Coahuila?) que argumenten y prueben con detalle en

qué consistió esa violencia, desde el inicio mismo del proceso, es decir, desde la presentación de su demanda. En otras palabras, las víctimas, mientras corren a su habitación envueltas en sangre para que sus hijos no las vean sufrir, deberán ir anotando la hora, el número y tipo de golpes recibidos, el lugar de la recepción y cualquier otro detalle que les permita alcanzar el estándar tan acucioso que se va a exigir para que posteriormente les reciba un juez su demanda. De esa manera probablemente bajarán las denuncias por violencia intrafamiliar, pero aumentarán las cifras de golpeadores impunes! Quien mejor ha descrito el drama que, en la práctica, genera la tesis que estoy analizando es el hoy ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar, quien escribe al respecto lo siguiente:<sup>8</sup>

Para aquilatar la gravedad de la tesis de la Corte no es necesario recurrir a sesudas interpretaciones jurídicas, sino apelar al más elemental sentido común. Basta un sencillo ejemplo, por lo demás bastante frecuente no sólo en México. Supongamos que una mujer acude a demandar el divorcio necesario alegando que de manera reiterada, casi todos los días, su esposo llega en estado de ebriedad, la insulta y la golpea, además de que grita y maltrata a sus hijos menores de edad. Para acreditar lo anterior ofrece varios testigos a quienes les constan los abusos del marido. En el caso, la mujer maltratada estaría imposibilitada para lograr el divorcio y el cese del maltrato, pues la narración de los hechos es insuficiente a decir de la Corte, y los testigos no tendrían relevancia alguna. La mujer estaría obligada a describir de manera detallada las circunstancias de *tiempo*: qué día sucedieron los hechos (día, mes y año) y a qué hora exactamente (a las 10:33 de la noche, por ejemplo); *de modo*: qué palabras utilizó exactamente, cómo estaban vestidos ella, él y los niños, cómo la golpeó: ¿Con las manos? ¿Con el puño abierto o cerrado? ¿Con los pies? ¿Qué zapatos llevaba el agresor? ¿En qué partes del cuerpo fue golpeada? ¿Qué tan fuerte le pegó? ¿Cuántas veces?, etcétera; *dé lugar*: ¿Fue en la cocina, en la habitación o en la sala? ¿En qué parte exactamente? ¿Cerca de la puerta o de la ventana? Es fácil advertir la situación de desventaja en la que se coloca a quien sufre de violencia en la familia, pues se le exige que recuerde todos estos detalles, lo mismo que sus testigos, a pesar de que es claro que en muchos casos por la situación derivada del miedo y el trauma que genera la violencia no los recuerde, o que la naturaleza continuada de la conducta haga absurdo el reducirla a un solo evento.

En América Latina, como se puede ver a partir de los criterios del Poder Judicial Federal mexicano, los tribunales constitucionales no siempre se han

<sup>8</sup> Zaldívar, Arturo, “Violencia intrafamiliar e indefensión”, *Nexos*, México, núm. 354, junio de 2007, p. 43.

empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, el consagrarse una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliar a sus cónyuges; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos, y así por el estilo.<sup>9</sup>

A partir de este marco jurídico general (a pesar de sus debilidades y de sus discutibles interpretaciones) es que se emprende en México una decidida batalla para garantizar los derechos de igualdad entre hombres y mujeres, pero entendiendo a esa igualdad no de manera formal (como mera prohibición de discriminar), sino de forma sustantiva, como igualdad *de facto*.<sup>10</sup> No solamente lo dice el ya citado artículo 1o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, sino que lo reitera expresamente

<sup>9</sup> Véase, al respecto, Universidad del Rosario, *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-USAID, 2001, p. 149. También pueden ser de interés las sentencias recientemente dictadas por el Tribunal Constitucional español sobre la constitucionalidad de ciertas medidas tomadas por la legislación española contra la violencia de género; véanse, por ejemplo, las sentencias 12/2008, 59/2008 y 76/2008, entre otras. Los planteamientos originales del TC en materia de igualdad pueden encontrarse en las sentencias 216/1991 (caso de las mujeres aviadoras), 147/1995 (caso ESK, relativo a discriminación indirecta por razón de sexo), 128/1987 (caso guarderías, sobre acciones afirmativas) y 42/1993 (caso Fernández, sobre igualdad en la aplicación de la ley). Una exposición más detallada de los casos (así como la cita de otros muchos) se encuentra en Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003, pp 105 y ss.

<sup>10</sup> La idea de la igualdad sustancial parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto a las personas de raza blanca.

la fracción V de su artículo 12, cuando establece que es competencia del gobierno federal: “garantizar la igualdad de oportunidades, mediante la adopción de políticas, programas, proyectos e instrumentos compensatorios como *acciones afirmativas*”.

### III. LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

En el análisis de las normas que desarrollan el mandato de igualdad entre mujeres y hombres creo que debe reservarse un lugar muy especial para la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD, en lo que sigue), dado que constituye la columna vertebral del conjunto del ordenamiento jurídico mexicano en la materia y puesto que contiene normas muy avanzadas sobre el tema que nos ocupa.

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 de 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado.<sup>11</sup> 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 adquirieron fuerza de ley.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos.

La primera cuestión a destacar del contenido de la LD es la que tiene que ver con el concepto de discriminación. En su artículo 4o. 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,

<sup>11</sup> El texto completo puede encontrarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

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 observar, el artículo 4o. de la LD no se limita a transcribir el hoy párrafo quinto del artículo 1o. constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como por ejemplo la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.<sup>12</sup>

En el proyecto ciudadano de Ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación, la llamada “discriminación indirecta”; el artículo 4 del proyecto tenía un párrafo tercero, el cual establecía: “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 Martínez 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.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> 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 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., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

<sup>13</sup> *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64.

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 amplias e importantes, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de dere-

chos humanos.<sup>14</sup> Así por ejemplo, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las Observaciones Generales núm. 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene una cláusula de igualdad), las Observaciones Generales número 16 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU y las Recomendaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros textos normativos.<sup>15</sup>

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. 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 establece expresamente, 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.<sup>16</sup>

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6o. y 7o., que la LD es una ley muy sensible al derecho internacional, no solamente porque explícitamente lo cita y lo recoge con notable amplitud, sino

<sup>14</sup> 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*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

<sup>15</sup> 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.), *op. cit.*

<sup>16</sup> Sobre el tema puede verse la excelente obra colectiva: Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 ts.

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 transscrito 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 dedica a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

El capítulo II de la ley se denomina “Medidas para prevenir la discriminación” y contiene un solo artículo (el 9o. de la LD), en el cual se realiza una enumeración prolífica de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones en relación con 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 afectar 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”.

Algunas fracciones del artículo 9o. de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ser 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 incorpo-

ra 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Sobre el tema, Carbonell, Miguel, “Principio de no discriminación y relaciones entre particulares”, *Documento de trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 79, enero de 2006.

<sup>18</sup> El concepto de las acciones positivas y su legitimidad han sido objeto de una intensa discusión en el ámbito del derecho constitucional y de la filosofía política en las últimas décadas; sobre el tema pueden verse, entre otras muchas, las siguientes obras: Ballesterro, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996; Becalli, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999; Varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000; Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003; Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003; Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003; Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2003; Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2004; Rodríguez Piñero, Miguel, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y derecho*, núm. 44, 2001; Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999. Un tratamiento original y muy lúcido del tema se encuentra en Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003. En México el mejor libro sobre la materia, hasta donde tengo información, es el de Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

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 distinguía 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.

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.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los apartados precedentes se ha intentado aportar una descripción del marco jurídico en materia de igualdad de género y de no discriminación que tenemos en México, sobre todo a nivel federal. Para finalizar este ensayo quizá convendría realizar algunas reflexiones sobre las perspectivas y los temas pendientes en la materia.

El paso más importante que se podría dar en México para robustecer el marco jurídico del derecho a no ser discriminado consiste en la expedición de leyes locales en la materia. La ley federal, como ya ha quedado expuesto, supone un avance importante, pero cubre solamente una parte de las conductas discriminatorias (y una parte menor, si se me permite la observación). Será muy importante que los gobiernos locales tomen conciencia de la relevancia del tema y que se comprometan a realizar esfuerzos para expedir y hacer eficientes leyes locales sobre el mismo.

Otra cuestión que tendremos que abordar en los siguientes años tiene que ver con una posible reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.<sup>19</sup> Luego de algunos años de experiencia práctica quizá

<sup>19</sup> Carbonell, Miguel, *Estudio sobre la reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, México, Conapred, 2008, pp. 11-56.

convenga hacer distintos ajustes que la hagan más operativa. Uno de ellos seguramente deberá darse dentro de los preceptos dedicados a los procedimientos que lleva a cabo el CONAPRED, pues la actual regulación contiene algunas omisiones o imprecisiones que permiten, por ejemplo, que los particulares que enfrentan quejas ante el Consejo no se sientan del todo obligados a acudir al llamado de dicho órgano.<sup>20</sup>

Un tema que merece también ser revisado es el referido a las sanciones; si bien es cierto que debe evitarse la introducción de medidas penales para combatir la discriminación, también es verdad que la ley federal podría incorporar mecanismos que incrementen el grado de coerción de la misma; en particular, sería interesante establecer sanciones económicas para los particulares que discriminen (sanciones que podrían tomar la forma de multas y que deberían ser cuantiosas en algunos supuestos especialmente graves o cuando se dieran actos de discriminación reiterados por parte de algún particular).

Con todo, el marco jurídico es solamente un elemento dentro del conjunto de acciones que se deben tomar en consideración para combatir la discriminación en México y para avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Podemos tener buenas o regulares leyes, pero si los habitantes del país y sus autoridades no toman conciencia de la importancia del combate a la discriminación es muy poco lo que valdrán todas las regulaciones jurídicas. De hecho, actualmente uno de los principales obstáculos para una adecuada aplicación de la legislación existente es la escasa cultura de la no discriminación que sigue existiendo en México.<sup>21</sup>

Los actos discriminatorios no son percibidos como tales y, en consecuencia, no son llevados ante las instancias que podrían sancionarlos. Existe una especie de “barrera visual” que nos impide darnos cuenta de los miles de actos cotidianos de discriminación que se cometen en el país. Por eso es que el trabajo sobre la representación cultural de la discriminación tiene tanta importancia. Constituye un requisito para poder aplicar en la realidad el marco jurídico que tengamos en la materia.

<sup>20</sup> Carbonell, Miguel, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, Conapred, 2007, pp. 141 y ss.

<sup>21</sup> Al respecto, son muy ilustrativos los resultados de *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, México, Secretaría de Desarrollo Social-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, junio de 2005; dichos resultados pueden ser consultados tanto en la versión impresa como en la página web de la secretaría ([www.sedesol.gob.mx](http://www.sedesol.gob.mx)). A principios de 2011 se dieron a conocer los resultados de la Segunda Encuesta, los cuales pueden ser consultados en [www.conapred.org.mx](http://www.conapred.org.mx).

Para alcanzar el cambio cultural que necesitamos hay que estar advertidos de que la lucha contra la discriminación no es neutral, sino que supone romper con modelos de relaciones sociales que durante décadas han estado muy asentados. La ampliación del sufragio hacia todas las personas mayores de edad, la abolición de la esclavitud, el reconocimiento de los mismos derechos a las mujeres, la incorporación de los extranjeros a la ciudadanía plena, la equiparación de las uniones entre personas del mismo sexo, etcétera, son todas ellas conquistas que han venido a romper con ámbitos de “normalidad” que se pensaba que podrían durar para siempre. Todas esas luchas en favor de la igualdad y en contra de la discriminación son a la vez luchas por la dignidad humana y por la racionalización de la convivencia. Por eso es tan importante que estén apoyadas por el mejor ordenamiento jurídico que seamos capaces de construir.