

EPÍLOGO

Los testimonios de los primeros negros que pisaron tierras norteamericanas como mano de obra esclava son desgarradores.¹²⁰⁷ Con esas miles de dramáticas historias particulares comenzaba la historia del pueblo afroamericano. Las penurias de aquellas personas habrían de prolongarse hasta el final de la época en la que la segregación racial se encontraba avalada por el derecho. Precisamente esas dos tragedias humanas (esclavitud y segregación) son las que han marcado más hondamente a la sociedad de ese país. En este trabajo se pretendió, entre otras cosas, justificar las medidas encaminadas a la enorme labor de borrar las diferencias históricas entre las razas en los Estados Unidos de América.

Es evidente que la historia de los Estados Unidos es muy diferente a la mexicana. La esclavitud, por ejemplo, quedó abolida en México por Miguel Hidalgo y Costilla al poco tiempo de iniciada la lucha por la independencia (6 de diciembre de 1810). En nuestro país tampoco ha existido una segregación racial institucionalizada. No por ello, sin embargo, debemos vanagloriarnos de nuestra realidad social: el nuestro es un pueblo con grandes desigualdades. Nuestra sociedad es incluso más desigual que la norteamericana. La pobreza en la que se encuentra una gran parte de los mexicanos se traduce en miseria cuando hablamos de la población indígena, miseria que tiene como consecuencia, entre otras cosas, desnutrición, analfabetismo y altas tasas de mortalidad infantil. Las mujeres mexicanas, por su parte, distan mucho de contar con la misma igualdad de oportunidades que los hombres.

El atraso social y cultural en el que están inmersos ciertos grupos sociales de nuestro país es el resultado de siglos de exclusión y discriminación en su contra, de ahí que sea nuestra obligación comenzar, de forma

¹²⁰⁷ Yetman, Norman R., "Exslave Interviews and the Historiography of Slavery", *American Quarterly*, vol. 36, núm. 12, verano de 1984, pp. 181-210. En este ensayo se rastrean los primeros testimonios de ex esclavos que fueron recogidos y publicados en los Estados Unidos.

agresiva, a revertir el estado en el que se encuentran ciertos grupos sociales. Esto, en primer lugar, es nuestra obligación, por una razón ética: no intentar cambiar la situación de los más desfavorecidos de nuestro país es un crimen. Recordemos que la ética nos exige que dos de nuestros fines sean la felicidad de los demás y nuestra propia perfección.¹²⁰⁸ En segundo lugar, la obligación de revertir esa situación es de tipo jurídico: un mandato constitucional, pues el artículo 1o., párrafo 3, de nuestra carta magna 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.¹²⁰⁹

Como norma reglamentaria de este artículo 1o. de la Constitución se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, o LFPED. La forma de elaboración de la ley fue totalmente inédita, pues fue un producto de la deliberación pública. En su redacción estuvo involucrada la sociedad civil a través de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación.¹²¹⁰ La Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003. En este ordenamiento se establecen una serie de medidas positivas y compensatorias.

La redacción de esta ley es el resultado de la influencia de normas extranjeras. Sin duda, la influencia más grande ha venido de la discusión que se realiza en los Estados Unidos en torno a este tema. Es precisamente en ese país donde se ha dado la discusión de más alto nivel sobre

¹²⁰⁸ Ésta es la idea de Kant sobre la ética. Para una interpretación en este sentido de la obra de Kant véase Rivera, Faviola, *Virtud y justicia en Kant*, México, Distribuciones Fontamara, 2003, pp. 96 y 97. Faviola Rivera textualmente señala: “Los dos fines morales centrales en *La doctrina de la virtud* son la felicidad de los demás y perfección de uno mismo. De acuerdo con esto, la ética nos exige que actuemos según máximas en las que hagamos nuestros fines la felicidad de los demás y nuestra propia perfección”.

¹²⁰⁹ Para un análisis del artículo primero de la Constitución véase lo dicho en Carbone, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 181-220. Más adelante veremos cómo se relaciona este artículo constitucional con el artículo 2o. de la Ley Federal para Prevenir la Discriminación.

¹²¹⁰ Sobre este episodio ya histórico véase lo dicho en la nota anterior y en Gutiérrez Espíndola, José Luis, “El Conapred y la lucha contra la discriminación en México”, *El Cotidiano*, núm. 134, pp. 12-22.

las acciones positivas y sobre las *affirmative actions*. Es por esto último por lo que confiamos en que este trabajo contribuya a enriquecer la discusión en México relacionada con el principio de igualdad. Aunque se han escrito ensayos en México acerca de la teoría inmersa en las acciones positivas, es evidente que falta mucho por decir.¹²¹¹

Intentaremos aquí, hacer un análisis de algunas características de esta ley. Dicha norma está dividida en cuatro capítulos: I. Disposiciones generales. II. Medidas para prevenir la discriminación. III. Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades. IV. Del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Nos interesa analizar aquí exclusivamente lo concerniente a las llamadas medidas positivas o compensatorias. No pretendemos más que señalar algunos elementos que puedan servir como base de futuras discusiones acerca de los mecanismos utilizados en México para fomentar la igualdad de oportunidades de los grupos más vulnerables de nuestro país.

I. LA DISCRIMINACIÓN SEGÚN LA LFPED

El artículo 4o. de la Ley establece lo que debemos entender por discriminar:

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.

Debemos destacar que este artículo define precisamente el término discriminar usado en el artículo primero de la Constitución. La “cláusula

¹²¹¹ A lo largo de esta obra hemos citado algunos textos escritos en México, como la tesis doctoral de Nuria González Martín, “Políticas de acción positiva por razón de raza en los Estados Unidos de América y respectivo breve panorama europeo”, y otros trabajos suyos sobre el mismo tema. Es de destacar también la obra de Miguel Carbonell citadas más arriba, entre ellas “La constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina: una aproximación teórica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 839-861.

de no discriminación” de nuestra carta magna es interpretada por la ley como una prohibición de los actos que tengan como consecuencia fáctica la marginación o la exclusión, es decir, la discriminación en su sentido peyorativo. Discriminación, según la Ley, no es sólo la distinción basada en algunos de los criterios expresamente prohibidos, sino sólo la diferenciación que, al hacer uso de esos criterios “tengan por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”.

El artículo 4o. se complementa con lo dicho el artículo 5o., que dispone: “No se consideran conductas discriminatorias las siguientes:... fracción 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 las dignidad humana”.

La lectura que se le debe dar a este artículo es la interpretación de la igualdad sostenida en este trabajo; la versión más progresista del derecho a la igualdad, y que se traduciría en la prohibición de la discriminación, cuando discriminación significa exclusión o marginación. La interpretación anterior eliminaría la que entiende el principio de igualdad como una simple prohibición del trato desigual, ya que lo que la Constitución prohíbe es el trato vejatorio a ciertos grupos minoritarios. Se evita así que se suscite la polémica que se da en los Estados Unidos de América en torno a las *affirmative actions*, pues como tuvimos oportunidad de señalar a lo largo de la investigación, en ese país dichas *affirmative actions* han sido severamente criticadas por aquellos que insisten en una lectura restrictiva del principio de igualdad, interpretado como prohibición irrestricta de criterios clasificatorios como la raza o la nacionalidad.

II. EL ESTADO COMO PRINCIPAL PROMOTOR DE LAS CONDICIONES DE LIBERTAD E IGUALDAD

El Estado es el primer obligado en promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Así lo señala el artículo 2o. de la citada Ley.¹²¹² Para ello, el Estado está facultado

¹²¹² Artículo 2o.: “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, económi-

no sólo para prevenir la discriminación por cualquiera de los criterios prohibidos por la Constitución que tengan consecuencias contrarias a la búsqueda de igualdad de oportunidades, está obligado a “compensar” a aquellos grupos desfavorecidos de la sociedad. Este artículo es de suma importancia, pues encierra toda una doctrina acerca del papel del Estado en la lucha por la igualdad, no sólo para evitar la discriminación, que se traduciría en un derecho negativo —susceptible de ser protegido a través del juicio de amparo—, sino para eliminar los obstáculos que impidan una plena igualdad de oportunidades:¹²¹³ un derecho positivo que implicaría la obligación de los poderes públicos de actuar en la búsqueda de igualdad de oportunidades. Resulta evidente la influencia de los postulados propios de un Estado social de derecho,¹²¹⁴ que han llegado a nosotros a través del constitucionalismo español. El artículo 2o. de la LFPED, de hecho, es una copia del artículo 9.2 de la Constitución Española;¹²¹⁵ artículo que encierra uno de los principios más importantes del Estado social de derecho.

Aunque un derecho positivo como el contenido en el citado artículo constitucional español no se encuentra consagrado en nuestra carta magna, el mismo mandato lo encontramos en la LFPED; norma de observancia general que debe ser cumplida en todos sus términos. De ahí que la muy copiosa bibliografía que interpreta lo dicho por el 9.2 de la Constitución Española puede enriquecer la discusión en México.¹²¹⁶

ca, 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”.

¹²¹³ Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, cit., p. 119, y Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, cit., p. 10. En realidad, estos autores se refieren a lo dicho por el artículo 9.2 de la Constitución Española; sin embargo, lo dicho por ellos bien vale para interpretar lo que establece el artículo 2o. de la Ley Federal.

¹²¹⁴ La vinculación de este derecho positivo con un Estado social de derecho es evidente. Sobre esta relación véase lo dicho por Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, cit., p. 130.

¹²¹⁵ El artículo 9.2 de la Constitución Española dice: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹²¹⁶ Sobre la interpretación del artículo 9.2 de la Constitución Española puede verse Ollero Tassara, Andrés, “Relevancia constitucional de la igualdad”, en varios autores, *La Constitución española diez años después. 1978-1988. Segunda parte*, Madrid, Tapia,

III. MEDIDAS POSITIVAS Y MEDIDAS COMPENSATORIAS

La ley utiliza el término de “medidas positivas” o “no acciones positivas” utilizado por la doctrina española, y que fue traducción del inglés *positive actions*; sin embargo, es claro que tienen idénticas connotaciones.¹²¹⁷ De la lectura de la Ley, podemos arriesgarnos a definir a las medidas como lo hace la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles respecto a las acciones afirmativas: “cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar discriminaciones presentes o pasadas o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro”.¹²¹⁸

Por otra parte, aunque la Ley consagra la utilización de medidas positivas y compensatorias, no parece que establezca diferenciación entre los dos términos. Las medidas compensatorias, podría pensarse, serían aquellas que intenten igualar situaciones ocasionadas exclusivamente por una discriminación previa; sin embargo, es importante señalar que existen dos acepciones del término “compensar”. En una primera acepción significaría igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra. La segunda acepción, por su parte, estaría relacionada con dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.

Sostenemos que la idea de compensación contenida en los artículos 3o. y 10 de la Ley de referencia no está vinculada a una responsabilidad por daño. Compensar sería, entonces, igualar las circunstancias de los que se encuentran en una situación injusta, aunque esas circunstancias tengan o no un antecedente intencional. La diferenciación anterior no es baladí, pues justificar las medidas compensatorias sólo en aquellos casos en los que exista un pasado de discriminación que sea la causa directa de la situación en la que se encuentran los grupos minoritarios limita el

1989, pp. 26-30, y Sanchís Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, septiembre-diciembre de 1995, pp. 9-57.

¹²¹⁷ José Luis Gutiérrez equipara los términos de acciones afirmativas, positivas o compensatorias. Gutiérrez Espíndola, José Luis, “El Conapred y la lucha contra la discriminación en México”, *cit.*, p. 15.

¹²¹⁸ La definición es citada por Martín Vida. El documento redactado por la Comisión en 1977 se puede encontrar, junto con otros documentos de la Comisión, en línea: <http://www.usccr.gov/aaction/aamain.htm>, se accedió a la página el 22 de septiembre de 2005.

campo de acción del Estado. Recordemos que la LFPED permite la utilización de acciones encaminadas a remediar la situación en la que se encuentran algunos grupos de nuestra sociedad, cualquiera que sea: en su artículo 3o., párrafo 2, expresamente establece la obligación de incluir en el Presupuesto de Egresos de la Federación las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades.¹²¹⁹

Recordemos que en Estados Unidos una de las posibles justificaciones que permiten utilizar una *affirmative action* es la existencia de una discriminación pasada. De la lectura de la LFPED no se puede desprender que sólo en los casos en los que se descubra una discriminación previa podría resultar válida la implementación de medidas afirmativas o compensatorias.

Nos parece necesario que se utilicen mecanismos más agresivos para eliminar la situación en la que se encuentran ciertos grupos minoritarios en la sociedad mexicana. Carbonell habla de “medidas drásticas para combatir la discriminación”.¹²²⁰ La Ley a la que hemos hecho referencia expresamente establece la obligación de implementar acciones positivas, algunas de ellas las enumera en el capítulo III; sin embargo, no consagra medidas de discriminación inversa (o *affirmative actions*). Recordemos que la discriminación inversa incluye las llamadas *hard measures of intervention* o medidas de intervención severa, como las que establecen cuotas para aumentar la representación de minorías en las universidades o en la fuerza de trabajo. Por su parte, las acciones positivas consisten más bien en *soft measures* o medidas leves. Estas medidas evitan cuotas explícitas y preservan los criterios meritocráticos.¹²²¹ No obstante, las medidas más severas no están prohibidas por la Ley, pues como ya se dijo, sólo se prohíbe las acciones que tengan por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. Estos derechos no son otros que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Recordemos que uno de

¹²¹⁹ Literalmente, el párrafo segundo, del artículo tercero de la citada Ley señala: “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”.

¹²²⁰ Carbonell habla de “medidas drásticas”. Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *cit.*, p. 191.

¹²²¹ Caruso, Daniela, “Limits of the Classic Method: Positive Action in the European Union after the New Equality Directives”, *cit.*, p. 332.

los límites en el uso de las *affirmative actions* estaría relacionado con los derechos fundamentales de terceros: nunca se debe favorecer a algún miembro perteneciente a determinada minoría violando algún derecho fundamental de otro.

La única objeción que se podría hacer al uso en México de planes que contengan una discriminación inversa, es decir, una de estas medidas de intervención severa, podría ser aquella que se relaciona con la propia interpretación del artículo 1o. de la Constitución Política. Miguel Carbonell señala que precisamente esa fue una de las dudas que se plantearon en el proceso de elaboración del anteproyecto: "...en las diversas reuniones de la Comisión surgió el tema de la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el propio párrafo tercero del artículo 1o. y con el párrafo 1 del artículo 4o. de la Constitución que consagra la igualdad entre el hombre y la mujer".¹²²²

En países donde existe un mandato constitucional que constriñe al Estado a actuar en la consecución de una igualdad de tipo material es más fácil justificar la utilización de medidas severas.¹²²³ No obstante, aun en países donde esto sucede, la discriminación inversa no deja de causar polémica. En España, por ejemplo, aun contando con el mandato del artículo 9.2, hubo reticencias a interpretar el mandato constitucional de la igualdad sustancial de dicho artículo como una permisón de utilizar planes de discriminación inversa. El Tribunal Constitucional español no reconoció, en una primera etapa, que los tratamientos desiguales que se sustentaban en un criterio de género fuesen admisibles en atención a ciertos fines como el de buscar una igualdad real de oportunidades: "...el principio de igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales".¹²²⁴ Sin embargo, sentencias posteriores del propio Tribunal español terminaron por reconocer el carácter no asimétrico de la prohibición de discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española y el mandato contenido en el 9.2. En 1988 el Tribunal Constitucional señaló:

...puede imponer este precepto [se refiere al 9.2 de la Constitución Española], como consideración de principio, la adopción de normas especiales

¹²²² Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", *cit.*, p. 191.

¹²²³ Así lo entiende Miguel Carbonell; *idem*.

¹²²⁴ SSTC 23/1981. Citada por Martín Vida, María Ángeles, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, *cit.*, p. 120.

que tiendan a corregir los efectos dispares que en orden al disfrute de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia norma fundamental.¹²²⁵

México no cuenta con una disposición constitucional a través de la cual se le imponga al Estado la obligación de remover los obstáculos que impidan una plena igualdad sustancial. Sin embargo, debemos recordar que las garantías individuales contenidas en la Constitución son derechos mínimos que se encuentran protegidos de forma especial. Nada en la Constitución limita al Estado en la búsqueda de mejores condiciones de vida para sus ciudadanos. Si el Estado decide usar las medidas positivas o incluso planes que contengan alguna discriminación inversa estaría en armonía con el texto constitucional, siempre y cuando éstas no restrinjan derechos fundamentales de terceros, y no tengan como consecuencia la exclusión, la marginación de ciertos grupos sociales.

Como señalamos, las intenciones de este epílogo fueron establecer un vínculo entre lo dicho a lo largo del trabajo de investigación y lo referente al contexto mexicano. Concluimos entonces que el estudio de la problemática referente a las *affirmative actions* en los Estados Unidos no es baladí: puede y debe contribuir al enriquecimiento de la discusión en México acerca de la igualdad.

¹²²⁵ STC 19/1988, del 24 de enero. Citado por *ibidem*, p. 140.