

Capítulo tercero. Un análisis jurídico	69
I. Reflexión previa	69
II. Definición genérica del principio de igualdad	69
III. La igualdad y el derecho	71
IV. La discriminación como violación al principio de igualdad	77
V. La discriminación y el derecho	80
VI. Distinguir sin discriminar	83
VII. La igualdad sustancial	86
1. Igualdad de oportunidades	88
2. Igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales, en donde se busca romper con un pasado desigualitario y minusvalorador de ciertos rasgos	89
VIII. El principio de igualdad y sus límites en la Constitución mexicana	89
IX. Igualdad. Límites a este principio.	90
X. El multiculturalismo en la Constitución mexicana	92
XI. La traducción normativa del multiculturalismo	93
XII. La reforma indígena en México	97
XIII. El principio de igualdad, el mandato de no discriminación y las acciones positivas en la reforma constitucional en materia indígena	101
XIV. El dilema de voluntad e intención en la ley	106
XV. ¿Por qué todo esto?	110

CAPÍTULO TERCERO

UN ANÁLISIS JURÍDICO

I. REFLEXIÓN PREVIA

A continuación se presenta un análisis del marco jurídico mexicano, en especial haciendo referencia a la parte que habla de la discriminación dentro de la gestión pública y no pública. No hay mecanismos ni protocolos encargados de prevenir estos efectos en ninguna parte de la legislación mexicana. Siguiendo sobre la línea de investigación de la cognición social, será importante analizar qué parte de la legislación en México se encarga de regular la conducta discriminatoria, y cómo es que lo hace.

II. DEFINICIÓN GENÉRICA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En primer lugar, hay que decir que la igualdad se puede entender a partir de tres perspectivas, que son las siguientes:

1. Lógico-lingüística. Responde a las situaciones que ofrece la pregunta ¿igualdad en qué sentido? Se trata de dar un significado a la palabra igualdad, de establecer sus usos lingüísticos.
2. Filosófico-política. Busca la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre las diferentes clases de igualdad, pero no sin antes establecer y atender los diferentes tipos de igualdad existentes.
3. Jurídica. Se trata de explicar las condiciones necesarias que deben de existir para poder aplicar la igualdad, por lo que podemos encontrar ordenamientos jurídicos en los que se establece una serie de criterios sobre la base de los cuales no sería legítimo otorgar un trato distinto entre personas (raza, sexo, religión, preferencia sexual, etcétera) (Carbonell, 2002: 125-127). La igualdad jurídica está conectada con los derechos fundamentales; con los derechos de libertad en cuanto a

derechos al igual respeto de todas las “diferencias”, y a los derechos sociales en cuanto a derechos a la reducción de las “desigualdades” (Pérez Portilla, 2005: 15 y 16).

El término igualdad consiste, esencialmente, en una relación tripartita en la cual están, por un lado, dos o más objetos o personas y, por otro, una o varias cualidades; es precisamente esta característica la que distingue a la igualdad de la identidad y la semejanza.

Norberto Bobbio señala que

la dificultad de establecer el significado descriptivo de “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) “¿Igualdad entre quiénes?”, y b) “¿Igualdad en qué?” (1993: 53 y 54).

El mismo autor afirma, además, que la igualdad es un tipo de relación formal que puede colmarse de contenidos diversos; explica que si se dijera únicamente “X es igual”, no tendría sentido alguno, sin embargo es sensato decir que “todos los hombres son iguales”, ya que no se está aduciendo a una cualidad del hombre como tal, sino a una relación que existe entre aquellos sujetos que encuadran en la categoría abstracta de “humanidad”; lo anterior, afirma el autor, explica el porqué se considera a la igualdad como un bien para aquellos entes que conforman un todo, mientras existe entre ellos una relación.

De lo anterior se puede concluir que el concepto y el valor de la igualdad podrán ser aplicados únicamente cuando exista una pluralidad de sujetos, entre los cuales se debe definir la relación que existe entre ellos (Bobbio, 1993: 54 y 55). De aquí se origina el que Bobbio señale que “la igualdad no es de por sí un valor, sino que lo es tan sólo en la medida en que sea una condición necesaria, aunque no suficiente, de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema en el cual consiste la justicia” (*idem*: 59).

III. LA IGUALDAD Y EL DERECHO

En primer lugar, debe definirse lo que es la igualdad ante la ley; Rafael de Pina define a este principio como “Trato igual en circunstancias iguales, que significa la prohibición de toda decisión o norma legal de carácter discriminatorio por parte de los órganos estatales” (De Pina y De Pina Vara, 2003: 313).

Se puede decir que el principio de igualdad ante la ley, como tal, nace de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual crea el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en los derechos. Este principio ha sido desarrollado ampliamente en el ámbito del derecho internacional, así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 1o., 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”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, establece en su artículo 26 que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”; mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 24 que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Así, la igualdad ante la ley es que los órganos encargados de la aplicación del derecho no deben hacer ninguna diferencia que el derecho a aplicar no establezca. En relación con esto, se encuentra la característica de la generalidad de la ley, la cual se refiere a que una ley debe ser aplicable a todas aquellas personas que encuadren en los supuestos que ésta prevé; es por esta característica que quedan prohibidas las leyes privativas o particulares.

Respecto de lo anterior, el artículo 13 de la Constitución mexicana prohíbe la aplicación de leyes privativas en atención al principio de igualdad ante la ley y a la generalidad que debe regirla, cabe señalar que no es lo mismo una ley privativa que una especial, tal y como lo dice la siguiente tesis:

LEYES PRIVATIVAS. SU DIFERENCIA CON LAS LEYES ESPECIALES. Las leyes privativas se caracterizan porque se refieren a personas nominalmente designadas, atendiendo a criterios subjetivos y por el hecho de que después de aplicarse al caso previsto y determinado de antemano pierden su vigencia, encontrándose prohibidas por el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, debido a que atentan contra el principio de igualdad jurídica; mientras que las leyes especiales, aun cuando se aplican a una o varias categorías de personas relacionadas con hechos, situaciones o actividades específicas, sí se encuentran investidas de las características de generalidad, abstracción y permanencia, dado que se aplican a todas las personas que se colocan dentro de la hipótesis que prevén y no están dirigidas a una persona o grupo de ellas individualmente determinado, además de que su vigencia jurídica pervive después de aplicarse a un caso concreto para regular los casos posteriores en que se actualicen los supuestos contenidos en ellas, no transgrediendo, por tanto, el citado precepto constitucional.⁶⁵

Además, así como las leyes deben ser generales, los tribunales encargados de hacerlas cumplir también deben serlo, es decir, deben ser los mismos para todos. Es por esto que están prohibidos los tribunales especiales, entendiéndose como tales a aquellos órganos jurisdiccionales que se crean exclusivamente para juzgar determinados hechos y personas, por lo que, una vez que emiten la sentencia que les ha sido encomendada, desaparecen. Por otra parte, la idea de que el principio de igualdad consiste en una aplicación de la ley sin ningún tipo de consideraciones, lo identifica con el principio de legalidad, el cual establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho vigente (Pérez Portilla, 2005: 54).

El principio de legalidad queda establecido como un derecho fundamental en la legislación mexicana en los artículos 14 y 16 de la Constitución, además, la ley suprema determina medios de defensa contra actos o leyes que violen las garantías individuales en sus artículos 103 y 107. Así, el segundo párrafo del artículo 14 establece que “nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. La primera parte del artículo 16, establece que: “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. De este modo, se puede observar que el artículo 14 se encarga de normar los actos de privación, estableciendo sus requisitos, mientras que el

⁶⁵ Tesis P. 18/98, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, marzo de 1998, p. 7.

16 hace lo propio respecto de los actos de autoridad, los cuales deben estar siempre determinados por una ley, otorgándole al ciudadano una garantía de seguridad jurídica.

El principio de legalidad también se refiere a la aplicación exacta de la ley, la cual queda establecida en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional, el cual señala que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”. Así, se observa que dicho precepto incluye el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* en la Constitución mexicana. Por otra parte, el cuarto párrafo de dicho artículo prescribe que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho” (Pérez Portilla, 2005: 55-58).

Ya establecido en qué consiste la igualdad ante la ley, debe definirse el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el cual surgió en la medida que el principio de igualdad fue adquiriendo mayores implicaciones a través de los años; así, después de iniciar como una concepción política, este principio empezó a vincular a los órganos jurisdiccionales. La ley ya no solamente era general e impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos debía de hacerse sin hacer excepciones ni consideraciones personales.

Existen dos grandes ámbitos para la aplicación de la ley, el primero es el de la aplicación de la ley por parte de la autoridad administrativa, y el segundo es el que compete a la autoridad jurisdiccional (Pérez Portilla, 2005: 61 y 62); de hecho, una de las controversias relacionadas con el concepto de igualdad surge de la pregunta de si éste se dirige a los jueces o también al legislador, en el primer caso, el principio de igualdad queda establecido en la norma que prescribe la imparcialidad en el juicio; en el segundo caso, sin embargo, el principio que establece la igualdad ante la ley, se cambiaría por el de igualdad en la ley (Bobbio, 1993: 72).

La institución que vincula al principio de igualdad con los órganos jurisdiccionales es la jurisprudencia, la cual, además, le da uniformidad a dicho principio; así, la igualdad en la aplicación de la ley se conecta, respeto del precedente, por el propio órgano y con la sujeción a la doctrina jurisprudencial de los tribunales superiores.

Debe señalarse que el principio de igualdad no tiene que ver solamente con los derechos fundamentales, sino también con la estructura objetiva del ordenamiento jurídico, expresando así un canon general de coherencia. Esto debido a que ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo igual como tal, sino precisamente lo diverso.

En lo que se refiere a la igualdad, la jurisprudencia establece que

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al consagrar el principio de igualdad, no prescribe que el legislador trate de manera igual a quienes se encuentren en situaciones diversas entre sí, sino a dar el mismo tratamiento a quienes se encuentren en situación semejante. Esto equivale a decir que en situaciones diversas el trato debe ser desigual, siguiéndose de ello que la desigualdad establecida por el legislador en determinados supuestos, es la vía de realización del principio constitucional de igualdad. De acuerdo con ello, corresponde al legislador la previsión de los supuestos de hecho o de derecho que, agrupados entre sí, por sus características comunes, sean suficientes y necesarias para diferenciarlos de otros, en cuanto tales notas comunes tengan una relevancia jurídica.⁶⁶

Además, asegura que “La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo”, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar, en los más amplios términos, el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que

⁶⁶ IGUALDAD, PRINCIPIO DE. EL ARTÍCULO 470, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE TAMAULIPAS NO ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. Tesis P. LV/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, pleno, segunda parte, agosto de 1995, p. 72.

la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar, con especial intensidad, las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trasciendan el campo delimitado respecto de los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquellas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. “En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad”.⁶⁷

También dice que:

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley (en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia), sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción

⁶⁷ IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS*). Clave: 1a., núm. CXXXIII/2004, amparo directo en revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos.

descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada; para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar; es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.⁶⁸

Por otra parte, la misma jurisprudencia reconoce los principios aristotélicos acerca de la igualdad, como se puede apreciar en el siguiente extracto:

Desde un punto de vista jurídico, la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese

⁶⁸ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Clave: 1a., núm.: CXXXII/2004, amparo directo en revisión 988/2004, 29 de septiembre de 2004, unanimidad de cuatro votos.

sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”.⁶⁹

Sobre los alcances de la garantía de igualdad ante la ley, la jurisprudencia establece que:

El error en que hubiera incurrido la autoridad al conceder un beneficio, en modo alguno legitima a otros aspirantes para exigir un tratamiento igual, ya que la garantía de igualdad establecida en el artículo 13 constitucional estriba en que se aplique la ley a todos los casos que se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis normativa, sin distinción de personas, lo cual no tiene el alcance de que se otorgue a todos los que lo soliciten el mismo beneficio que indebidamente se le haya dado a alguien, si no procede de conformidad con la ley, aun cuando su situación sea la misma.⁷⁰

IV. LA DISCRIMINACIÓN COMO VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Si se toma un diccionario cualquiera, se encontrará que discriminar significa “diferenciar, separar (sinón. V. Distinguir)”.⁷¹ Sin embargo, después se verá definido el aspecto jurídico de dicha palabra, que es el “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad”,⁷² así, desde este último punto de vista, la acción de discriminar pierde su carácter neutral debido a que los motivos que la impulsan son de tipo individual o social y no con base en las capacidades y a la dignidad de las personas.

En muchos idiomas, el término discriminación tiene dos significados, el primero es de tipo neutral y en algunos casos positivos, dando la idea de distinguir o diferenciar, ya sea a favor o en contra de las personas, cosas o cualidades; el segundo es de tipo despectivo o negativo, que equivale a una discriminación en contra que en la mayoría de las veces es producto de un prejuicio.

⁶⁹ ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis XIV 2o. 3 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, segunda parte, noviembre de 1995, p. 502.

⁷⁰ GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY. ALCANCES DE LA (ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL). Tesis I. 2o. A. J/22, *Semanario Judicial de la Federación*, sexta parte, segunda parte-1, p. 357.

⁷¹ *Diccionario Pequeño Larousse*, México, Larousse, 1972, p. 326.

⁷² *Idem*.

Discriminar, así, significa “practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible, es decir, la discriminación no se equipara a cualquier trato desigual sino a una desigualdad que toma como base un criterio no razonable e incluso prejuicioso y estigmatizador” (Pérez Portilla, 2005: 109).

Manuel González Oropeza dice al respecto que:

La discriminación por cualquier razón es un perjuicio que, en caso de darse, se encuentra profundamente arraigado en la afectación de intereses de un estrato social hacia otro; no es, por lo tanto, un mero sentimiento espontáneo, sino que la actitud discriminatoria pervive sólo cuando las personas discriminadas representan un peligro para los intereses del actor discriminante (González Oropeza, s/a).

El contenido que podría entonces tener el mandato de no discriminación se formularía así: a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, *ninguna persona debe ser preferida a otra*. En los sistemas democráticos cuyas cartas fundamentales contienen un mandato de no discriminación, ha sido la jurisprudencia la que ha clarificado y la que ha dado nuevas dimensiones al principio de igualdad. El principio de igualdad ha operado en apoyo de otros derechos constitucionales, al entenderse que la misma protección de los derechos, base del principio de igualdad, no es sólo un derecho fundamental por sí mismo, sino además una condición de ejercicio de los demás derechos fundamentales, como las libertades religiosa, de expresión, de opinión, etcétera.

Por otra parte, debe decirse que el concepto de no discriminación está fuertemente vinculado con el de igualdad, sin embargo, ambos no son idénticos sino más bien complementarios; esta afirmación tiene su sustento en la forma en cómo los distintos instrumentos internacionales han regulado tales principios.

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos utiliza un artículo distinto para definir a cada principio; así, en su primer artículo se refiere al principio de igualdad al declarar, desde un punto de vista iusnaturalista, que todas las personas son iguales en derechos y obligaciones desde el nacimiento, mientras que en su segundo artículo hace alusión al principio de no discriminación, al establecer que todos los seres humanos tienen, sin distinción, los derechos y libertades que la misma Declaración consagra en su texto.

De lo anterior se puede decir que el artículo segundo de esta Declaración establece dos consecuencias legales del concepto filosófico del artículo 1o.: por el hecho de que todas las personas son libres por naturaleza éstas son iguales ante la ley y por tanto la ley no puede permitir ningún tipo de discriminación (O'Donnel, 2004: 917). Thijmen Koopmans señala que el mandato de no discriminación es “una noción puramente legal sólo en casos extremadamente claros; normalmente, sus dimensiones sólo pueden ser determinadas por la interacción recíproca de consideraciones legales y políticas” (Koopmans, 1975, citado por Lerner, 2002: 63).

Sin embargo, en el ámbito del derecho, la palabra discriminación queda entendida, tal como lo indica Warwick McKean, “en el sentido peyorativo de una distinción injusta, irrazonable, injustificada o arbitraria” que puede aplicarse a “cualquier acto o conducta que niega a ciertos individuos igualdad de trato con respecto a otros individuos, por su pertenencia a grupos particulares de la sociedad” (McKean, 1983: 66).

La prohibición de la discriminación se establece en respuesta a una violación flagrante del principio de igualdad constituyendo mucho más que una prohibición a las desigualdades de trato injustificadas y cuyo objetivo es suprimir todas aquellas diferencias que causen perjuicio a alguna persona ya sea por sus características innatas o por pertenecer a determinado grupo social (Pérez Portilla, 2005, 112 y 113).

Por lo general, la discriminación se basa no en las características de los individuos sino más bien en la pertenencia a un grupo determinado, de hecho, la misma ONU ha establecido que

se refiere al prejuicio, el desagrado, la animosidad, o el odio de una persona contra otra por el hecho de que esta última pertenece a una raza o a un grupo étnico determinado; porque tiene cierto color de la piel; porque pertenece al sexo masculino o al femenino; porque habla un idioma determinado; porque profesa una religión determinada; porque tiene ciertas opiniones políticas; porque sostiene determinados puntos de vista científicos; porque prefiere un estilo artístico; por ser extranjero, etcétera.⁷³

Así, lo que causa la discriminación son aquellas distinciones basadas en “categorías culturales o sociales que no tienen relación alguna con las ca-

⁷³ *The Main Types of Discrimination*, Doc. ONU E/CN.4/Sub. 2/40/Rev. 1 1949: 7.

pacidades o los méritos personales o con el comportamiento concreto de una persona individual”.⁷⁴

V. LA DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO

El derecho antidiscriminatorio tiene su origen en los Estados Unidos después de la segunda guerra mundial, y surge como una respuesta jurídica a las revueltas causadas por la minoría negra de este país, las cuales fueron contextualizadas y canalizadas en la conocida lucha desarrollada por los derechos civiles (Barrere, 2001, citado por Pérez Portilla, 2005: 111).

Esta característica rompe con los esquemas de aquellos sistemas jurídicos que fueron construidos con base en una concepción liberal de lo que es la igualdad, la cual toma como punto de referencia a la persona, sin considerar las demandas de grupos y, por lo tanto, no puede satisfacer los derechos colectivos, entendiendo como tales a aquellos que tienen los individuos con base en su pertenencia a una comunidad determinada, para oponerlos a una mayoría. Esto es así porque se da por sentado que los ordenamientos jurídicos adoptan un determinado punto de vista cultural, religioso, sexual, político, etcétera, teniendo como consecuencia que dichos ordenamientos no actúen desde un punto de vista neutral; es por ello que surge la necesidad de asignar determinados derechos a ciertos grupos en particular, un ejemplo de esto sería la exención del cierre dominical de negocios para los judíos, por tratarse de un derecho u obligación con base católica.

Actualmente, discriminación es un concepto preciso, el cual describe un fenómeno negativo que forzosamente debe considerarse ilegítimo, siempre y cuando no sea justificado por razones específicas; se tiene así un término relacionado con la idea de trato que implica ya sea una situación de hacer o de no hacer en relación con una persona.

Cabe señalar que no siempre un trato discriminatorio será injusto o ilegal, ya que existen casos en que éste puede ser legítimo y justo. Es un hecho que todas las personas discriminan en la vida diaria ya sea eligiendo amigos, socios, etcétera, incluso basándose en prejuicios; sin embargo, este tipo de trato no será ilegal siempre y cuando no se afecte a la esfera privada, o se transgreda un derecho protegido por la ley.

⁷⁴ *Idem.*

En conclusión, el mandato de no discriminación no sólo impide aquellas diferencias de trato que afectan a la dignidad humana, sino que también procura que aquellos grupos que resultan perjudicados y discriminados sean tratados con base en una igualdad efectiva, representando así una prohibición al mantenimiento de ciertas diferencias que han quedado arraigadas en las sociedades con el paso del tiempo, dejando a algunos sectores muy específicos de la población en condiciones de desventaja y contrarias a la dignidad del ser humano.

Existe una definición técnica satisfactoria del concepto de discriminación, cuya historia comienza con el Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación formulado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1958, el cual decía en su artículo número 1.1 que el término discriminación comprende: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Esta definición fue tomada posteriormente en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, la cual establecía en su artículo 1.1 que se entendía por discriminación

toda distinción exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza.

Dicha definición fue mejorada en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, que en su artículo 1.1 establece 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.

Por último, en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, se establecía 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.

De lo anterior, se puede ver que la concepción del concepto discriminación en el marco de la OIT siguió una línea muy clara.

Por otra parte, la Observación General número 18 que adoptó el Comité de Derechos Civiles y Políticos en 1989, referida a la no discriminación, considera que el término discriminación debe entenderse referido a

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

En relación con esta última conclusión, existe una clasificación doctrinal de la discriminación como directa o indirecta, la cual evalúa no sólo el punto de partida sino también la consecuencia.

Discriminación directa. Se da cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo, raza, o por motivos inseparablemente unidos al sexo, la raza, etcétera (Añón, 2001, citado por González, 2001: 5).

Esta discriminación rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo; así, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define al tipo de persona que resulta discriminada. Esta clasificación suele identificarse con el *disparate treatment* del derecho anglosajón y con la discriminación deliberada.

Discriminación indirecta. Surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición, que lingüísticamente se presenta como indiferenciadora o neutra, sino como resultado de los efectos de la misma.

En este tipo de discriminación reaparece el elemento colectivo de la discriminación, en cuanto que lo que 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 a otro como discriminados por el *disparate impact* o efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo.

El hablar de discriminación indirecta supone abordar el tema de la desigualdad no sólo desde el punto de vista formal sino también desde el real, el cual se basa en datos estadísticos; además, facilita un mecanismo procesal fundamental, como es la inversión de la carga de la prueba que doctrinalmente compete a los tratamientos desiguales. Esta aseveración ha cobrado vigencia en el ámbito europeo, esto se ve en la Directiva 97/80/CEE del Consejo con fecha de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; así, en el artículo 4.1 de dicha Directiva se establece que:

Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales, las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (Pérez Portilla, 2005: 111-119).

VI. DISTINGUIR SIN DISCRIMINAR

Cuando se quieren establecer distinciones jurídicas y sociales con miras a no afectar a la dignidad de quienes las ostenten, uno se encuentra con que existe una gran cantidad de condiciones y rasgos tanto personales como sociales que pueden ser utilizados; sin embargo, en algunas ocasiones éstos pueden parecer injustos.

A través de la historia, rasgos diferenciadores como lo son la raza, el sexo, el nacimiento o la religión han afectado no tanto las acciones de las personas sino a las personas mismas, ya que se les está exigiendo, de cierta forma, un cambio que en muchas ocasiones resulta, tanto física como psicológicamente, imposible, pero siempre inaceptable desde el punto de vista moral.

Existe una graduación en la gravedad de los supuestos de discriminación; actualmente, los sistemas democráticos consideran que el diferenciador más grave es aquel que se basa en prejuicios despectivos y estigmatizadores que descalifican a la persona convirtiéndose en conductas sociales típicas hacia ciertas minorías raciales (Pérez Portilla, 2005: 111-119).

Respecto de lo anterior, es pertinente determinar qué es una minoría, lo cual no es tarea fácil. De hecho, tanto juristas como sociólogos han propuesto varias definiciones; se ha intentado definir el término en los tratados internacionales y en las jurisprudencias de los órganos jurisdiccionales de tipo internacional. Francesco Capotorti, en un estudio que realizó bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas, definió como grupo minoritario a:

todo grupo que es numéricamente inferior al resto de la población de un Estado y que se halla en una posición no dominante, cuyos miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las del resto de la población y que, aunque sea implícitamente, conservan un sentido de solidaridad, dirigido a la preservación de su cultura, tradiciones, religión o lenguaje (Lerner, 2002: 23).

El hecho de pertenecer a una minoría racial ha originado numerosos conflictos de talla tanto nacional como internacional, originados por la desconfianza, el prejuicio y el odio que derivan de las distinciones raciales, étnicas y del color de la piel, aunque también factores como la religión, el idioma y las barreras culturales han originado guerras, terrorismo, masacres, persecuciones y, por supuesto, discriminación (Lerner, 2002: 62).

Sin embargo, queda la cuestión de definir cuáles son las características que identifican a un grupo minoritario; a este respecto, R. Blanpain realizó una lista basándose en una comparación que realizó de aquellas causas de discriminación en el trabajo que fueron enumeradas en dos tratados internacionales y en doce países; tales motivos los dividió en seis categorías, a saber:

- a) raza, color, origen étnico, idioma, nacionalidad, origen nacional, origen social, estatus social;
- b) sexo, responsabilidades familiares, estado marital, embarazo;
- c) opinión ideológica, opinión política, religión, afiliación sindical;
- d) edad;
- e) invalidez;
- f) condonación de penas, vida privada, orientación sexual (Blainpain, s/a, citado por Lerner, 1991: 52)

Otra clasificación es la que se encuentra en un memorando emitido por el Secretario General de la ONU en 1949, en el cual se establece que las categorías que con más frecuencia implican un motivo para discriminar son “raza, color, sexo, origen étnico, círculo cultural, lenguaje, religión, opinión política o de otro carácter, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, casta, estatus social”.⁷⁵

Tomando en cuenta estas dos clasificaciones, es posible realizar una lista más corta, englobando a tres grupos básicos:

- I. Grupos étnicos o raciales, entre los cuales están incluidos los grupos basados en el color, la ascendencia o el linaje y los grupos nacionales (en el sentido sociológico y no en el sentido jurídico de este término).
- II. Grupos religiosos, difíciles a veces de definir en los casos en que no se trata de las religiones históricas, bien establecidas.
- III. Grupos culturales o lingüísticos (Lerner, 1991: 53).

Si se revisan los textos básicos de la normativa internacional, se puede observar que utilizan un criterio constante para enumerar los rasgos o condiciones generales que pueden significar la realización de actos discriminatorios; la Declaración Universal de los Derechos Humanos elabora una lista estándar de criterios críticos para dichos rasgos, en su artículo segundo:

- a) Adquiridos naturalmente, es decir, raza, color, sexo.
- b) Condicionados culturalmente como lo son el idioma, la religión, nacimiento, origen social, posición económica.
- c) Condicionados jurídicamente como el origen nacional.
- d) Decididos personalmente, es decir, opinión pública o de cualquier índole.

⁷⁵ Doc. ONU E/CN.4/Sub. 2/40/Rev. 1. 1949: 10.

Muchos de estos criterios obedecen a discriminaciones de carácter histórico, como son la raza y el nacimiento; así, en lo que se refiere a las diferencias raciales, debe señalarse que han sido el producto de las conquistas, colonizaciones y procesos de descolonización, siendo más acentuadas en unas regiones que en otras y se extienden a características físicas como el color o los rasgos étnicos diferenciados, además por características culturales como la pertenencia a una tribu, linaje o familia. La discriminación por nacimiento, por su parte, tiene sus raíces en los privilegios de origen feudal, de hecho, esta prohibición de discriminación consiste en que no pueden ostentarse títulos nobiliarios y puede extenderse a los problemas derivados de la filiación fuera y dentro del matrimonio.

Cabe señalar que la lista anteriormente presentada tiene un carácter enunciativo, mas no limitativo, es por eso que se recurre con frecuencia a las cláusulas abiertas, las cuales permiten interpretar tanto los criterios expresos como los de posible inclusión de acuerdo con el tiempo en el que sean aplicadas. Este tipo de cláusulas, sin embargo, generan problemas por su alcance, los cuales deben ser resueltos si se cuida que su empleo no quite importancia a los supuestos expresamente incluidos y se utilicen para permitir que si existen situaciones similares de discriminación por factores no previstos de forma expresa, éstas sean tuteladas debidamente (Carbonell, 2002: 119-124).

Por otra parte, debe decirse que una discriminación puede ser legítima aun si su objetivo es todo un grupo, siempre y cuando no esté protegido por la ley; de hecho, se ha llegado a hablar de grupos que merecen ser discriminados, que son aquellos “cuyas características grupales definitorias son tales que o bien los tornan verdaderamente nocivos u ofensivos o bien los hacen totalmente ineptos para cumplir determinadas funciones en cuestión” (Gross, 1978, citado por Lerner, 2002: 70). Así, por ejemplo, las legislaciones de varios países prohíben a los extranjeros el derecho al voto o el ejercicio de ciertas profesiones, asimismo, en algunos casos no se permite que los miembros del ejército formen sindicatos (*idem*).

VII. LA IGUALDAD SUSTANCIAL

Hasta ahora solamente se ha hablado de la igualdad de derecho; sin embargo, no basta con garantizar la igualdad formal en las leyes, sino que además debe reconocerse la igualdad sustancial o de hecho, entendiendo

como tal igualdad a los bienes materiales o de materia económica (Bobbio, 1993: 79).

El principio de igualdad de hecho implica la obligación del Estado para actuar en la sociedad con miras a establecer una igualdad real entre los ciudadanos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, aunque el principio de igualdad material no aparece literalmente en su Constitución, existe debido a lo establecido por el Tribunal Supremo en relación con el principio de igualdad formal.

El constitucionalismo de las últimas décadas se caracteriza por tutelar no sólo la igualdad formal, sino por su intento de avanzar hacia una igualdad de hecho o igualdad sustancial; por ejemplo, la Constitución italiana de 1947, en su artículo 3o., párrafo segundo, establece que

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

La Constitución mexicana, por su parte, solamente contempla a la igualdad formal como se ve en las siguientes disposiciones:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo 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...

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.

...

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...

...

Artículo 12. En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán los títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más

emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá la autoridad civil que corresponda.

Existen dos aproximaciones prácticas de la igualdad sustancial (Pérez Portilla, 2005: 158-176): *a*) igualdad de oportunidades, y *b*) igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales

1. *Igualdad de oportunidades*

Este principio “no es sino la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes” (Bobbio, 1993: 77). Al generalizar este principio, lo que se quiere es colocar en el mismo punto de partida a todos los individuos que componen una sociedad, para competir por todo aquello que necesitan para satisfacer sus necesidades vitales.

En estos casos, resulta imperativa una distribución desigual de los recursos, con el fin de lograr un equilibrio en los beneficios en aquellos casos en que la necesidad sea desigual. Así, mientras la necesidad fundamental no satisfecha de algunos va en aumento, los beneficios que ésta reciba serán mayores, y por otra parte, aquellos cuyas necesidades fundamentales se encuentren casi satisfechas tienen la posibilidad de no recibir e incluso de renunciar a alguna necesidad que no sea fundamental para satisfacer las necesidades de los demás. Como se puede observar, esta aproximación práctica de la igualdad sustancial está relacionada con la desigualdad social que surge de la pobreza. Nos encontramos así en un caso en donde una desigualdad se convierte en un instrumento de la igualdad, esto debido a que se está corrigiendo una desigualdad anterior, por lo que la nueva igualdad resulta de nivelar dos desigualdades (Bobbio, 1993: 79). Por lo tanto, si se parte del principio constitucional de igualdad, se puede establecer un trato jurídico desigual de las diferencias, cuyo objetivo sea establecer una igualdad sustancial en las consecuencias.

2. Igualdad en la consecución de logros personales y de los fines sociales, en donde se busca romper con un pasado desigualitario y minusvalorador de ciertos rasgos

Esta modalidad práctica de la igualdad sustancial implica romper algunos cánones y pautas de conducta que son determinantes al asignar los puestos de liderazgo, los cuales implican la exclusión de ciertas personas que tienen determinadas características. Sin embargo, el alcance de la igualdad sustancial no se remite a la obtención de los puestos de liderazgo, sino que se intenta lograr que en aquellos sistemas que tiendan a realizar exclusiones discriminatorias exista una participación igual. Para combatir este rezago social, se ha implementado lo que en español es mejor conocido como “acciones positivas”.

Este tipo de acciones siempre generan controversia, algunas veces se duda de su efectividad y se les califica de traicioneras por el hecho de que un trato preferencial implica arraigar el complejo de inferioridad que de por sí ya tienen aquellos grupos que se encuentran en desventaja; también se ha señalado que cualquier discriminación racial, a pesar de que tuviera como objetivo el beneficiar a las minorías, terminaría dañándolas por el hecho de que el perjuicio siempre estará presente mientras se continúen tolerando las distinciones (Pérez Portilla, 2005: 168-172).

VIII. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS LÍMITES
EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La presencia del principio de igualdad queda claramente establecida, ya sea de forma explícita o implícita, en muchas disposiciones de la Constitución mexicana mediante términos como “ningún”, “todos”, “toda persona”, “todas las personas” y “los mexicanos”, los cuales implican que tanto los poderes públicos como legisladores y en algunos casos hasta los particulares, deben respetar dicha garantía individual.

Tabla 6. Desglosado de códigos, disposiciones y sujetos obligados

<i>Ley</i>	<i>Disposición</i>	<i>Sujeto obligado</i>
Constitución mexicana	Art. 13. Principio de generalidad de la ley. Art. 1. Mandato de no discriminación. Art. 4. Igualdad entre hombre y mujer.	Poder Legislativo
Ley de Amparo	Arts. 192 y 193 en lo que se refiere a sujeción de criterios al emitir jurisprudencias.	Poder Judicial
Constitución mexicana	Art. 123 fracción VII. A trabajo igual, salario igual sin discriminación de sexo o nacionalidad.	Particular
Código Civil para el DF	Art. 148. Ambos contrayentes del matrimonio deben ser mayores de edad.	Particular
Código Penal para el DF	Título décimo, capítulo único “Discriminación”. Art. 206. Establece un tipo penal que impone una sanción de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa a quien por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud: I. Provoque o incite al odio o a la violencia. II. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas. III. Niegue o restrinja derechos laborales. Además, establece que al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista y se le impondrá la destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de privación de la libertad impuesta.	Particular Servidor público

IX. IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO

En lo que se refiere a los límites del principio de igualdad, existe una jurisprudencia muy importante que define esta cuestión:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación al-

guna 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 producción 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.⁷⁶

De la tesis anterior se puede decir que el ordenamiento constitucional mexicano establece:

- a) La igualdad ante la ley.
- b) La prohibición de discriminación.
- c) La igualdad de trato por parte de los poderes públicos.
- d) La igualdad en el contenido de la ley (como criterio básico para la producción normativa).
- e) La igualdad en la interpretación y aplicación de la ley (Pérez Portilla, 2005: 220).

Esta tesis establece un límite formal, ya que el principio de igualdad no supone que todos los sujetos a quienes va dirigida la norma se encuentren

⁷⁶ Tesis 1a. C/2001, novena época, primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, diciembre de 2001: 192.

en todo momento y ante cualquier circunstancia en condiciones de absoluta igualdad, sino que más bien se refiere a una igualdad jurídica, la cual no implica únicamente una igualdad en los hechos, sino la seguridad de no tener que soportar prejuicio alguno ni de privarse de un beneficio desigual e injustificado.

Esta disposición pone en evidencia que la igualdad sustancial o material aún no está muy desarrollada en el derecho constitucional mexicano, ya que, si bien algunas disposiciones la presuponen de manera explícita o implícita, falta establecer procedimientos que aceleren la expansión de la misma hacia más sujetos y ámbitos, para ello, ayudaría la inclusión de una cláusula de igualdad sustancial o material en la Constitución (Pérez Portilla, 2005: 219-222).

X. EL MULTICULTURALISMO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

A partir de los debates suscitados en México respecto de los indígenas, se ha visto la necesidad de replantear el papel que juega el multiculturalismo en las Constituciones; no se trata del clásico enfoque sobre la protección constitucional que debe darse a las minorías, sino de replantear cuestiones que tienen que ver con los conceptos de la autonomía moral de las minorías y la tolerancia hacia prácticas no liberales de organización societaria.

Cabe destacar que no todos los planteamientos en materia constitucional son aptos para reconocer y tutelar todas aquellas reivindicaciones de las minorías que pueden agruparse bajo el rubro de “derechos colectivos”. Sin embargo, el hecho de que las Constituciones asuman la idea de una composición uninacional no significa que no se hayan hecho cargo del tema de las minorías, lo que pasa es que para éstas las minorías no eran grupos diferenciados culturalmente, sino que eran grupos que políticamente no tenían el mayor número de representantes populares y por eso había que protegerlas contra las decisiones de las mayorías.

Son pocas las Constituciones que hacen referencia explícita a minorías cuyo carácter no es político, por ejemplo, está la Constitución belga, que en su artículo 11, refundido de 1994, establece que las leyes deberán asegurar los derechos y las libertades de las minorías ideológicas y filosóficas; se puede ver una tendencia de varias Constituciones a reconocer los derechos

lingüísticos de las minorías, en esta línea se encuentran la Constitución de Italia en su artículo 6o., la de Finlandia en su artículo 14, la de España en su artículo 3o., la de Venezuela en su artículo 9o. y también la de México en su artículo 2o. apartado A, fracción IV y apartado B, fracción II. El constitucionalismo se ha caracterizado, desde sus inicios, como un instrumento que controla el poder de las mayorías, ya sea regulando los derechos fundamentales, que no pueden ser alterados por quienes dominen el Poder Legislativo, o bien mediante mecanismos de control constitucional sobre los textos normativos que emiten dichas mayorías.

XI. LA TRADUCCIÓN NORMATIVA DEL MULTICULTURALISMO

Para incluir el multiculturalismo en la esfera normativa, se debe distinguir entre el concepto de diferencias y el de desigualdad, el primero se refiere a los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a las demás, a las personas, y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales; mientras que las desigualdades son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción; así, las diferencias conforman identidades, mientras que las desigualdades configuran esferas jurídicas. Tanto el aseguramiento de los derechos, que permiten las diferencias, como el combatir las desigualdades, pueden derivar en obligaciones negativas y positivas a cargo de los poderes públicos. Según Ferrajoli, existen cuatro modelos de relación entre el derecho y las diferencias (1999, citado por Carbonell, 2002: 49-53).

1. Modelo de la indiferencia jurídica de las diferencias. En este modelo las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora; en realidad no existe una relación entre derecho y diferencias porque estas últimas no existirían como objeto de regulación.
2. Modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias. Con este modelo se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; las que se valorizan, como las identidades por razón de sexo, de nacimiento, de lengua, de fe religiosa, de renta, etcétera, están asumidas como estatus privilegiados y fuentes de derechos y poderes. Por otra parte, aquellas diferencias que no son valorizadas, como lo son la mujer, el

judío, el negro, el hereje, el apóstata, el extranjero, el apátrida, etcétera, se convierten en status discriminatorios, fuentes de exclusión y sujeción. Este modelo se utilizaba en ordenamientos paleoliberales pasados, en los que se reservaba el voto a los varones, blancos y terratenientes, reconociendo la esclavitud o negando la personalidad jurídica a las mujeres.

3. Modelo de la homologación jurídica de las diferencias. En éste, las diferencias son negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad; este modelo es el que utilizaron diversos socialismos reales y burocráticos. En este modelo se da una homologación que elimina normativamente las diferencias y asume una identidad como “normal” y al mismo tiempo como “normativa”.
4. Modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias. Se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales, y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo, al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad, en virtud del reconocimiento de igual valor de todas las diferencias.

La cuestión principal a resolver, en lo que se refiere a la inserción del multiculturalismo en el marco jurídico, es si para garantizar las diferencias e identidades étnicas es necesario crear esferas jurídicas particulares o volver efectivos los derechos fundamentales para eliminar las desigualdades que sufren las minorías.

De hecho, lo que se debe determinar es si una pertenencia cultural o étnica determinada daría lugar al establecimiento de un estatus diferenciado que haga real y efectiva dicha pertenencia, además, también es necesario definir la supremacía que deben tener los derechos comunitarios sobre los individuales y viceversa (Carbonell, 2002: 54 y 55). Por otra parte, también es necesario definir qué derechos son los que deben reconocérseles a las minorías; según Kymlicka, existen tres tipos de derechos diferenciados en función del grupo (Kymlicka, 1996, citado por Carbonell, 2002: 63-70).

- a) Derechos de autogobierno. Son aquellos que se le reconocen a uno o más grupos minoritarios dentro de un Estado, de acuerdo con los cuales pueden diseñar y ejercer de forma autónoma atribuciones de carácter político y/o jurisdiccional. Una forma concreta que pueden to-

mar estos derechos es el federalismo, la cual, a pesar de no ser la única, es una estrategia muy común para acomodar a las minorías nacionales y que será eficaz en la medida en que las minorías nacionales sean mayoritarias dentro de las unidades regionales ya que, de no ser así, la división territorial de los estados simplemente servirá para reproducir el dominio mayoritario que existe a nivel nacional.

- b) Derechos de poliétnicos. Su objetivo es erradicar las discriminaciones y prejuicios existentes contra las minorías culturales; se concretan en la exigencia de subvención política para las prácticas culturales de las comunidades o para tener acceso, en condiciones de cierta igualdad, a los mercados de intercambio de bienes y servicios. Cabe señalar que estos derechos no obstaculizan el éxito y la viabilidad de las instituciones políticas y económicas de las sociedades dominantes, razón por la que en primera instancia no plantean un conflicto con algún otro tipo de derecho.
- c) Derechos especiales de representación. Tienen por objetivo compensar algunas desviaciones o insuficiencias de los procesos de representación política de los Estados democráticos. Estos derechos se enfrentan a dos dificultades, la primera va en relación con que los problemas de la representación política no son exclusivos de los grupos culturalmente diferenciados, sino de toda la sociedad, la segunda se refiere a que estos derechos de representación deberían asignarse a otros grupos que no necesariamente son minoritarios, como las mujeres, los pobres o los discapacitados. El mejor camino para proteger estos derechos sería que en el momento de definir los distritos electorales se tomara en cuenta la relación mayoría-minoría.

Jacob Levy también realizó una lista de aquellos derechos culturales o colectivos que suelen manejarse en los Estados multiculturales, de los cuales, los más importantes son (Levy, 1997, citado por Carbonell, 2002: 71-77):

- a) Exenciones. A leyes que penalizan o dificultan las prácticas culturales; por ejemplo, a las leyes que prohíben que ciertas tribus indígenas usen peyote, o aquellas que imponen la obligación a los miembros de la tribu sikh a quitarse el turbante para ponerse el casco al viajar en motocicleta.

- b) Asistencia. Refiriéndose a ayudas para llevar a cabo una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin auxilio alguno; se trata de pedir subsidios al gobierno para realizar festivales tradicionales, difundir la propia lengua o constituir asociaciones étnicas.
- c) Autogobierno. Derecho que incluye las demandas de secesión, autonomía gubernativa y jurisdiccional.
- d) Reglas externas. Las cuales deben consistir en restringir ciertas libertades para aquellos que no sean miembros de una comunidad, con el fin de proteger a la cultura. Un ejemplo es la restricción al inglés en Quebec o el ejercicio del voto dentro de ciertas comunidades indígenas para aquellos que no pertenecen al grupo étnico.
- e) Reglas internas. Deben regular la conducta de los miembros del grupo, un ejemplo son las prohibiciones a los talibanes para casarse con una persona que no pertenezca al grupo.
- f) Reconocimiento y obligatoriedad de las prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la minoría. Consiste en exigir que las prácticas jurídicas de los grupos étnicos tengan un reconocimiento tomando en cuenta las peculiaridades de cada uno y su compatibilidad con una serie mínima de derechos fundamentales que deben ser aceptados por todos.
- g) Representación adecuada en los cuerpos legislativos de las mayorías. Se trata de una representación garantizada por el propio sistema jurídico, ésta tiene que ser una representación de grupo y puede lograrse delimitando los distritos electorales de forma que las minorías fueran mayoría dentro de determinados distritos, lo cual daría lugar a elegir a un representante afín a las preocupaciones de dicha minoría.
- h) Demandas simbólicas. Comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a las comunidades minoritarias, como son festividades, himnos nacionales o contenidos de la historia oficial.

De la anterior lista de derechos colectivos se puede establecer que en principio son tanto derechos que tienen los individuos que pertenecen a una cierta comunidad, en razón justamente de esa pertenencia, como los derechos que tiene un grupo minoritario en relación con la mayoría. El reconocer estos derechos supone considerar que el derecho asume de forma específica un punto de vista cultural, religioso, sexual o político, por lo que ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas que actúan bajo su

amparo son neutrales frente a las diversas opciones culturales, religiosas, sexuales o políticas. Además, el reconocimiento de derechos colectivos se da con base en la presuposición de que en los Estados multiculturales ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas pertenecen sólo a la mayoría, ni sirven para privar a las minorías de sus prácticas culturales (Carbonell, 2002: 77 y 78).

XII. LA REFORMA INDÍGENA EN MÉXICO

La reforma realizada en México en 2001 en materia indígena fue resultado de un largo proceso de discusión que incluyó no sólo a legisladores sino también a muchos sectores de la sociedad civil; el proyecto —que al final fue tomado para hacer la reforma— consideró, a pesar de que muchos de los elementos que se encontraban en iniciativas anteriores, dejó insatisfecha a la población indígena.

Cabe señalar que esta reforma no cierra el debate acerca del tema, sino que lo deja abierto al remitir el desarrollo de sus disposiciones a las Constituciones y leyes locales, como lo dice el nuevo artículo 2o. Reformado:

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

De hecho, fue este artículo 2o. el que se reformó con mayor intensidad; sin embargo, hay que decir que aun cuando recoge varios postulados de diversas iniciativas presentadas en años anteriores, también se aleja de éstas en varios puntos.

En su primer párrafo, reconoce una afirmación que viene más de las dictaduras que de las democracias, ésta es “la nación mexicana, es única e indivisible”. El segundo párrafo contiene una definición de pueblos indígenas que son los “que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Esta definición deja varias dudas, para empezar, no se sabe si la descendencia debe de haberse mantenido pura para ser sujeto de estos derechos.

Es por esto que el párrafo tercero intenta aportar un criterio para determinar el ámbito personal de validez del mismo, al establecer que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser el criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas”. Esta disposición, sin embargo, no delimita con precisión el ámbito personal de validez de los derechos indígenas, ya que el criterio que establece para concretarlo es vago y genérico, el de la conciencia de una identidad; lo recomendable en este caso sería establecer medios de objetivación como la constancia de autoridades de pueblos indígenas, actas de nacimiento que mencionen la pertenencia a un pueblo indígena, o declaraciones de testigos. El párrafo cuarto contiene la definición de las comunidades que integran un pueblo indígena: “aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Después del párrafo quinto citado anteriormente, este artículo se divide en dos apartados, en el primero se enumeran una serie de disposiciones cuyo objeto es garantizar la libre determinación y la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, los derechos de autogobierno. El segundo apartado contiene una serie de medidas de carácter positivo a cuyo cargo quedan las autoridades tanto federales como locales y municipales para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria; así, éste contiene los llamados derechos pluriétnicos (Carbonell, 2002: 87-99).

A continuación se transcriben ambos apartados:

A. 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 (reformado mediante decreto publicado en el *Diario oficial de la Federación* del 14 de agosto del 2001):

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, 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.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias

de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las Constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las Constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. 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.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los emigrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; me-

jorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias emigrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del plan nacional de desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Este apartado B contiene una serie de obligaciones de gran importancia, ya que son acciones que deben tomarse en todos los niveles del gobierno para compensar el rezago social; sin embargo, queda en el aire la cuestión de si estos propósitos deben formar parte del texto constitucional, ya que algunas fracciones de dicho apartado parecen extraídas de un plan nacional de desarrollo o de un informe de gobierno. Así, la fijación en el texto constitucional tendría que haberse dado más que en un lenguaje retórico, en uno que diera lugar a la creación de disposiciones subjetivas claras y bien estructuradas para ser exigibles en caso de incumplimiento.

De hecho, parece que existe una confusión sobre los límites del reconocimiento y de las políticas públicas positivas a favor de los indígenas, ya que si los indígenas querían tener un reconocimiento explícito en la Constitución, bastaba sólo con el apartado A del artículo 2o.; por otra parte, si la idea era combatir la discriminación cultural y económica, se debió haber diseñado un plan de políticas públicas o modificar la legislación de desarrollo aplicable a cada área concreta, dígase vivienda, salud, educación, migración, derechos de las mujeres, protección a la infancia, entre otros, y no aumentando de manera exorbitante al artículo 2o. de la Constitución.

XIII. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, EL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LAS ACCIONES POSITIVAS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA INDÍGENA

La reforma constitucional en materia indígena publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 pretende actualizar y superar una serie de cuestiones que son muy importantes para México y que han sido sujeto de controversia.

Después de esta reforma, el artículo 1o. expresa en su párrafo tercero:

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...

Por otra parte, al derogarse el párrafo primero del artículo 4o., se provoca que éste empiece diciendo que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”. Así, se instauran un principio de prohibición de discriminación, el cual consiste en una situación de “no hacer” del Estado, y otro de igualdad consistente en una situación pasiva, en una simple proclamación de igualdad de trato.

La duda que esto plantea es si no existirá la opción de establecer acciones positivas tendentes a potenciar los niveles de igualdad (González Martín, 2001: 1). Los artículos reformados pretenden prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación ejercida en contra de persona alguna, lo cual constituye un avance; sin embargo, todavía se puede ir más allá para buscar la igualdad sustancial y no sólo la igualdad formal, para ello era necesario desarrollar la prohibición de discriminación establecida en la Constitución y promover una ley y un reglamento de prevención y eliminación de discriminaciones.

La prohibición que establece el artículo 1o. a la discriminación en su párrafo tercero tiene que ver con un número elevado de causas discriminatorias por antonomasia, empezando por las tradicionales, como son el origen étnico, el género, la edad, la discapacidad, la religión y las opiniones, e incluyendo algunas nuevas como son la condición social o económica, las condiciones de salud, las preferencias sexuales y el estado civil, además, en el último inciso se deja abierta la relación, dejando la posibilidad de incluir en un futuro algún otro tipo de discriminación que se genere de forma repentina.

Respecto de estas reformas constitucionales, se puede decir, en primer lugar, que un trato igualitario, a través del principio de igualdad, resulta insuficiente, debido a que no todas las personas han tenido las mismas posibilidades de recibir servicios de salud, vivienda, educación, etcétera, por lo tanto, se parte de una desigualdad. La reforma establece una prohibición de discriminación que no tiene significado, ya que, si bien constituye un principio, no formula una obligación por parte del Estado y de los particulares de actuar, proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables por aquellas discriminaciones. Aunado a esto, es necesario construir una igualdad de oportunidades de forma diferenciada para nivelar la igualdad como medida de justicia social, con un beneficio común.

No extraña, por lo tanto, que Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial de la ONU sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, opine que “la reforma constitucional aprobada en la materia incumplió las expectativas generadas y no contribuyó a resolver los problemas de las comunidades”. Considera que “las reformas se quedaron cortas” y asigna la responsabilidad de ello tanto al gobierno federal como al Congreso. En síntesis, evalúa:

El presidente Vicente Fox envió al Congreso la iniciativa de la llamada Ley Copca, que era una demanda de los pueblos indígenas. El desacierto fue de la administración, pero también de las fracciones parlamentarias en el Congreso, que mutilaron ese texto y salió una reforma constitucional que prácticamente no satisfizo a nadie.

Stavenhagen concluye que es al siguiente gobierno al que “le toca consolidar la reforma constitucional, para que se reconozcan todos los derechos de los indígenas” (*Reforma*, 30 de agosto 2006: 2).

Por último, es necesario establecer acciones positivas para subsanar las desigualdades de hecho y de derecho que tiendan tanto a encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada, el cual sería un factor de temporalidad, como alcanzar la igualdad sustancial y no sólo la formal. Este último objetivo significa ir más allá de una simple obligación de “no hacer” del Estado, sino establecer un principio de igualdades con una doble vertiente, una subjetiva de prohibición de discriminaciones directas e indirectas, y una vertiente objetiva de acciones positivas encaminadas a la consecución de la igualdad real.

La Constitución no debe quedarse en el principio de prohibir la discriminación, sino seguir evolucionando a través de la promoción de una legislación que genere programas cuyo objetivo sea eliminar las actitudes discriminatorias, fomentar una capacitación laboral, etcétera; además, deben incluirse incentivos fiscales para las empresas que pongan en práctica alguna medida activa y otras medidas semejantes. Por ejemplo, los Estados Unidos de América demuestran en su *Civil Rights Act* de 1964 que un sistema de sanciones coactivas y punitivas no dio resultado a la hora de acabar con actos discriminatorios; sin embargo, incentivos fiscales o en forma de contratos onerosos con la administración pública sí motivaron a las empresas a contratar individuos de grupos minoritarios; de este modo, se observa que en el sistema norteamericano las medidas de acción positiva son volun-

tarias tanto para las administraciones públicas como para el sector privado que desee emprender planes de este tipo; son obligatorias para las empresas que deseen obtener un contrato con el gobierno federal y son coercitivas tanto para el sector público como el privado, si se impone como sanción por un tribunal por la comisión de una conducta discriminatoria.

Una sociedad justa necesita reconocer y acomodar las diferencias sexuales, raciales, etcétera, con miras a neutralizarlas por ser barreras a la igualdad de oportunidades para obtener logros personales. Esto implica que debe identificarse cuáles son las diferencias que tienen relevancia jurídica para constituir una discriminación, teniendo cuidado con el poder y la discrecionalidad que se da a los jueces que interpretan la cláusula constitucional de igualdad. Así, se trata de una igualdad formal que establece derechos de diferencia, diferencias que deben ser reconocidas para respetarlas y garantizarlas, sin estigmatizar o victimizar a los sujetos de dichos derechos. La forma de lograr esto es a través de la acción afirmativa, la cual es el remedio por excelencia cuando una discriminación está arraigada en la sociedad.

La forma en cómo un Estado lleva a cabo acciones positivas dirigidas a la supresión de la discriminación es mediante una tutela antidiscriminatoria, la cual se manifiesta en dos vertientes fundamentales:

1. Identificar discriminaciones directas e indirectas, las cuales realizan los jueces y cuyo resultado se refleja en las sentencias que crean jurisprudencia.
2. Eliminación de la discriminación socioestructural mediante el aumento de la presencia de los grupos discriminados, actuación que le compete a las autoridades administrativas (González Martín, 2001: 5 y 6).

De esta definición se extraen los elementos de las acciones positivas, los cuales son:

Temporalidad. El cual determina que después de cierto tiempo no se invierta la discriminación en la persona de un grupo que en un principio no era vulnerable, para ello se necesita de estadísticas que muestren cuándo se obtienen los niveles de igualdad y la representación necesaria del grupo vulnerable.

Establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica. El cual supone un análisis y una diferenciación entre la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades.

Educación. Refiriéndose a instrucción en lo referente a políticas de igualdad, en las que la diferenciación se haga para atacar a la discriminación.

Corrección de fenómenos anómalos. Es decir, corregir los fenómenos discriminatorios.

Las acciones positivas no sólo tienen como objeto resarcir a las víctimas de la discriminación, sino también volver a equilibrar y redistribuir las oportunidades entre los géneros, razas, capacidades diferentes, etcétera, mediante un trato preferencial que signifique aumentar la presencia de un grupo minoritario en una determinada posición profesional, sin descuidar el hecho de que la capacitación entre los candidatos debe ser igual (González Martín, 2001: 8 y 9). El debate en torno a las acciones positivas es una filosofía social en la que la nación y todos los individuos deberían hacer un esfuerzo para erradicar la discriminación, este debate tiene tres vertientes principales, una económica, otra de educación y una cultural.

En el aspecto económico, un país no puede soportar la pérdida de talentos, por lo que debe promoverse la igualdad de oportunidades para que todos contribuyan y participen en el bienestar económico de la sociedad. Estos son los beneficios que podría dar una política de igualdad en el empleo en donde se expresara:

- Igual empleo para todos los ciudadanos.
- Reforzamiento de objetivos sociales.
- Mejor aprovechamiento de la fuerza laboral.
- Ingresos familiares más elevados.
- Mayor producción nacional.
- Mejor autoimagen de los ciudadanos.
- Contribuyentes más útiles a la sociedad.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que se corre el riesgo de que políticas de este tipo puedan generar perjuicios como una carga adicional debida al gasto administrativo de programas para el personal, pérdida de la autonomía de la que gozaban los directores de las empresas en cuanto a decisiones de reclutamiento, o jubilaciones anticipadas para preservar empleos de minorías. En el aspecto relacionado con la educación, el acceso a la misma es crucial para las minorías, ya que ésta es la llave de la economía y la movilidad social. Por último, se encuentra el aspecto cultural, el cual tiene que ver con la sensibilización y movilización de la sociedad en general, la cual debe ser promovida por las autoridades y las organizaciones sociales.

Debe señalarse que el fin último de la acción positiva es eliminar las barreras que están más allá de la ley, para así establecer una igualdad y oportunidades tanto en el empleo como en la educación y la vida diaria, incluyendo aquellas prácticas intencionales y no intencionales (González Martín, 2001: 9-11).

XIV. EL DILEMA DE VOLUNTAD E INTENCIÓN EN LA LEY

En general, actos o acciones voluntarias tienen tres elementos clave: 1) un evento interno, o volición; 2) una demostración externa, física, de la volición; y 3) una conexión causal entre los elementos internos y externos (Denno, 2002: 3). En referencia al Código Penal Modelo⁷⁷ norteamericano, Denno insiste en que la naturaleza dicotómica de este código está basada en modelos científicos de mediados del siglo pasado (*idem*: 4). El lenguaje ambiguo, formato y naturaleza dicotómica de la norma, también han hecho que su aplicación sea confusa (*idem*). La ley mexicana, dentro de lo que corresponde a la igualdad, establece que existen dos tipos de discriminación: directa e indirecta. Siendo la directa aquella que tiene por objeto el trato desigual a algún miembro de un intragrupo, y la indirecta, aquella que tiene como resultado el mismo trato dispar. Entre estas líneas aparece el concepto de intención, pero en sí no ha existido la preocupación de definirlo y establecer sus alcances en un mundo que solamente aparenta ser dicotómico.

¿Por qué es importante el análisis de estos estudios y su aplicación en nuestra ley y en el trabajo de nuestros tomadores de decisiones públicas? Identificar estructuras y procesos institucionales que crónicamente producen malas decisiones ayudarían a explicar por qué algunos gobiernos son exitosos cuando otros fallan, e iluminar reformas útiles (Rachlinski y Farina, 2002: 3).

El problema de la intencionalidad en las acciones es un debate ya añejo en la industria de los seguros; la línea entre accidental e intencional no está bien definida (Sharkey, 2005: 9):

El enfoque basado en la política pública para la cuestión de asegurabilidad, consistente con la doctrina tradicional de agravio, trataría los daños compensatorios como separados y distintos de los daños punitivos. Sin embargo, una línea trazada en base a intencionalidad de la conducta separaría estas categorías de daño.

⁷⁷ *Model Penal Code*.

Bainbridge (2002: 1-49) realiza un estudio acerca de la relación entre el trabajo de los jueces norteamericanos, en casos de fraude, y cómo ese trabajo se ve afectado por la racionalidad limitada, los heurísticos y el *satisficing*. En él sustenta que por la excesiva cantidad de trabajo que genera un caso de fraude, además de que gran parte del material es tedioso y poco llamativo, el juez sufre una tendencia a realizar el menor trabajo posible. No por carecer de voluntad específicamente o por querer hacer su trabajo deficientemente, sino más bien para poder enfrentar su labor con los recursos y el tiempo que tiene disponible. Específicamente, porque los jueces también están sujetos a las leyes que rigen el pensamiento humano. Más importante aún, el autor justifica la necesidad de mantener la ley vigente conforme a sus procesos y conforme al desarrollo científico; inclusive dentro de las cortes criminales norteamericanas se hace referencia al patrocinio del terrorismo, que tan vigente se encuentra hoy en día. Como se observa, un concepto de intencionalidad es necesario para asegurar que el Estado deseó patrocinar el terrorismo y compartió las metas generales del grupo terrorista (Chase, 2004: 32).

Gibbons y Skinner (2003: 1-23) arguyen la diferencia entre una ley basada en principios donde la mente y todas sus funciones son elementos meramente biológicos, y por lo tanto medibles, y una ley basada en que esto no necesariamente sea cierto. Es así como es necesario establecer una relación, una especificación y tomar medidas necesarias para evitar estos procesos dentro de la legislación de nuestro país, sobre todo en un aspecto donde existe alta recurrencia al pensamiento prejuiciado y parcial.

En México, el sistema legal, es decir el mundo de la creación, aplicación e interpretación del derecho, considera a la discriminación como una conducta que atenta contra los valores protegidos por el orden constitucional y legal. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos específicamente establece que:

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.

Más adelante, en el párrafo B del artículo 2o. indica que:

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 deberían ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

La discriminación es un sesgo intergrupal cuyo origen, se considera, tiene raíces motivacionales. Esa idea se basa en otros supuestos en relación con la naturaleza de la inferencia humana y los “papeles que respectivamente juegan la cognición y la motivación en el juicio social y en la toma de decisiones” (Krieger, 1995). El problema que se plantea ahora es si la discriminación necesariamente implica intencionalidad o motivos. ¿Pueden haber decisiones sesgadas de legisladores, colaboradores del Ejecutivo y de jueces que sean el producto de una gama de errores de juicio relacionados con procesos de categorización no intencionales, comunes en la cognición humana, y no de motivaciones discriminatorias?

¿Significa esto que el categorizador social estereotipifica de manera automática a los demás sin intención expresa, “simplemente porque factores interconstruidos o sobreaprendidos” lo han preparado para categorizar? Fiske asevera que esa es una mala interpretación demasiado común, y afirma que estereotipificar como algo “no intencional y quizás inevitable es un supuesto erróneo en el peor de los casos y uno inadecuadamente examinado en el mejor”.

Esta mala interpretación es importante porque, de acuerdo con este punto de vista, si no hay intencionalidad no hay responsabilidad en cuanto a las consecuencias de la categorización. En diversas leyes contra la discriminación se prescribe que “una ausencia de intención discriminatoria dispensa a los acusados de la responsabilidad por el impacto discriminatorio de sus acciones”. Esta posición se acentúa en los casos de interpretaciones conservadoras de la intencionalidad discriminatoria que exigen que ella sea consciente y que los acusados se hayan dado cuenta de que sus acciones se fundaban en la pertenencia de la otra persona a un grupo social: étnico, de género, por la edad, la preferencia sexual o religiosa, etcétera.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, vigente en México desde junio del 2003, define en su artículo 4o. la discriminación de la siguiente manera:

...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.

La misma Ley, en su artículo 84 del capítulo VI, que trata de las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación, establece un procedimiento para combatir actos discriminatorios y dentro de las características de los mismos plantea la intencionalidad: “Para determinar el alcance y la forma de adopción de las medidas administrativas dispuestas por el Consejo [Nacional para Prevenir la Discriminación] se tendrán en consideración: I.- El carácter *intencional* de la conducta discriminatoria...”.⁷⁸

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, aprobado por los plenos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal, así como por la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en agosto de 2004, se inspira desde su Preámbulo en la Constitución federal de 1824, en cuanto al anhelo de igualdad⁷⁹ y plantea el tema de la conciencia al prescribir que

[l]a labor del juzgador no sólo requiere el conocimiento de la ciencia jurídica, porque hay espacios en los que su única directriz es su propia conciencia. Ésta requiere ser ilustrada a partir de patrones de conducta asumidos libremente, que tiendan a hacer efectivos los valores, que si bien están ínsitos en el propio quehacer del juez y en el ordenamiento jurídico, es indispensable explicitar, pues debe tenerse presente que lo callado, aunque obvio, se olvida, se disimula o se desdeña.

En su capítulo III, el mencionado Código define la objetividad como “[l]a actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, provenientes de sí mismo”. Consiste en emitir sus fallos por las razones que el derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o sentir. Por tanto, el juzgador: “3.4 Procura actuar con serenidad de ánimo y equilibrio interno, a fin de que sus decisiones estén desprovistas

⁷⁸ Resultado propio.

⁷⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 3 de diciembre de 2004.

de aprensiones y *prejuicios*. Agrega el ideal de ser *consciente* de sus insuficiencias y la humildad como virtud a cultivar cotidianamente”.⁸⁰

Lo anterior lleva a concluir que los presuntos discriminadores no tienen que ser responsables de los peores actos si no actuaron con intención expresa, como cuando su conducta fue consecuencia de factores cognitivos fuera de su control. Fiske menciona que en 1985 y 1988 la Suprema Corte de los Estados Unidos ya ha aceptado a la psicología social cognitiva como testimonio de expertos en casos de discriminación.

XV. ¿POR QUÉ TODO ESTO?

Aquí se ha expuesto la punta de la madeja. El problema de la discriminación y el racismo no es meramente observable y subyacen muchos otros males que afectan nuestra sociedad. Los tomadores de decisiones públicas del sistema legal viven vulnerables a los complicados engranajes de sus propias mentes, tal y como lo está cualquier otro ser humano. El propósito de la ley en nuestro país es asegurar que la gestión de los menesteres de las relaciones humanas sea transparente e igualitaria para todos. Veamos a continuación un pronto análisis de estos engranajes de la mente a los cuales nos referimos.

⁸⁰ *Ibidem*: 18, 19, 21, 22; resaltados propios.