ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 1

SIETE ENFOQUES:

TRABAJOS FINALISTAS DEL DIPLOMADO SOBRE

DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 2

© 2007
Siete enfoques: trabajos finalistas del Diplomado sobre derecho a la no discriminación

Consejo Nacional para Prevenir
la Discriminación
Dante núm. 14, col. Anzures,
Del. Miguel Hidalgo,
México DF, 11590

Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Mario de la Cueva SN,
Ciudad Universitaria, México DF, 04510

Comisión de Derechos Humanos
del Distrito Federal
Avenida Chapultepec núm. 49, col. Centro,
Del. Cuauhtémoc, México DF, 06720

Edición
Arturo Cosme Valadez

Formación
alejandropo
Elizabeth Díaz

ISBN 978-970-9833-52-2
Se permite la reproducción total o parcial del material incluido en esta obra, previa autorización por escrito de la institución.

Impreso en México
Printed in Mexico

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 3

Contenido

PRESENTACIÓN 5
Gilberto Rincón Gallardo

INTRODUCCIÓN 7
Carlos de la Torre Martínez

I. LOS JUEGOS DE VERDAD EN EL DISCURSO JURÍDICO DE LA IGUALDAD 13
Patricia C. Brogna

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN GENÉTICA 47
Alberto Arellano Méndez

III. PARA ARGUMENTAR CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO: REFLEXIONES EN TORNO A CIERTAS DECISIONES DE NUESTRA SUPREMA CORTE 83
Luís Miguel Cano López
Graciela Rodríguez Manzo

IV. GÉNERO, DIVERSIDAD SEXUAL Y DISCRIMINACIÓN 141
Myriam Brito Domínguez

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 4

V. Acceso a la justicia y discriminación en los grupos indígenas 181
Tomás Antonio Herrera Castro

VI. La discriminación a los indígenas sujetos a proceso penal en el Distrito Federal 211
Luis Manuel Reyes Alcázar

VII. La no discriminación indígena: asignatura pendiente del Estado mexicano 237
Mauricio González Camacho
Luis Calvo Reyes

Directorio 281

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 5

Presentación

Escribe Fernando Savater, con razón: "Es mejor saber después de haber pensado y discutido que aceptar los saberes que nadie discute para no tener que pensar". La sentencia, prístina y contundente, queda como anillo al dedo para describir la cotidianeidad en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Esta institución –considerada el más alto centro de generación de conocimiento en América Latina y uno de los 100 más acreditados a escala mundial– es un espacio abierto a la reflexión y al debate, y su decidida vocación es la inteligencia crítica y desprejuiciada. Por ello, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) no pudieron hallar mejor aliada en la tarea de profundizar en la comprensión del fenómeno discriminatorio y buscar soluciones para erradicarlo.

Producto de un acuerdo tripartita entre los organismos mencionados, el *Diplomado sobre el derecho a la no discriminación*, a partir del cual se fraguaron los siete ensayos que componen este libro, se llevó a cabo en las instalaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM) de Ciudad Universitaria –recientemente catalogada como patrimonio de la humanidad– entre mayo y septiembre de 2005. Intervinieron en él 34 de las mejores cabezas que han meditado sobre el tema y unos 80 estudiantes (67 de los cuales terminaron con fortuna el recorrido), entre postulantes al posgrado de diversas carreras, funcionarios públicos cuya labor se vincula a la no discriminación, miembros de organizaciones no gubernamentales (ONGs) dedi-

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 6

cadas a la defensa de grupos vulnerados y asistentes de investigación del propio IIJ.

La heterogénea composición del cuerpo de maestros y alumnos fue testimonio de una de las certezas que guiaron el curso: la diversidad y la diferencia enriquecen a los seres humanos, siempre que no olviden su igualdad fundamental. La confrontación de puntos de vista, la libertad de opinión, la generosidad de la perspectiva interdisciplinaria, el compromiso ético y solidario con las personas que a diario sufren trabas para ejercer sus derechos y obstáculos para acceder a las oportunidades que en equidad les corresponden, hicieron del diplomado una experiencia fecunda cuyos frutos se proyectan en el texto que el lector tiene en sus manos. Por lo menos siete de ellos: desgraciadamente, fue imposible conservar y hacer públicos todos los trabajos e ideas que surgieron a partir del curso.

Pensar, investigar, analizar, planear, proponer, son de manera incontestable actividades de las que no se puede prescindir; sin embargo, ya Marco Tulio Cicerón observaba: "No basta con alcanzar sabiduría, es necesario saber utilizarla". Queremos forjar una *nueva cultura de la igualdad*. Sin duda, falta mucho camino por transitar y acaso la tarea sea interminable, o al menos interminable para el tiempo de una persona. No importa: la UNAM, el CDHDF y el CONAPRED, en su calidad de instituciones a la vez del Estado y de la ciudadanía –conforme a la idea de una verdadera democracia– son superiores a los individuos que los componen y se deben al compromiso de lograr una mejor calidad de vida para aquellas y aquellos cuya dignidad ha sido históricamente vulnerada.

Gilberto Rincón Gallardo

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 7

Introducción

Los trabajos reunidos en el presente volumen son frutos del *Diplomado sobre el derecho a la no discriminación* organizado de manera conjunta por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).

Son al menos dos las razones por las cuales podemos definir a este diplomado como único en su especie. Primera, por el tema sobre el que versó, ya que aunque el problema de la discriminación ha estado en el centro del debate político, social y cultural en muchos países del mundo desde la primera mitad del siglo XX y ha sido uno de los principales estandartes del movimiento internacional de los derechos humanos, paradójicamente en nuestro país es un tema que hasta hace algunos años no había recibido la atención que merece. No sé si debido a una deficiente comprensión del fenómeno de la discriminación o al interés económico y político de un determinado grupo social que de alguna manera se ve beneficiado a corto y mediano plazos por una estructura social sumamente desigual y discriminatoria, pero el hecho es que en México, al menos en los últimos 75 años, el discurso oficial negó rotundamente que el problema de la discriminación fuera uno de los grandes pendientes que afecta a la sociedad.

Fue gracias a la presión mundial –a través de los instrumentos internacionales para combatir la discriminación, de las déca-

das de combate a ésta, y de las conferencias mundiales sobre racismo, xenofobia y otras formas de intolerancia, pero sobre todo, de las movilizaciones sociales de las décadas de los años 70, 80 y 90 por la reivindicación de los derechos de las mujeres, de las personas con discapacidad, de los homosexuales y lesbianas y, por supuesto, de los pueblos indígenas– que se logró hacer visible algo que por mucho tiempo se quiso negar: la discriminación que sufren miles y miles de mexicanos en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En 2006 se cumplieron cinco años de la integración de la cláusula de no discriminación en el artículo primero de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Este hecho, que pasó inadvertido y que fue parte del bloque de reformas en materia indígena publicado el 14 de agosto de 2001, ha desencadenado un conjunto muy importante de reformas legislativas y administrativas tendentes a construir el marco jurídico necesario para hacer efectivo el derecho a la no discriminación en nuestro país. Entre estas iniciativas destacan la aprobación de la *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* de 2000, la *Ley del Instituto Nacional de las Mujeres* de 2001, la *Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores* de 2002, la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* de 2003, la respectiva constitución del CONAPRED, la *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* de 2003, la *Ley General de Desarrollo Social* de 2004, la *Ley General de Personas con Discapacidad* de 2005, la integración de la no discriminación en los códigos penales del Distrito Federal, Veracruz y Aguascalientes, y la integración del derecho a la no discriminación como uno de los rubros estratégicos del *Programa Nacional de Derechos Humanos* de 2005. Aunque aún quedan pasos importantes por dar en materias cruciales como el desarrollo jurisprudencial del derecho a la no dis-

criminación en nuestro país, la instrumentación de acciones afirmativas efectivas en las políticas públicas y el desarrollo legislativo para proteger los derechos de otros grupos en situación de vulnerabilidad –personas que viven con VIH-sida, que tienen una preferencia sexual distinta a la heterosexual, migrantes, jornaleros agrícolas y personas que padecen algún tipo de enfermedad psicológica–, se puede afirmar que el andamiaje jurídico básico para hacer efectivo el derecho a la no discriminación en nuestro país ya está asentado. Sin embargo, quedan todavía al menos tres grandes retos por delante:

1. la puesta en marcha de los instrumentos jurídicos para reducir el gran abismo que aún existe entre los estándares jurídicos de la no discriminación y la realidad que viven miles de mexicanos;
2. la habilitación de una política económica que tenga por objeto reducir la pobreza y la enorme desigualdad de oportunidades que hoy los mexicanos enfrentamos en el goce y ejercicio de nuestros derechos; y
3. la consolidación de una cultura de la no discriminación a través de programas educativos formales e informales.

Me parece que el diplomado sobre el derecho a la no discriminación constituyó un esfuerzo importante por alcanzar este último reto en el rubro de la labor académica, con el fin de generar y difundir nuevos conocimientos para combatir el problema. El curso se llevó a cabo en las instalaciones del IIJ-UNAM, entre los meses de mayo y septiembre de 2005, y congregó a 34 profesores e investigadores de diversas universidades del país con el fin de abordar el fenómeno desde diversas perspectivas y disciplinas. Partiendo desde una planteamiento teórico del problema de la discriminación

y de otros conceptos relacionados, como el de tolerancia, multiculturalismo, democracia, igualdad y diferencia, se acudió al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho comparado con el objetivo de conocer y discutir los estándares del derecho a la no discriminación y los instrumentos jurídicos y políticos más adecuados para hacerlos efectivos. Todo ello sirvió como base para analizar críticamente la forma específica como está contemplado el derecho a la no discriminación en el orden jurídico mexicano y reflexionar sobre la manera en que este fenómeno afecta en nuestro país a los grupos en situación de vulnerabilidad.

La segunda razón por la cual cabe destacar este esfuerzo fueron los participantes en el diplomado. A pesar de que la convocatoria estuvo vigente tan sólo un mes y medio, se inscribieron 80 alumnos, de los cuales 67 cubrieron las asistencias requeridas y entregaron un trabajo de investigación. Se trató de un grupo muy participativo y plural. Funcionarios públicos con puestos directamente vinculados con la no discriminación, estudiantes de posgrado que estaban elaborando una tesis sobre discriminación, miembros de organizaciones de defensa de los derechos humanos y asistentes de investigación del propio IIJ-UNAM. Cada uno de ellos tuvo una razón muy concreta para estudiar el diplomado y enriqueció a todos sus compañeros con su presencia y sus comentarios. Me parece que el resultado fue un verdadero ejercicio de intercambio de ideas y experiencias entre alumnos y profesores. Para todos nosotros hubo momentos de incertidumbre y reveladores, que nos impulsaron a formularnos nuevas preguntas y a adoptar novedosas perspectivas sobre el fenómeno estudiado.

Al final tuvimos que elegir los siete trabajos más representativos de las tesinas presentadas. La decisión no fue fácil, pues cada una aportaba algo al debate en torno al tema. Me parece que los traba-

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 11

jos presentados en este volumen cumplen con la calidad académica necesaria pero, sobre todo, plantean nuevas problemáticas y enfoques que servirán para seguir reflexionando y realizando acciones concretas frente al complejo problema de discriminación que vivimos en nuestro país. El procedimiento para la elaboración de los trabajos consistió en que cada alumno partiera del esquema teórico general analizado en el diplomado para aplicarlo a un problema o ámbito específicos. Así, en esta obra se desarrolla de manera más detallada la situación que sufren los pueblos indígenas, las personas con discapacidad y aquéllas con una orientación sexual distinta a la heterosexual. También se presenta un trabajo que aborda un inédito reto que la ciencia contemporánea plantea a los estudiosos del fenómeno: la discriminación genética. De manera complementaria se incluye un trabajo crítico sobre el desarrollo jurisprudencial realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al derecho a no ser discriminado.

Estoy seguro de que la lectura de estos textos despertará nuevas inquietudes para seguir innovando enfoques en torno al tema, así como para detectar inesperadas problemáticas que requieren ser abordadas.

Carlos de la Torre Martínez
Coordinador del Diplomado sobre el derecho
a la no discriminación e investigador del IIJ-UNAM

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 13

Los juegos de verdad en el discurso jurídico de la igualdad

Notas sobre los derechos humanos y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad

por Patricia C. Brogna*

Introducción

La normativa internacional respecto de los derechos humanos de las personas con discapacidad ha sido escasamente estudiada en el contexto político, jurídico y social de América Latina. Una revisión bibliográfica revela como producciones relevantes en este sentido el *Informe sobre derechos humanos y discapacidad,* del doctor Leandro Despouy;[1] el trabajo del doctor Christian Courtis[2] sobre el moni-

* Licenciada en terapia ocupacional y maestrante en estudios políticos y sociales por la UNAM.

1 Leandro Despouy es ex relator especial sobre discapacidad y derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En 1992 publicó su informe: *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*.

2 Su artículo "Monitoring Disability Rights through the International Human Rights Framework" forma parte del reporte *Opportinities, Methodologies and Training Resources for Disability Right Monitoring*, recopilado por la organización Disability Right Promotion International, codirigida por Bengt Lindqvist, quien fuera relator especial de Naciones Unidas sobre discapacidad entre 1994 y 2002. www.yorku.ca/drpi/files/DRPI_Phase_I_Report.pdf

toreo de los derechos de las personas con discapacidad a través del marco internacional de los derechos humanos y, en el mismo sentido, el texto de Gerard Quinn quien, junto con otros autores, hace un análisis del uso de los instrumentos de derechos humanos respecto a la discapacidad.[3] Cabe destacar el informe específicamente referido a nuestro país.[4] Carlos Eroles y Carlos Ferreres[5] compilan las expresiones y visiones de distintos movimientos de personas con discapacidad en Argentina respecto de la relación derechos humanos-discapacidad. La tesis de licenciatura en relaciones internacionales de América García Sánchez[6] abre un espacio de análisis a la problemática desde disciplinas no convencionales, al analizar los derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho internacional y los organismos multilaterales. Finalmente, en su trabajo *Disability Human Rights, Law, and Policy*, Jerome Bickenbach hace una breve revisión histórica sobre la interrelación entre movimientos de derechos humanos, ciudadanía y grupos de personas con discapacidad (veteranos de guerra), para luego analizar su influencia en el proceso de la construcción del marco normativo, especialmente de Estados Unidos y Canadá.

Los aportes de los documentos y trabajos referidos en el párrafo anterior representan una plataforma de análisis obligada, aunque

3 Gerard Quinn *et al.*, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de de los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad,* Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2002. www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/disability.pdf

4 Mental Disability Right International, *Derechos humanos y salud mental en México*, Washington DC, 2000, www.mdri.org/pdf/mexico%20-%20spanish.pdf

5 Carlos Eroles y Carlos Ferreres (comps.), *La discapacidad: una cuestión de derechos humanos,* Confederación de Trabajadores Argentinos-Editorial Espacios, Argentina, 2002.

6 América García Sánchez, *Las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos y los organismos de cooperación multilateral,* UNAM, México, 2001.

es interés de esta propuesta superar la reseña de documentos internacionales[7] que conforman el sistema de derechos humanos y valorar su efectividad, intentando comprender cuáles son, dónde se originan y cómo juegan las resistencias, contradicciones y conflictos que impiden hacer efectivo un *discurso de derecho y de igualdad* sobre el que, sin embargo, parece haber un *consenso universal*.

Antes de continuar es necesario formular una definición de discapacidad que escape a la perspectiva médica y profundice los caminos abiertos por el *modelo social* de la discapacidad, sobre el que volveremos más adelante. Defino la discapacidad como una construcción social compleja que se lleva a cabo a través de procesos sociales, históricos, culturales e institucionales; que debe valorarse como una interrelación multidimensional, situacional y dinámica, y que tiene como actores a una persona con determinadas características (cultural e históricamente cambiantes) y a distintos agentes de la sociedad particular donde ese proceso se desarrolla.

Pretendo en este trabajo contextualizar el discurso jurídico de la igualdad, en el marco de lo social y cultural, como parte de una construcción colectiva. Para ello, conceptos como *cultura, posmodernidad* y *juegos de verdad* son imprescindibles, ya que nos ayudan a comprender en qué escenario está llevándose a cabo esta *puesta en escena* y en qué campo de juego se realizan las apuestas. La noción de "campo"[8] remite a "quiénes participan del juego" y a "qué apuestan". Ampliando el foco de lo específicamente normativo hacia su interrelación con otras dimensiones de lo social, intentaré analizar el proceso de lo jurídico como parte de una dinámica mucho más

7 Véase Anexo 1.

8 Pierre Bourdieu define campo como el conjunto de posiciones históricamente definidas, en el que debe diferenciarse cuál es el capital (económico, cultural, social, simbólico) que está en juego y cómo se distribuye.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 16

compleja, que se hace visible cuando una trama de derechos *consensuados y universalmente aceptados* se contradice con la situación concreta de una persona en especial. ¿Cómo se gestan, se sostienen y legitiman estas contradicciones?

La redacción de una norma tiene una génesis en el tiempo y el espacio social muy anterior al tiempo jurídico. Su sanción –lejos de finalizar un proceso– dispara múltiples acciones y reacciones, provoca rupturas o soporta continuidades que no siempre se juegan en el campo de lo legal. Por ello es necesario ampliar la perspectiva hacia lo sociocultural y ver no los *sucesos* (como fotografías estáticas ordenadas en el tiempo) sino las proyecciones (en el sentido de filmaciones) dinámicas y simultáneas de múltiples *procesos*[9] sociales, a través de los cuales se está construyendo, consensuando y legitimando el *discurso de la igualdad*.

El discurso jurídico de la igualdad y su contexto filosófico-cultural en la actualidad

Los aportes de la posmodernidad

"Posmodernidad" no es el nombre de la porción del tiempo que nos ha tocado vivir. Es, según Lyotard,[10] "el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX".

Contrario a los postulados de la fenomenología y el existencialismo, que constituyeron el "primado del sujeto y de la historia,

9 Daniel Bertaux, *Los relatos de vida*, Universidad Nacional de Salta, Agentina, 1997, define *proceso* como encadenamiento de situaciones, de interacciones, de acontecimientos y de acciones.

10 J. F. Lyotard, *La condición posmoderna*, Cátedra, Madrid, 1987, p. 9.

el estructuralismo contrapuso la primacía de la estructura[11] y el sistema".[12] Este movimiento inicia una transformación epistemológica en la cual "sujeto" y "conciencia" ya no son conceptos centrales: la estructura toda se descentra. Tales cambios anuncian uno aún mayor: el inicio de la posmodernidad, que sucedió al estructuralismo.

Si la razón de la modernidad era "unificadora, objetivadora, controladora y disciplinaria",[13] si la ciencia moderna se legitimaba en los metadiscursos, en "la razón consciente de sí", la posmodernidad, en cambio, deja de creer en los metarrelatos y apela a los juegos de lenguaje, a una *razón intersubjetiva*;[14] remite a un sujeto descentrado, atrapado en una trama, un sujeto dicho por un discurso ambiguo, arbitrario y contingente. Los juegos de lenguaje, según Wittgenstein, tienen reglas que son parte del contrato entre jugadores y que pueden ser modificadas, aunque esto implique modificar el juego. En ellos los enunciados son *jugadas* que se construyen durante el propio desarrollo de la acción. La pertinencia de éstas es contingente, no hay una correcta. A través de los juegos de lenguaje los discursos se edifican, se validan, se cuestionan, se modifican, se crean y recrean permanentemente.

La razón cartesiana –*cogito, ergo sum*– pierde su trono debido a que la posmodernidad acepta verdades y razones que se construyen y deconstruyen[15] en el espacio de lo imaginario-simbólico-real.

11 Estructura: red de relaciones (oposiciones y correlaciones) lógicas que vincula a los elementos de un sistema en una totalidad que les da una legalidad interna.

12 A. Bolivar Botia, *El estucturalismo: de Lévi-Strauss a Derrida,* Cincel, Colombia, 1990.

13 A. Wellmer, *Sobre la dialéctica de modernidad y posmosdernidad,* Visor, Madrid, 1993.

14 J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad,* Taurus, España, 1989.

15 Derrida aporta otro concepto fundamental para el pensamiento posmoderno: la *deconstrucción,* a la que define como una acción que "no es neutra, sino que interviene" y a través de la cual todo discurso puede ser cuestionado.

Se trata de descubrir los juegos de lenguaje y los juegos de verdad que legitiman (¿hacer legítimo es hacer verdadero?) un discurso o una práctica. "Juegos de verdad" es el concepto con el cual Foucault hace referencia a los *dispositivos, procesos y mecanismos de saber y poder que validan prácticas y discursos sociales.* Podríamos decir que se trata de la interrelación de fuerzas entre las múltiples verdades en juego; es decir, la interrelación de fuerzas que tales dispositivos, procesos y mecanismos de saber y poder ponen en juego, enmascaradas en prácticas y discursos. Éstos últimos son la puesta en escena de un experto titiritero (condensación de los dispositivos, procesos y mecanismos de saber y poder de los que habla Foucault; de las estructuras sociales internas y externas, del *habitus* y campo de los que habla Bourdieu; del sistema simbólico –que nos provee de representaciones ("modelos de") y orientaciones para la acción ("modelos para")– del que habla Giménez. Las prácticas y los discursos son la parte visible de una compleja relación de fuerzas que se juega en el escenario, en la platea... y tras bambalinas.

Es necesario poner en evidencia las arbitrariedades sobre las que se sostienen los juegos de verdad. La verdad –espacio de consenso, de convención– es una creación histórica, social y cultural. No es algo divino a descubrir o a defender. Lo que debemos develar (y quizá deconstruir) son los mecanismos por los cuales "algo es legitimado como verdad".

Como se puede constatar en el mundo de vida, la posmodernidad ha impactado en todas las dimensiones de lo social y ha influido innegablemente en las ciencias –aun en las *duras*[16] y en las jurí-

16 El aporte de la posmodernidad en la física, por ejemplo, se puede descubrir bajo conceptualizaciones como las que proponen la teoría del caos, la física cuántica y la idea de una geometría fractal.

dicas. Imbricados como están en la trama de lo social y lo cultural, los postulados de la posmodernidad pueden verse reflejados tanto en los discursos como en las prácticas jurídicas.

Los juegos de verdad en el discurso jurídico

En las conferencias que en 1973 Michel Foucault dictó en Río de Janeiro bajo el título "La verdad y las formas jurídicas",[17] el filósofo pretendía demostrar que "las prácticas sociales pueden engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento". Refería que hay sitios donde se forma la verdad, donde se definen reglas del juego que se relacionan con su gestación, y señalaba a las formas jurídicas "como lugar de origen de un determinado número de formas de verdad".

En el mismo texto, Foucault rescata una afirmación de Nietzsche sobre el conocimiento "como una centella que brota del choque entre dos espadas".[18] El saber, la posibilidad de conocer la verdad, no es inherente al filo de ninguna de ellas, surge en el instante inasible y efímero en que se tocan. El autor analiza el modo en que han ido cambiando a lo largo de la historia las formas jurídicas: el conocimiento de la verdad (el testigo, el juramento, el reto o desafío, la prueba, el testimonio, la indagación), el castigo (la reparación, el exilio o la exclusión, la muerte), la influencia del poder político (la infracción), así como la aparición de nuevos sujetos y actores de las prácticas jurídicas.

Es especialmente interesante su referencia a la penalidad del siglo XIX como respuesta *no a lo que la persona ha hecho sino a lo que*

17 Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas,* Gedisa, México, 1988, p. 14.
18 *Ibid.,* p. 22.

sería capaz de hacer. En este sentido, el derecho a la no discriminación y los derechos humanos de las personas con discapacidad deben remontar un razonamiento análogo: deben otorgar o garantizar un derecho perdido, no por lo que la persona hace sino por lo que podría llegar a hacer (o no hacer). Por ejemplo, la denegación del derecho a la paternidad de una persona con discapacidad intelectual se sostiene en una *representación social*[19] que valida el supuesto de que sería un mal padre. Cabría preguntarnos si es el coeficiente intelectual lo que garantiza una paternidad amorosa y responsable.

La cultura en lo jurídico y lo jurídico como cultura

En un trabajo en proceso de edición Gilberto Giménez[20] explica que el sentido otorgado al concepto "cultura" ha variado desde la formulación de Edward Tylor, en 1871, hasta las más nuevas aportaciones. Clifford Geertz la define como "telaraña de significados", que el hombre teje a la vez que está enredado en ella, y la entiende como "un sistema de significación socialmente establecido". Para Ann Widler, en cambio, es una "caja de herramientas", un repertorio simbólico de estrategias para la acción, de "prácticas descentradas y dispersas" de las que el hombre toma lo que necesita en cada caso. La misma autora señala que "la cultura en su dimensión simbólica refiere a códigos sociales (incluso reglas), a la producción de sentido y a la interpretación compartida", y agrega que como sistema simbólico nos provee de "representaciones ('modelos de') y orientaciones para la acción ('modelos para')".

19 Gilberto Giménez refiere que el concepto (de la sociología de Durkheim y recuperado por Moscovici) trata de representaciones socio-cognitivas propias del sentido común, que pueden definirse como "conjunto de informaciones, creencias, opiniones y actitudes a propósito de un objeto determinado".

20 Gilberto Giménez, *La concepción simbólica de la cultura,* trabajo en proceso de publicación, 2005.

Los códigos, el sentido que damos a las cosas, la interpretación que hacemos de ellas, así como las representaciones o la orientación de nuestros actos, impactan en "la doble estructura de lo social", para apelar a los criterios de Bourdieu. El sociólogo francés afirma que lo social existe dos veces y habla de estructuras sociales externas ("lo social hecho cosas") y estructuras sociales internas ("lo social hecho cuerpo"). Llama a las primeras "campos" y las define como "espacios de juego históricamente constituidos, con sus instituciones específicas y sus leyes de funcionamiento propias"; como un conjunto de relaciones objetivas entre posiciones históricamente definidas. El campo se determina entendiendo "quiénes están jugando qué cosa": es tanto un estado de fuerzas como un estado de lucha.

La otra dimensión de "lo social que existe dos veces" es la estructura social interna que Bourdieu llama *habitus*, y que puede definirse como la "interiorización" de los principios de arbitrariedad cultural capaz de perpetuarlos en las prácticas. El *habitus* es la internación de la exterioridad puesta en juego en los campos. Es el resultante de la incorporación de nuestra cultura particular (y sus arbitrarios modos de representarse el mundo); nos dispone a aceptar lo que es pensable y no pensable, lo que es para nosotros y lo que no lo es, lo posible y lo imposible.

Giménez[21] define la cultura como "el proceso de continua producción, actualización y transformación de modelos simbólicos (en su doble acepción de representación y de orientación para la acción) a través de la práctica individual y colectiva, en contextos históricamente específicos y socialmente estructurados". Esta definición ayudará a entender la distinción hecha en el subtítulo.

21 *Ibidem.*

Cuando me refiero a la cultura en lo jurídico lo hago entendiendo "cultura" en su concepción abstracta, como herramienta analítica que nos ayuda a comprender las distintas manifestaciones de lo social, al reconocer "el conjunto de hechos simbólicos presentes en una sociedad [...], de la organización social del sentido, como pauta de significados históricamente transmitidos".[22] En otra dirección, al referirme a lo jurídico como cultura hablo de "un mundo delimitado y concreto de creencias y prácticas",[23] de un grupo particular de la sociedad que en su contexto histórico y social comparte significados y códigos, y que se diferencia –por esas mismas creencias y prácticas– de otros grupos o culturas.

Como en otras expresiones de lo social, en lo jurídico y lo político el hombre no legisla, reclama, demanda, somete ni discrimina en el vacío, sino inmerso en una trama de significaciones, de preconceptos, de expectativas, de representaciones sociales que "definen lo que es lícito, tolerable o aceptable".[24] Las acciones humanas están inmersas en esta trama de lo externo y lo interno, de lo fundante y lo cuestionable, de lo unívoco y lo ambiguo, de lo simbólico y lo concreto.

¿Filosofía y cultura en el mundo de vida?

Posmodernidad, filosofía, cultura... ¿de qué modo se relacionan con el mundo de vida cotidiano? Como vimos, ciertos postulados van incorporándose a nuestros modos de pensar el mundo, moldean nuestras representaciones, cuestionan las posiciones de saber o poder de ciertos actores, sostienen los significados que compartimos con nuestros grupos o con nuestra sociedad.

22 *Ibidem*.

23 W. Sewell, "The Concep(s) of Culture", en Bonnell y Hunt (comps.), *Beyond the Cultural Turn*, University of California Press, California, 1999, pp. 35-61.

24 Giménez, *op. cit*.

Los cambios en nuestras ideas, ideologías, en nuestras formas de percibir y juzgar lo cotidiano provocan también cambios en nuestra *caja de herramientas:* sin dudas, la generación de mujeres que han sido contemporáneas de los movimientos feministas han debido replantearse la legitimidad de múltiples discursos (a favor o en contra de los planteamientos feministas) tanto en las conferencias universitarias, en los estereotipos de las telenovelas, en los libros o sentadas a la mesa durante un almuerzo familiar.

Los movimientos sociales son generadores y promotores de cuestionamientos o legitimaciones de cambios culturales profundos y al hacerlo constatan el impacto cotidiano de la posmodernidad en nuestras vidas. Tavera Fenollosa refiere que los movimientos sociales cuestionan los "códigos culturales de una sociedad e implican una lucha simbólica a través de la cual se crean y recrean mensajes y significados".[25] Los movimientos sociales necesitan, como precondición para sus acciones colectivas, de la existencia de lo que Snow y otros autores llamaron "procesos enmarcadores".[26] La sensación de agravio y la creencia de que la acción modificará esa situación son elementos fundamentales en esos procesos dialécticos, y confirman la "necesidad de la existencia de una liberación cognitiva como requisito previo a la movilización".[27]

Los movimientos apelan a lo que es socialmente significativo (ideas, sentimientos, representaciones) para enmarcar sus demandas, a la vez que obligan a revisar *lo dado*, lo que creíamos o aceptába-

25 Ligia Tavera Fenollosa, "Movimientos sociales", en Laura Baca Olamendi *et al* (comps.), *Léxico de la Política,* FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll-FCE, 2000, p. 451.

26 Douglas McAdams *et al*, "Oportunidades, estructuras de movilización y procesos enmarcadores: hacia una perspectiva sintética y comparada de los movimientos sociales", en D. McAdams *et al* (comps.), *Movimientos sociales: perspectivas comparadas,* Itsmo, España, 1999, p. 26.

27 *Ibid.*, p. 27.

mos sin replanteárnoslo ni ponerlo en perspectiva, como decíamos arriba: lo que es lícito, tolerable o aceptable, lo que es pensable y no pensable, lo que es para nosotros y lo que no lo es, lo posible y lo imposible.

Los derechos humanos de grupos (como los derechos de raza o los derechos culturales) quitan el enfoque de un hombre concreto para ponerlo en una multiplicidad heterogénea: la relatividad, ambigüedad y contingencia de los conceptos (como los términos "igual-diferente"), los múltiples discursos y verdades posibles son sólo algunos ejemplos de cómo los pensamientos filosóficos han aterrizado en lo cotidiano. Los derechos humanos al medio ambiente sano, los derechos de las "generaciones futuras", imponen como sujeto a un hombre aún ausente, eventual, solamente posible: no real, y las discusiones apelan a disciplinas como la ética, la filosofía, la sociología o la antropología para construir nuevos marcos de análisis más ricos y complejos. Saberes relativos, múltiples modos de razón, verdades a construir y consensuar intersubjetivamente son evidencias de lo posmoderno en nuestra cotidianeidad.

En esta complejidad, los movimientos sociales de personas con discapacidad juegan un papel prioritario, tanto en México como en otros países. Han puesto sobre el escenario jurídico y político su realidad y han reclamado una respuesta –desde esos niveles del Estado– a la situación de desventaja, discriminación y segregación a la que son expuestos. Obligan a revisar el sentido –antes unívoco e incuestionado– de lo normal-anormal; critican la representación social que posiciona a las personas con discapacidad como sujetos de prácticas médicas, correctivas y asistenciales, y las relega a ser objetos de tutela.

Sewell nos llama a considerar que los mundos de sentido –esa telaraña de la que habla Geertz– "son normalmente contradictorios,

débilmente integrados, frecuentemente cuestionados, mutables y altamente permeables".[28] Ello explicaría por qué el entretejido de normas, leyes y derechos –así como los supuestos socialmente legitimados que los sostienen– es en realidad parte de un juego dinámico, con pujas y concesiones, avances y repliegues, argumentaciones y cuestionamientos. Este juego pone en evidencia que, lejos de una verdad única e inapelable, el discurso jurídico de la igualdad se sostiene en múltiples, contradictorias y cambiantes verdades.

Discapacidad y discriminación: nuevas miradas, nuevos derechos

Los juegos de verdad en la definición de la discapacidad

Definir "discapacidad" ha resultado una tarea complicada. Distintos documentos internacionales (las clasificaciones de la Organización Mundial de la Salud [OMS], de la Asociación Americana de Retardo Mental, de la Organización Internacional del Trabajo [OIT], así como diversas convenciones, etcétera) han intentado hacer aproximaciones teóricas al concepto. A lo largo del proceso se han producido cambios notorios. A través de éstos se ha pasado progresivamente de poner el eje de atención en el aspecto médico y de enfermedad a tomar en cuenta otras dimensiones y aspectos de este constructo social complejo.

Las visiones han variado de definiciones centradas en el *déficit* (físico, intelectual, psicológico o sensorial), a evaluar la "funcionalidad"[29] que favorece o dificulta llevar a cabo ciertas actividades

28 *Ibidem*.

29 Este criterio ha sido utilizado como variable por la encuesta nacional llevada a cabo en Argentina. Fuente: INDEC, *Primera Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad 2002-2003;* y *Censo 2001*.

(sobre todo de autocuidado), hasta llegar finalmente al criterio de "participación" como una dimensión que permite valorar el nivel y la calidad de integración al medio social según sea restringida o favorecida por prácticas o acciones institucionales, estatales, culturales o sociales.

Un ejemplo claro de que alejándonos de la referencia a la salud ya no resulta sencillo precisar la discapacidad lo proporciona la OMS en su *Clasificación internacional de la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía* (CIDDM), publicada en 1980, donde define:

- **Deficiencia:** pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica.
- **Discapacidad:** restricción o ausencia de la capacidad (debido a una deficiencia) de realizar una actividad en la forma o dentro de los márgenes de la normalidad para un ser humano.
- **Minusvalía:** situación desventajosa para un individuo a consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en función de su edad, sexo, etcétera.

Estas definiciones no aparecen en la *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud* (llamada CIF e inicialmente CIDDM 2) del año 2001, y demuestran un cambio sustancial: mientras la primera clasificaba y definía la discapacidad, la segunda propone un marco descriptivo de capacidades y limitaciones. En la página 231 refiere que discapacidad "es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una 'condición de salud') y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)".[30]

30 Organización Mundial de la Salud, *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud*, IMSERSO, España, 2001.

¿Qué ocurrió entre la redacción de uno y otro documentos? Si bien los movimientos de personas con discapacidad –los cuales aumentaron por los avances médicos que permitían la sobrevida luego de accidentes, enfermedades o lesiones antes mortales, las demandas de veteranos de guerra y otros grupos– habían iniciado ya desde la década de los años 50, sus reclamos fueron modificando el sentido socialmente establecido de la discapacidad y dieron paso a un nuevo modelo: el *modelo social*.

Este modelo cuestiona y critica las representaciones sociales de la discapacidad que remiten a enfermedad y anormalidad. Resumiendo este nuevo paradigma podríamos decir que desde su visión "la discapacidad es situacional, relacional e interactiva".[31] Toma en cuenta los factores ambientales, actitudinales y culturales, que pertenecen a "una sociedad diseñada por y para personas no discapacitadas".[32] En tal perspectiva, la identidad "discapacitada" es asignada desde grupos significativos de poder, especialmente de salud y educación, en relación con una deficiencia (física, mental o intelectual) a través de procesos de categorización, diagnóstico y etiquetamiento. Fougeyrollas y Beauregard[33] exponen un modelo explicativo de lo que llaman "proceso de creación de la discapacidad". Tampoco podemos olvidar el aporte de la normativa internacional[34] sobre discapacidad que,

31 P. Brogna, *Discriminaciones cotidianas: la discapacidad como proceso*, CDHDF, México.

32 Robert Drake, "Una crítica del papel de las organizaciones benéficas tradicionales", en Len Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad*, Morata, España, 1998, p. 163.

33 Patrick Fougeyrollas y Line Beauregard, "Disability, an Interactive Person-Environment Social Creation", en Gary Albrecht *et al* (eds.) *Handbook of Disability Studies,* Sage Publication, Estados Unidos, 2001 pp. 171-194.

34 Entre los documentos internacionales que han inspirado normas nacionales debemos nombrar el *Programa de acción mundial* (Organización de las Naciones Unidas, 1982), que define las acciones específicas referentes a prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades, y las *Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades* (ONU, 1993), que señalan distintos aspectos para favorecer la igualdad. Los requisitos para la igualdad de oportunidades son: toma de conciencia, atención

sin ser vinculante, sí ha "establecido principios rectores para las leyes específicas en la mayoría de los países".[35] En este apretado párrafo se resume la mirada del modelo social y se señala su influencia en la normativa internacional.

La transformación de las clasificaciones muestra lo complejo de la transición desde una perspectiva médica hacia una social. La de 2001 explicita ambos modelos[36] y, asombrosamente, aclara: "la CIF está basada en la integración de estos dos modelos opuestos".[37] De tal hibridación surge la pretensión de:

- clasificar funciones y estructuras corporales y sus deficiencias;
- clasificar las actividades y sus limitaciones (nivel de discapacidad en la CIDDM);
- clasificar la participación y sus restricciones (nivel de minusvalía en la CIDDM).

médica, rehabilitación y servicios de apoyo. Estos requisitos se cumplen en distintas esferas previstas para la igualdad de oportunidades: posibilidades de acceso a educación, empleo, mantenimiento de los ingresos y seguridad social, vida en familia e integridad personal, cultura, religión y actividades recreativas y deportivas. Para que la igualdad de oportunidades se pueda lograr, el documento refiere medidas de información e investigación, cuestiones normativas y de planificación, legislación, política económica, coordinación de trabajos, organizaciones de personas con discapacidad, capacitación del personal, supervisión y evaluación a nivel nacional de los programas sobre discapacidad en lo relativo a la aplicación de las *Normas uniformes*, cooperación económica y técnica, además de cooperación internacional. Finalmente propone que la ONU lleve adelante mecanismos de supervisión.

35 P. Brogna, *No discriminación y discapacidad. El derecho a la igualdad… ¿o el derecho a la diferencia?*, CONAPRED, México, en preparación.

36 El modelo médico considera la discapacidad "como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud". El modelo social la considera "como un fenómeno fundamentalmente social [...]. La discapacidad no es atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social".

37 Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud*, IMSERSO, España, 2001.

En esta última valoración se analizan los factores contextuales: ambientales y personales[38] y se subdivide a los primeros en físico, social y actitudinal.[39]

Sin duda el presente ejemplo es muestra de una tarea de deconstrucción más que de construcción de nuevos conceptos. En este periodo de cambio conceptual respecto de qué entender por discapacidad tenemos que soltar el barco (falso pero sólido) de la perspectiva médica para aferrarnos a uno aún en construcción: de qué elementos y con qué proporción de ellos construiremos este nuevo concepto sobre el cual aún se discute y no se ha llegado a consenso. ¿Qué elementos se hundirán en el proceso y cuáles sobrevivirán? No lo sabemos. Todavía estamos en una etapa de transición epistemológica: los cambios conceptuales, metodológicos, culturales, políticos, jurídicos y sociales que surjan de esta transición darán cuenta de una revisión profunda y crítica de lo que llamamos (a)normalidad.

Bickenbach hace un interesante comentario sobre este periodo confuso: "Más problemática todavía, la definición legislativa de la discapacidad tiende a combinar de una manera confusa el fenómeno social de la discapacidad con los determinantes médicos del daño".[40] Un ejemplo de los juegos de verdad en la definición de discapacidad (según se considere el modelo médico o el social) queda en evidencia en la *Ley General de las Personas con Discapacidad* de México, la cual otorga a la órbita de la Secretaría de Salud la coordinación del Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad, encargado de elaborar y coordinar el *Plan Nacional de Desarrollo de las*

38 *Ibidem,* p. 12.

39 *Ibidem,* p. 185.

40 Jerome Bickenbach, "Disability Human Rights, Law, and Policy", en Gary Albrecht *et al* (eds.), *Handbook of Disability Studies,* Sage Publications, Estados Unidos, 2001, pp. 565-584.

Personas con Discapacidad. Esta *Ley,* que surge de la lucha de organismos no gubernamentales luego de años de demanda, no tiene carácter vinculante y es sólo una ley marco que requiere de otras leyes que complementen su puesta en marcha efectiva.

Los resultados de la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*[41] son otro ejemplo de este proceso contradictorio. La mitad de las personas con discapacidad encuestadas considera que las situaciones de discriminación referidas (con respecto a trabajo, educación, etcétera) se deben a la tradición o valores de la familia... y la otra mitad cree que es justo que la familia los discrimine. ¿Cuál es entonces el significado socialmente construido de la discapacidad?, ¿cuál el significado de la discriminación?, ¿qué sentido damos a la noción de igualdad?, ¿qué significa cada concepto?, ¿para quiénes?

En lo que se refiere a "igualdad y discapacidad" los discursos y prácticas contradictorios, solapados y arbitrarios, van configurando quién es un *discapacitado,* van diciendo *quién es igual a quién,* dicen *en qué son iguales,* valorizan la igualdad en lugar de la diferencia. Si no fuera por esas contradicciones, por el solapamiento de estas oposiciones, ¿cómo explicar que a pesar de tantas leyes las personas con discapacidad no son respetadas, protegidas, reconocidas, integradas? Si tengo a un joven por 15 años en escuelas especiales y talleres protegidos, sin contacto con el mundo de la vida sino en un ambiente artificial, ¿no es un juego de verdad decir que lo hago en pos de su independencia y autonomía?

Resumiendo: los juegos de verdad respecto de la discapacidad ponen sobre el tablero tanto las concepciones médicas, correctivas, asistenciales y filantrópicas como las representaciones sociales, la

41 Fuente: www.sedesol.gob.mx/subsecretarias/prospectiva/main_discriminacion.htm#

autopercepción (del otro y de nosotros), así como también las perspectivas político-militantes de los grupos más radicalizados. Y como podemos suponer, cada concepción de la discapacidad reclamará de la sociedad y del Estado respuestas diferentes.

Los juegos de verdad en la construcción de los derechos

Los derechos humanos constituyen el andamiaje de un nuevo sujeto de derecho. Altamente significativos en nuestra cultura, han impactado tanto en nuestra convivencia cotidiana como en las instituciones sociales, jurídicas y políticas. Legitimados *universalmente* en un nivel declamativo, su puesta en juego de modo efectivo es, sin embargo, deficitaria. Óscar Correas divide la eficacia de los derechos en "subjetiva" (el efecto sobre las intenciones que formulan las normas) y "objetiva" (el efecto en relación con los enunciados de la norma). El mismo autor valora la "efectividad de cumplimiento" (por consenso o por temor) y la "efectividad de aplicación" (la aplicación formal que no produce efectos reales y la aplicación material que sí los produce).[42] Muchas de las demandas de las personas con discapacidad (sea en forma individual o a través de acciones colectivas) se centran en lograr la efectividad objetiva de la aplicación material.

Actualmente se están llevando a cabo en Naciones Unidas las acciones para lograr una *Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad*.[43] Es interesante (y emocionante) observar cómo los

42 Óscar Correas, "Derecho y eficacia", en Laura Baca Olamendi *et al* (comps.), *Léxico de la política,* FLACSO-Conacyt-Fundación Heinrich Böll y FCE, México, 2000, pp. 169-171.

43 La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su *Protocolo* fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006, después de escrito este trabajo (nota del editor).

grupos y las organizaciones de personas con discapacidad intentan consensuar, convenir, llegar a conclusiones acordadas a través de una *razón intersubjetiva* que se crea y se recrea en cada discusión, en cada argumentación. Es un espacio de debate en el que se está construyendo lo que universalmente *será verdad*, lo que *será justo* para todas las personas con discapacidad.

Abramovich y Courtis resaltan –en un artículo donde abordan la información como objetivo y como instrumento de derecho– la importancia de la información como presupuesto de exigibilidad de los derechos, ya que nadie reclamará derechos que no sabe que le corresponden.[44]

El tema de la discapacidad ha sido históricamente asociado a visiones y prácticas caritativas, filantrópicas y asistenciales. Puede constatarse la continuidad de éstas en acciones sociales, jurídicas y políticas las cuales sostienen más el *como si* del reconocimiento de los derechos, que una tendencia real a crear las condiciones para su cumplimiento efectivo.

El discurso *políticamente correcto* de la igualdad y la no discriminación no se concreta en las prácticas cotidianas: el derecho a determinar la propia vida, a casarse, a la propiedad y la vivienda, a la libertad de pensamiento y de opinión, a la participación política, al trabajo, a la salud, a la educación y a la dignidad, al bienestar[45] son –en muchas ocasiones y no sólo en el caso de las personas con discapacidad– *derechos de utilería*. La ciudadanía de las personas con dis-

44 V. Abramovich, y Ch. Courtis,, "El acceso a la información y los derechos sociales", en Abramovich y Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso,* col. Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2003.

45 Para obtener un listado de los derechos contenidos en los distintos instrumentos internacionales y en la legislación mexicana hasta 2001 véase la tesis de la licenciada América García Sánchez (*op. cit.*, pp. 33-35, 37, 113-120).

capacidad no es aún una ciudadanía completa en América Latina.[46] Esta contradicción debe significarse socialmente: ¿qué simboliza que otorguemos derechos "en el papel" que no se concretan?, ¿cuál es el sentido de hacerlo y sostenerlo?, ¿podemos hablar de un reconocimiento en lo público y una negación en lo privado? Debemos poner en evidencia los juegos de verdad que se solapan en los discursos de la igualdad.

Los juegos de verdad en los discursos de la igualdad

Durante el diplomado sobre derecho a la no discriminación, llevado a cabo en el IIJ-UNAM, las ponencias dejaron en claro la complejidad de definir la igualdad, tanto en su significación relacional –"¿igualdad entre quiénes?"–[47] como en su contenido –"¿igualdad de qué?".[48] La creación de contextos de igualdad excede la práctica jurídica y lleva a la arena de lo político y lo social las pujas, las demandas y las resistencias. La necesidad de construir indicadores, de transformar la intencionalidad en variables, de descubrir tendencias discriminadoras, de exclusión o desigualdad, así como de evaluar el compromiso formal o real de los Estados, demuestra que lejos de ser productos de un consenso universal, los derechos humanos y en especial el de no discriminación son parte de un juego en el campo social que tiene numerosos frentes de lucha.

Un discurso universalmente consensuado, una verdad intersubjetivamente construida, una cultura real de la igualdad, no requeri-

46 P. Brogna, *op. cit*.

47 Norberto Bobbio, "Igualdad y dignidad en los hombres", en *El tiempo de los derechos,* Editorial Sistema, Madrid, 1991.

48 Véase Amartya Sen, *Nuevo examen de la desigualdad,* Alianza, Madrid, 1992. También G. A. Cohen, "¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades", en Sen y Nussbaum (eds.), *La calidad de vida*, FCE, México, 1996.

rían de instituciones para imponerse. La necesidad de operar sobre los distintos niveles (normativo, de políticas públicas, de acciones colectivas o legales) con un objetivo que podríamos llamar de *vigilancia* de la intencionalidad estatal y el cumplimiento social pone en evidencia que la igualdad es una idea cuyo consenso estamos intentando construir. Jesús Rodríguez Zepeda –en el marco del diplomado– refería que "antes de ser leyes, las leyes son ideologías".

Pero en el imaginario social una ley es su concretización: "la ideología de la igualdad ha vencido, se ha impuesto sobre la ideología de la discriminación". Me cuestiono si en el espacio simbólico de lo jurídico, aun transformadas en leyes, las ideologías no continúan siendo ideologías y como tales las vemos resistidas, boicoteadas, cuestionadas, silenciadas desde otras esferas de lo social.

Nuevamente Foucault[49] nos ayuda a interrogarnos sobre el modo de construcción de los discursos, su orden, los procedimientos de exclusión por los cuales se determina lo prohibido, la separación y el rechazo (por ejemplo, a través de las oposiciones razón-locura y normal-anormal), los mecanismos de control del discurso y la determinación de los sujetos que pueden hablar. En el mismo texto pone en evidencia nuestro temor a lo que todo discurso tiene de violento, de discontinuo, de batallador, de desorden y murmullo, y nos impele a restituir su carácter de acontecimiento, a replantear nuestra voluntad de verdad y a borrar la tiranía del significante (de aquello unívoco que *significa,* que tiene en sí, atrapado, un único significado).

"*Eppur si muove*", dijo Galileo Galilei cuando debió firmar el documento en el que aceptaba que su teoría era equivocada, que era la Tierra el centro inamovible del Universo y que el Sol, junto con

49 Véase Michel Foucault, *El orden del discurso,* tercera edición, Tusquets, España, 1999.

todos los cuerpos celestes, giraban a su alrededor. "Y sin embargo se mueve", porque para él era evidente que la Tierra giraba alrededor del Sol. Romper con lo legitimado, con una humanidad centro de todo el Universo, implicaba morir a manos de la Inquisición. Galileo era el nudo de esa contradicción entre lo evidente y lo socialmente legitimado. Su evidencia contradecía una verdad histórica y socialmente construida.

En sus investigaciones sobre la herencia, "Mendel *decía la verdad,* pero no estaba en la verdad del discurso biológico de su época".[50]

¿Cómo y cuándo un discurso que diga la verdad estará en la verdad? Si aceptamos que Galileo y Mendel no estaban en la verdad sostenida por su época, también tenemos que aceptar que la sociedad no estaba todavía en la verdad *verdadera* de Galileo y Mendel.

Hoy estamos construyendo la veracidad del discurso de la igualdad. Ésta es evidente para algunos, pero no es evidencia para todos. El discurso está parcialmente legitimado, pero no es verdad... aún.

Discapacidad e igualdad: la otredad en el derecho

Los otros todos que nosotros somos.
OCTAVIO PAZ (*Piedra de Sol*)

Los derechos humanos de las personas con discapacidad se sostienen en un andamiaje de normas internacionales[51] que han inspirado diversas normas nacionales. En su artículo *Disability in the Developing World,*[52] Benedicte Ingstad refiere que en una colección de ar-

50 *Ibidem*, p. 37.

51 Véase Anexo 1.

52 B. Ingtad, "Disability in the Developing World", en Gary Albrecht *et al* (eds.), *Handbook of Disability Studies,* Sage Publications, Estados Unidos, 2001, p. 776.

tículos sobre *culture and disability* se ha discutido el concepto de "*personhood*" como un tema central para entender cómo la discapacidad es percibida por la sociedad. Este concepto podría traducirse como "la condición e idea de ser una persona". En el mismo párrafo recoge la idea de Jenkins respecto de que las capacidades y los potenciales son socialmente construidos o adscritos: estas competencias "no son puestas en duda hasta que se ponen en duda".

Tal puesta en duda se basa en procesos de diagnóstico y etiquetamiento clínico que dan sustento, a su vez, a otros procesos sociales de puesta en duda. Se presume la total competencia hasta que la suposición de incompetencia (en algún aspecto) tiñe toda su vida, toda su subjetividad. La persona se transforma en *otro* que no tiene nada en común con *nosotros*.

Los derechos de las personas con discapacidad y el concepto de no discriminación intentan un retorno en tal recorrido. En este marco de análisis debemos distinguir aquellas discapacidades en las cuales la pérdida de la *condición de ser persona* está social e históricamente legitimada: la locura y el retraso mental. La posmodernidad ha roto las clasificaciones homogéneas, ha marcado las distintas formas de lo mismo, los múltiples modos de ser igual y de ser diferentes. Ha despojado al hombre de esencias esclavizantes: nadie es esencialmente mi igual ni mi opuesto. En *El octavo día* se narra el encuentro de dos hombres: un ejecutivo exitoso y un joven con retraso mental que escapa de su asilo para buscar a su madre (que ha muerto). El viaje que emprenden juntos es una excelente muestra de cómo se van deconstruyendo las diferencias y construyendo las igualdades, de cómo el otro es un otro en quien puedo reconocerme.

La enorme variedad en la normativa internacional que trata de enraizar en lo social una parte de los discursos y los juegos de verdad –tanto sobre la discapacidad como sobre la igualdad– intenta rescatar

los opuestos que conforman lo mismo,[53] trata de rescatar el derecho a la igualdad en la diferencia. Conceptos como "equiparación de oportunidades" se enuncian en ese sentido, aunque son más fácilmente aplicables cuando se refieren a discapacidades que compensarían las desventajas con elementos materiales (rampas, audífonos, adaptaciones en los puestos de trabajo) que a aquellas que requieren un cambio social profundo para lograr una equiparación o una integración plena. Grupos como Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría (de gran fuerza en Europa y Estados Unidos) o movimientos como la antipsiquiatría aportan una voz casi ausente en estos juegos de verdad.

Conclusiones

Analizar la dimensión, la hebra jurídica, sin incorporarla a la trama de lo social empobrece la perspectiva y elude un desafío fascinante. La intrincada interrelación de significaciones, simbolismos, discursos y representaciones de nuestra cultura se pone en evidencia en los juegos de verdad con los que intenta definirse la igualdad, lo justo, lo normal, lo verdadero. Los derechos humanos, la otredad, la discapacidad y la discriminación son conceptos complejos que convocan múltiples dimensiones y niveles de lo cultural y lo social: lo individual y lo colectivo, lo privado y lo público, lo emotivo y lo racional, lo estático y lo dinámico. El discurso jurídico de la igualdad se constituye en un coro de otros discursos con múltiples voces muchas veces contrarias, latentes o silenciadas.

53 Saussure comprende la estructura del lenguaje como un sistema de oposiciones y diferencias. Los significados –así como los sonidos o los signos– se estructuran en oposición y por diferencia con otros significados posibles. "El sentido de un signo lingüístico depende siempre del contraste con otro signo al que se contrapone" (el sentido de padre se estructura por oposición y diferencia con madre; blanco con negro; hombre con mujer).

Estamos en medio de un campo de juego, en plena acción, con reglas a veces cambiantes e incomprensibles. Un campo más parecido a una escena de la historia de Lewis Carroll que a una silenciosa, anquilosada y previsible biblioteca de leyes.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch.

2003 "El acceso a la información y los derechos sociales", en Abramovich y Courtis (comps.) *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, col. Doctrina Jurídica Contemporánea, México.

BARTON, LEN

1998 *Discapacidad y sociedad*, Morata, España.

BERTAUX, DANIEL

1997 *Los relatos de vida,* traducción de Mónica Moons, Universidad Nacional de Salta, Argentina.

BICKENBACH, JEROME

2001 "Disability, Human Rights, Law, and Policy", en Gary Albrecht *et al, Handbook of Disability Studies,* Sage Publications, Estados Unidos.

BOBBIO, NORBERTO

1991 "Igualdad y dignidad en los hombres", en *El tiempo de los derechos,* Editorial Sistema, Madrid, 1991.

BOLIVAR BOTIA, A.

1990 *El estructuralismo: de Lévi-Strauss a Derrida*, Cincel, Colombia.

BROGNA, P.

SF *Discriminaciones cotidianas, la discapacidad como proceso,* Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 39

SF *No discriminación y discapacidad. El derecho a la igualdad… ¿o el derecho a la diferencia?,* CONAPRED, México, en preparación.

2004 "Normocentrismo y educación. Una escuela para todos... ¿si suena tan sencillo por qué es tan complicado?", en *Novedades Educativas,* núm. 166, Noveduc, Argentina-México.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL

2004 *Manual de sensibilización para la no discriminación, respeto a la diversidad y el ejercicio de la tolerancia,* CDHDF, México.

2004 *Manual sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales,* CDHDF, México.

COHEN, G. A.

1996 "¿Igualdad de qué? Sobre el bienestar, los bienes y las capacidades", en Sen y Nussbaum (eds.), *La calidad de vida,* Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN

2004 *Carpeta informativa*, CONAPRED, México.

CORREAS, ÓSCAR

2000 "Derecho y eficacia", en Laura Baca Olamendi *et al* (comps.), *Léxico de la política,* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Fundación Heinrich Böll y Fondo de Cultura Económica, México.

DRAKE, ROBERT, compilador

1998 *Discapacidad y sociedad,* Morata, España.

DERRIDA, J.

2001 *¡Palabra!*, Trotta, Madrid.

1997 *Espolones. Los estilos de Nietzsche*, Pre-Textos, España.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 40

1989 *La escritura y la diferencia,* Anthropos, Barcelona.

1984 *De la gramatología,* Siglo XXI, Argentina.

1977 *Posiciones,* Pre-Textos, España.

Eroles, Carlos y Carlos Ferreres

2002 *La discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, Confederación de Trabajadores Argentinos-Espacios, Argentina.

Foucault, Michel

1999 *El orden del discurso,* tercera edición, Tusquets, España.

1988 *La verdad y las formas jurídicas,* Gedisa, México.

1964 *Historia de la locura*, vols. i y ii, Fondo de Cultura Económica, México.

Fougeyrollas, Patrick y Line Beauregard

2001 "Disability, an Interactive Person-environment Social Creation", en Gary Albrecht *et al* (eds.), *Handbook of Disability Studies,* Sage Publications, Estados Unidos.

García Sanchez, América

2001 *Las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos y los organismos de cooperación multilateral,* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Giménez, Gilberto

2005 L*a concepción simbólica de la cultura,* texto en prensa.

Gutiérrez, Alicia

1997 *Pierre Bourdieu. Las prácticas sociales,* Universia, Argentina.

Habermas, Jürgen

1989 *El discurso filosófico de la modernidad,* Taurus, España.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 41

INGTAD, B.

2001 "Disability in the Developing World", en Gary Albrecht *et al* (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Sage Publications, Estados Unidos.

LÉVI-STRAUSS, CLAUDE

1969 *Antropología estructural,* Eudeba, Argentina.

1968 *Mitológicas,* tomo I, *Lo crudo y lo cocido*, Fondo de Cultura Económica, México.

1968 *Mitológicas,* tomo II, *De la miel a las cenizas,* Fondo de Cultura Económica, México.

LYOTARD, J. F.

1987 *La condición posmoderna,* Cátedra, Madrid.

MCADAMS, DOUGLAS *et al*

1999 *Movimientos sociales: perspectivas comparadas,* Itsmo, Madrid.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

2001 *Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud*, IMSERSO, España.

SAUSSURE, F.

1979 *Curso de lingüística general,* Losada, Buenos Aires.

SEN, AMARTYA

1996 *Capacidad y bienestar,* en Nussbaum y Sen (comps.), *La calidad de vida,* Fondo de Cultura Económica, México.

1995 *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid.

SEWELL, W.

1999 "The Concepts of Culture", en Bonnell y Hunt, *Beyond the Cultura Turn,* University of California Press, California.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 42

TARROW, S.
1994 *El poder en movimiento,* Alianza, Madrid.

TAVERA FENOLLOSA, LIGIA
2000 "Movimientos sociales", en Laura Baca Olamendi *et al* (comps.), *Léxico de la Política,* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Fundación Heinrich Böll y Fondo de Cultura Económica, México.

WELLMER, A.
1993 *Sobre la dialéctica de modernidad y posmodernidad,* Visor, Madrid.

FUENTES DE INTERNET

DISABILITY RIGHT PROMOTION INTERNATIONAL (DRPI)
2003 "Opportunities, Methodologies and Training Resources for Disability Right Monitoring", www.yorku.ca/drpi/files/DRPI_Phase_I_Report.pdf

QUINN, GERARD *et al*
2002 *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad,* Organizacion de las Naciones Unidas, www.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/disability.pdf

ROSENTAL, ERIC *et al.*
2000 "Derechos humanos y salud mental en México", en informe de la Mental Disability Rigth, http://www.mdri.org/pdf/mexico%20-%20spanish.pdf

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 43

Anexo 1

Instrumentos internacionales sobre derechos humanos y no discriminación de personas con discapacidad*

Nombre del instrumento Fecha de entrada en vigor Organización	*Declaración Universal de los Derechos Humanos* 10 de diciembre de 1948 Organización de las Naciones Unidas
Nombre del instrumento Fecha de entrada en vigor Organización	*Recomendación 99 sobre Adaptación y Readaptación Profesionales de los Inválidos* 22 de junio de 1955 Organización Internacional del Trabajo
Nombre del instrumento Fecha de entrada en vigor Organización Carácter	*Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* 16 de diciembre de 1966 Organización de las Naciones Unidas Vinculante
Nombre del instrumento Fecha de entrada en vigor Organización Carácter	*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* 16 de diciembre de 1966 Organización de las Naciones Unidas Vinculante

* Se incluyen en el cuadro únicamente los documentos específicos. Otros documentos de alcance universal hacen alusión al tema de la discapacidad, por ejemplo: la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo*, el *Crimen de Apartheid*, la *Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,* la *Convención sobre los Derechos del Niño*, etcétera.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 44

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONT.)

Nombre del instrumento	*Convención Americana sobre Derechos Humanos*
Fecha de entrada en vigor	22 de noviembre de 1969
Organización	Organización de las Naciones Unidas
Carácter	Vinculante
Nombre del instrumento	*Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*
Fecha de entrada en vigor	20 de diciembre de 1971
Organización	Organización de las Naciones Unidas
Carácter	Vinculante
Nombre del instrumento	*Declaración de los Derechos de los Impedidos*
Fecha de entrada en vigor	9 de diciembre de 1975
Organización	Organización de las Naciones Unidas
Nombre del instrumento	*Convenio 159 sobre la Readaptación y el Empleo de las Personas con Discapacidad*
Fecha de entrada en vigor	20 de junio de 1985
Organización	Organización Internacional del Trabajo
Nombre del instrumento	*Recomendación 168 sobre Readaptación Profesional y Empleo de los Inválidos*
Fecha de entrada en vigor	20 de junio de 1983
Organización	Organización Internacional del Trabajo
Nombre del instrumento	*Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*
Fecha de entrada en vigor	20 de diciembre de 1993
Organización	Organización de las Naciones Unidas

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 45

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONT.)

Nombre del instrumento	*Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*
Fecha de entrada en vigor	7 de junio de 1999
Organización	Organización de Estados Americanos
Carácter	Vinculante
Nombre del instrumento	*Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su *Protocolo*
Fecha de entrada en vigor	Diciembre de 2006
Organización	Organización de las Naciones Unidas
Carácter	

Fuentes: *Carpeta Informativa* del *CONAPRED*, reelaboración de la autora. Páginas electrónicas de la OIT y de la ONU.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 47

Algunas reflexiones sobre la discriminación genética

por Alberto Arellano Méndez*

Introducción

Vivimos una época de cambios vertiginosos y espectaculares en la historia de la humanidad, originados por el veloz avance de la ciencia y la tecnología; lo antes planteado como una metáfora de ciencia ficción por algunas novelas, series televisivas y películas, se ha vuelto realidad. Los propios científicos se sorprenden, en ocasiones, de la velocidad con la cual se obtienen determinados conocimientos.

La ciencia ha generado cambios en las estructuras sociales y jurídicas, y también en la forma en que el ser humano se percibe a sí mismo y a su entorno. Ello ha obligado a revisar viejos esquemas y planteamientos, tanto individuales como colectivos, en torno a las instituciones jurídicas tradicionales, para acoplarlas a las nuevas realidades.[1]

El actual progreso de la medicina y la biología suscita grandes esperanzas, y por qué no, logros, pero a la vez genera dilemas para la

* Licenciado en derecho por la UNAM. Miembro del Consejo Editorial de la revista electrónica de becarios *Eureka*.

1 Véase José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, "Genética y derechos humanos", en Fernando Cano Valle (comp.), *Bioética y derechos humanos*, UNAM, México, 1992, colección: Serie E, núm. 52, pp. 33 y 34.

sociedad común y para los especialistas, sean estos médicos, biólogos, científicos, filósofos o juristas.

La sociedad, ante estos acontecimientos, asume dos actitudes: la primera consiste en depositar fe y esperanza en los beneficios aportados por la ciencia; la otra implica, por el contrario, temor y desconfianza ante lo desconocido, más aún si existe la posibilidad de emplear la técnica y la ciencia en perjuicio de la sociedad.[2]

Las grandes preguntas planteadas por la sociedad frente a las aplicaciones técnicas son, entre otras: ¿hasta dónde puede y debe controlarse el avance de la ciencia?, ¿qué control se puede y debe tener sobre los científicos?, ¿quién tiene el control del conocimiento y sus aplicaciones?, ¿qué criterios se deben de seguir para permitir el desarrollo de la ciencia? Y sobre todo: ¿quién impone esos criterios? Sería pretencioso de nuestra parte intentar dar respuesta a todas estas preguntas; sin embargo, son fundamentales para un planteamiento global de la problemática actual de la ciencia y su incidencia en la sociedad, con la correlativa intervención del derecho en los ámbitos del quehacer científico.

El problema se torna más complejo cuando ciertas conductas socialmente aceptadas se confunden con el quehacer científico. Nos referimos al complejo problema de la discriminación. Estábamos acostumbrados a relacionarla con cuestiones relativas a la pertenencia étnica, el sexo, la edad, algunas formas de discapacidad, preferencias sexuales, opiniones políticas, creencias religiosas, etcétera.[3]

2 En un sentido más profundo, preocupa si la velocidad con la cual se desarrollan las nuevas aplicaciones del conocimiento y la permanente posibilidad de nuevos desarrollos tecnológicos nos permite realmente dominar ese conocimiento, o si, por el contrario, cada día el conocimiento nos esclaviza y nos conduce hacia senderos desconocidos. Para ahondar más en el tema se recomienda la lectura de Víctor Martínez Bullé Goyri, "Bioética y derecho", en Sergio García Ramírez, (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación,* México, UNAM-FCE, 1997, p. 294.

3 Nuria González Martín, "Igualdad y discriminación genética", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Temas selectos de salud y derecho,* UNAM, México, 2002, p. 141.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 49

Una vez que descifremos más exhaustivamente nuestras estructuras genéticas, ¿llegará a extenderse la discriminación que actualmente, y por desgracia de modo frecuente, divide a las personas con base en sus diferencias? La intolerancia de nuestras sociedades nos ha obligado a acuñar los términos sexismo, racismo, clasicismo, chauvinismo. ¿Aparecerá también en nuestros diccionarios del siglo XXI el término *genoísmo*?

Libertad de investigación

El derecho es el elemento clave de la sociedad, a la cual cimienta y corona, y "contribuye a estructurarla y mantenerla en funcionamiento. Su eficacia exige la combinación de la coherencia formal y de la elasticidad y adaptabilidad con respecto a las contradicciones, conflictos y cambios, que permitan reinterpretar las formas o elaborar otras nuevas, llenar vacíos, superar o compensar distorsiones".[4]

En toda sociedad existe siempre una tensión entre la conducta moralmente exigida (sentido de obligación generalmente experimentado hacia las normas legales), la conducta exigida por la norma legal y la conducta social efectiva. En este sentido parece que la ciencia corre de manera independiente del derecho: los fenómenos de la ciencia aplicada (técnica aplicada) siempre acontecen mucho antes de que el derecho los pueda prever.

Con las nuevas ciencias, y sobre todo cuando ellas y sus aplicaciones tecnológicas plantean problemas importantes para los cuales no hay precedentes, el derecho debería avanzar a grandes pasos y

4 Marcos Kaplan (coord.), "Revolución tecnológica, Estado y derecho", en *Ciencia, Estado y derecho en las primeras revoluciones industriales,* t. 1, Pemex-UNAM, México, 1993, p. 63.

proponer respuestas más o menos inmediatas; debe hacerse cargo de la elaboración, formalización y regulación de prácticas nacientes o próximas a nacer.[5]

Con el fin de velar por una convivencia pacífica entre los miembros de una comunidad, el derecho se ha erigido como protector máximo de los valores considerados más importantes para cada sociedad. "Ahora, con el trastocamiento que, sin duda, sufren algunos valores como consecuencia de los recientes avances científicos, el derecho tiene la obligación de pronunciarse al respecto".[6] Por todo ello, no se trata solamente de un debate ético sobre valores, sino sobre los intereses jurídicos implicados directamente en tales cuestiones.

Hasta bien entrado el siglo XX se mantuvo en pie, sin fisuras, el dogma que identificaba en general todo avance científico como un beneficio para la humanidad. A cualquier descubrimiento se le asignaba el calificativo de "progreso". Por ello se le consideraba en todo caso algo positivo para la sociedad, resultando difícilmente justificable cualquier mecanismo de control externo a la actividad científica.[7]

Desde épocas pretéritas las sociedades humanas pasaron por diversas revoluciones, las cuales fueron configurando el progreso humano (por ejemplo: la revolución agrícola, la revolución indus-

5 Véase Jorge Adame Goddard, "Ética, legislación y derecho", en Sergio García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación,* UNAM–FCE, México, 1997, p. 10.

6 Ana María Marcos de Cano, "Consideraciones generales sobre la enseñanza de la bioética en las facultades de derecho", *Cuadernos de bioética,* vol. X, núm. 37, enero-marzo, Santiago de Compostela, 1999, p. 54.

7 Véase Bertrand Russell, *La perspectiva científica,* cuarta edición, traducción de Sans Huelin, Ariel, Barcelona, 1974, 214 pp. Se recomienda en especial el capítulo XVII, relativo a la ciencia y los valores.

trial, etcétera); hoy día estamos viviendo dos revoluciones, las cuales cambiarán y condicionarán a la sociedad: la de la *informática y las comunicaciones,* y la del *ácido desoxirribonucléico* (ADN). La sociedad deberá incorporar en su discurso la importancia de ambas para su propio desarrollo. En lo que se refiere a la genética, muchos científicos la perciben como una ciencia omnipotente y consideran al ADN como una nueva piedra filosofal.[8]

El desarrollo de procedimientos científicos debe ser compatible con la adopción de precauciones y medidas de seguridad impuestas al desarrollo de la ciencia. En este sentido, el legislador debe estar comprometido, por un lado, con la garantía constitucional de la protección jurídica de la libertad de investigación, adecuando en algunos casos los instrumentos jurídicos tradicionales, y en otros, creando nuevas figuras jurídicas. Por otro lado, debe reconocer y proteger cierto conjunto de intereses, los cuales pueden contraponerse al complejo desarrollo de la ciencia.[9]

Suele aceptarse que el derecho a la producción e investigación científica es de interés público. Actualmente, en las sociedades democráticas la libertad de investigación no solamente es un derecho, sino un deber, al cual es preciso que atienda cada Estado; no obstante, en algunas ocasiones la libertad de investigación científica se contrapone a otros valores, individuales o colectivos, también reconocidos a nivel constitucional.[10]

8 Véase J. McConell, "Proyecto Genoma Humano y opinión pública", en *Proyecto Genoma Humano: ética,* Fundación BBV, Bilbao, 1991, p. 41.

9 Véase Carlos María Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano,* Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002.

10 Carlos María Romeo Casabona, *Del gen al derecho,* Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 330 y ss.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 52

Históricamente no ha sido pacifica la transición del ejercicio de la libertad de investigación a su reconocimiento como derecho fundamental. Las posiciones al respecto son básicamente tres: a) desde la primera perspectiva, la obtención de conocimiento científico no debe estar sujeta a limitación alguna, ya que el conocimiento en cuanto tal no es perjudicial, aunque pueda llegar a serlo su utilización posterior; b) la segunda posición sostiene que toda investigación dirigida directamente a la adquisición de determinados conocimientos, para valerse de ellos con posterioridad, en perjuicio de individuos o de la sociedad, puede ser rechazable éticamente, y por ello estaría entonces justificada su prohibición desde el principio; c) finalmente, la tercera actitud sostiene que la adquisición de conocimiento en cuanto tal no debe sufrir ningún tipo de limitaciones, pero sí puede ser legítima la restricción o prohibición de determinados procedimientos o métodos de obtención del conocimiento científico en la medida en que involucren a las personas u otras entidades biológicas humanas. En el tercer enfoque se entiende que cada persona es un valor en sí misma, el cual debe ser respetado sin consideración a los beneficios obtenidos para terceros o para la colectividad en su conjunto.[11]

Llegados a este punto, los expertos hacen un llamado en favor de un debate público. Éste ya ha comenzado en las universidades y en los pasillos de los laboratorios, donde científicos, académicos, juristas y legisladores han dado los primeros pasos.

Control de la ciencia

Dentro del discurso de la regulación de la ciencia convendría distinguir entre los planos exhortativo y prohibitivo. Si queremos

11 Véase Carlos María Romeo Casabona, *ibid.*, pp. 23 y ss.

lograr el progreso ético de nuestra sociedad democrática hemos de tener claro que las prohibiciones no son las herramientas adecuadas. Nuestra comunidad, basada en el pluralismo de ideas y de valores, no puede aspirar a que todos los ideales del *bien* queden siempre respaldados por sistemas legales. La ley puede ser la expresión de un mínimo común denominador ético que garantice la paz social y los derechos individuales.

El objetivo de la ética, y por tanto del derecho, va más allá, proponiendo e invitando a la reflexión personal y colectiva en una búsqueda de lo mejor para la mayoría. Queda por delante la tarea más fascinante y enriquecedora: formar el sentido de la responsabilidad, ejercer una crítica adulta y fundamentada de los valores sociales dominantes, encauzar la ciencia hacia valores auténticamente humanistas y lograr normativas eficaces y justas. La ciencia no sólo tiene un poder *de facto*, también posee un poder simbólico.

Una ética de la responsabilidad científica, con aspiraciones fundadas en valores como el respeto a la dignidad de la persona y la preocupación por la sociedad, necesariamente deberá aceptar la intervención del derecho, no para restringir el actuar científico, sino para marcar las pautas de los valores reconocidos y legitimados por la sociedad, y para erigirse como un muro de contención ante los posibles excesos de grupos económicos y políticos, los cuales bien podrían abusar de la buena fe de la ciencia y extrapolarla a una nefasta aplicación técnica. Sólo así tendremos una ciencia capaz de respetar las exigencias de la conciencia social y una sociedad a la altura del conocimiento científico.

En resumen: aunque se reconoce la legitimidad de la investigación científica, declarándola como una libertad de los ciudadanos, y se propugna además por que sea eficazmente impulsada por los poderes públicos, sin que quede por ello excluida la iniciativa pri-

vada, esta libertad –como cualquier otra libertad pública o derecho fundamental– tiene sus límites.

El derecho, si quiere desarrollar cabalmente su misión, debe proporcionarse y ajustarse a todo lo requerido por los individuos de nuestras sociedades actuales, sean éstos científicos o no; debe reconocer las respuestas construidas por la ciencia y regularlas de manera general dentro de lo éticamente permisible. Para ello le es preciso aprovechar las aportaciones de la autocomprensión del hombre y reservar su lugar con el fin de facilitarla, lo cual la ciencia no está en condiciones de otorgar.

El Proyecto Genoma Humano

Los avances de la ciencia genética ocurridos en los últimos 20 años la han colocado en una constante evolución; ha pasado de ser una ciencia pura, ocupada del estudio de la herencia y la variación de los seres vivos, a ser una ciencia encargada del estudio del material hereditario bajo cualquier nivel o dimensión; esto es, no sólo interesa a la ciencia genética la herencia y variación del genoma desde el punto de vista científico, ahora también interesan las múltiples interacciones que tiene con el ambiente en el cual se desenvuelve. El punto más controvertido es la investigación relativa al genoma humano.

La genética ha revolucionado los conocimientos de la medicina. Ahora se tiene claro que la herencia genética juega un papel importante en el proceso de salud-enfermedad. El uso potencial de esta serie de conocimientos plantea cambios económicos, sociales y culturales; consecuentemente, concurren en la ética y en la legislación.

Lo preocupante para los profesionales de las ciencias humanísticas reside en establecer una normativa clara ante el avance arro-

llador de la ciencia:[12] ¿hasta dónde se debe permanecer con un vacío legal en temas tan importantes, los cuáles modificarán nuestra concepción de las instituciones y normativas vigentes?

La regulación de la ciencia genómica plantea desafíos importantes, tendentes a la necesidad protectora en contra de abusos. Frente a este escenario, el problema de los gobiernos estatales y locales en México reside en definir cómo regular esta ciencia, sin impedir el derecho de nuestra nación a acceder a los avances de la misma.

Finalidades del Proyecto Genoma Humano

El Proyecto Genoma Humano (PGH), enunciado en sus términos más sencillos, significa la secuenciación de todas las bases que componen el genoma humano.[13] Es decir, utilizando un lenguaje analógico, equivaldría a poder escribir lo que es la esencia genética de un ser humano con cuatro dígitos: las cuatro bases nitrogenadas (adenina, guanina, timina y citosina) del ADN.[14]

Esta ciencia ha de proporcionar respuestas adecuadas a las siguientes preguntas: ¿qué son los genes?, ¿cómo se organizan y transmiten?, ¿cómo y cuándo se expresan?, ¿cómo cambian?, y ¿cuál es su destino en el espacio y en el tiempo? Según especialistas como Gerardo Jiménez se pueden distinguir desde el punto de vista científico dos fases en la genética: una en la que solamente se buscaba el conoci-

12 Mónica Bolis, "Marco jurídico del genoma humano en las instituciones nacionales de salud", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, UNAM, México, 2002. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, p. 17.

13 Véase Rubén Lisker, "Proyecto internacional del genoma humano: estado actual y perspectivas", en Ingrid Brena Sesma (coord.), *Salud y derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2005. Serie Doctrina Jurídica, núm. 200, p. 79.

14 Véase Francisco Bolívar Zapata, "Biología y clonación", en Fernando Cano Valle (coord.), *Clonación humana*, UNAM, México, 2003. Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, pp. 14 y ss.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 56

miento de las secuencias de los genomas –*genómica estructural*–, y otra posterior en la que se busca descubrir cuál es la función de las secuencias previamente conocidas –*genómica funcional*.[15]

Como podemos observar, los objetivos planeados hace años ya han sido superados: el desarrollo total del PGH, el cual parecía una utopía difícilmente alcanzable, es una realidad. Su puesta en marcha va a tener importantes consecuencias para la medicina genética (genética clínica) y en concreto para el asesoramiento genético. Se producirán innovaciones drásticas en diagnóstico, introduciéndo nuevos conceptos como el de la información genética, sobre riesgos de algunas enfermedades (probabilidad), y la forma de evitar otras (certeza), así como sobre la severidad cambiante de estas condiciones y la multiplicidad de factores que influyen en su expresión. Todo ello en definitiva alterará los términos en los cuales se desenvuelve la relación médico-paciente.

Entre los resultados que se esperan de este proyecto, destacan:[16] a) determinar anomalías genéticas responsables de enfermedades hereditarias, lo que permitirá en un futuro prevenirlas y curarlas atacando su raíz, entre ellas el cáncer, la diabetes y el sida; b) realizar investigaciones acerca de los genes implicados en el envejecimiento humano para conseguir así mayor longevidad; c) despejar la angustia de una familia en la que haya enfermedades hereditarias graves y de las cuales desconocen si pueden ser transmitidas a sus descendientes; d) recopilar información acerca de nuestro origen, el de

15 Gerardo Jiménez, *La medicina genómica: una nueva era en la práctica médica,* ponencia presentada en la mesa: "Medicina Genómica", el 26 de junio de 2003 en el marco de las Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: Bioética y Biotecnología. Se consultó la versión en formato DVD.

16 Elio Sgreccia, *Manual de bioética,* trad. de V. M. Fernández, del original en italiano *Manuale di Bioetica*, vol. I., *Fondamenti de ética biomédica*, Universidad Anáhuac-Editorial Diana, México, 1999, pp. 222-224.

nuestros antepasados y el de otras civilizaciones a través del análisis del ADN; y e) conocer la huella genética de un delincuente a través de un cabello, una muestra de saliva o una gota de sangre.

El mayor impacto de la ciencia de la genética será en materia de salud. La medicina del futuro ya no atenderá a los rasgos fenotípicos de las enfermedades, es decir, a la sintomatología que presenta cada individuo al momento de enfermarse, sino más bien a las características genéticas de cada sujeto. En este orden de ideas, ya se pueden catalogar las enfermedades que tienen un origen predominantemente genético (*enfermedades dominantes*), en las que existe la presencia de una mutación en la copia de un gen, y de las cuales se conocen aproximadamente 300 clases; por ejemplo, el enanismo acondroplásico, la corea de Hungtington y la neurofibromatosis de Von Recklinghausen.[17] También podrán ser atacadas con las nuevas herramientas las enfermedades *recesivas*, que se caracterizan porque en ellas las dos copias de genes están alteradas; de éstas se conocen aproximadamente 1,500, entre ellas el albinismo, varias anemias hereditarias y la enfermedad fibroquística del páncreas.

Existe un segundo grupo de enfermedades, producto de varias mutaciones o variaciones en múltiples genes (*enfermedades multigénicas*), que confieren al organismo una susceptibilidad especial la cual, en interacción con factores medioambientales, puede producir un defecto o una enfermedad. Se trata de algunos casos de diabetes, diversos tipos de cáncer, la hipertensión arterial, la arteriosclerosis coronaria y ciertas enfermedades mentales. Será sólo a partir de interacciones desfavorables –como una dieta inadecuada, estrés,

17 Víctor Penchaszadeh, "Genética y derechos humanos", en *Memoria del Seminario en Salud y Derechos Humanos,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1991, pp. 79 y 80.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 58

pobreza, marginalidad, exposición a sustancias cancerígenas– en conjunción con los genes que se manifestará la enfermedad a la cual es susceptible la persona.[18]

Finalmente, un tercer grupo de anomalías genéticas está determinado por la cantidad de cromosomas. El ejemplo más conocido es la trisomía 21 o síndrome de Down. En estos casos existe una alteración en el número de cromosomas presentes.[19]

En resumen, las enfermedades genéticas afectan múltiples sistemas del organismo, son crónicas, determinan discapacidades importantes y requieren de atención médica multidisciplinaria, compleja y prolongada.

El bien jurídico a proteger ante el Proyecto Genoma Humano

Los adelantos y descubrimientos aportados por las investigaciones genéticas nos obligan a formular la siguiente pregunta: ¿qué se debe proteger en el sistema jurídico mexicano, en el entendido de que la razón última del derecho es la persona y de que precisamente esa persona es también objeto del estudio científico?

La definición de persona admite diferentes apreciaciones como centro de reflexión social, antropológica, filosófica y jurídica; por ello, la noción es tan interesante para los especialistas de las ciencias humanísticas al plantear una normativa en la investigación genética. Cabe señalar, sin embargo, que se trata de un término equívoco, pues tiene múltiples acepciones.

Para la filosofía antropocéntrica, fundamentada principalmente en el pensamiento escolástico, "persona" es la esencia de lo huma-

18 Carlos J. Valerio-Monge, *Investigación y consulta genética en Costa Rica. Reto para la bioética,* www.uaca.ac.cr/acta/1997may/carlos01.htm, consultado el 31 de agosto de 2004.

19 *Idem.*

no, aquello que tiende a la propia naturaleza del hombre; en cambio, para el derecho la respuesta se resuelve de la siguiente manera: persona es un centro de imputación de derechos y obligaciones, y quienes sean consideradas personas gozarán de la protección de sus derechos por parte del sistema jurídico.

En la problemática planteada por las investigaciones genéticas no nos interesa el concepto de persona moral, por la imposibilidad de atentar en contra de esta institución con dichas investigaciones,[20] pero tratándose de la persona física nos enfrentamos a múltiples planteamientos. El primero de ellos consiste en definir cuándo nos encontramos frente a la realidad jurídica denominada persona. Para gran parte de la filosofía de corte iusnaturalista, la persona es tal desde el momento de la fusión de los gametos; por tanto, se le debe un reconocimiento como una entidad jurídica independiente (centro de imputaciones de derechos y obligaciones) en el instante de ser concebida. Sin embargo, tal instante no existe, puesto que el proceso de fecundación es un acto que no está definido en el tiempo; por esta razón, y partiendo de la idea de que el derecho tiene que construir abstracciones, el reconocimiento jurídico se efectúa hasta que se completa el proceso de gestación y se obtiene autonomía biológica. Ambos requisitos se logran con el desprendimiento del vientre materno; no obstante, el derecho reconoce cierto nivel de protección para el *nasciturus*, mediante la creación de determinados tipos penales (por ejemplo, el aborto).

Por otra parte, hay que tener también en cuenta que los conocimientos a los cuales podemos llegar con este proyecto pueden

20 Véase Marcia Muñoz de Alba Medrano, "Aspectos sobre la regulación del genoma humano en México", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, UNAM, México, 2002. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, p. 197.

poner en peligro ciertos valores, considerados por la sociedad de suma importancia, entre los cuales podemos mencionar: a) violación de la privacidad genética (protección de datos sensibles); b) la aparición de actitudes discriminatorias al sobrevalorar determinadas características genéticas (por ejemplo, en la contratación de seguros y en materia laboral); y c) la selección genética de individuos, al pretender crear descendencia *a la carta* (actitudes eugenésicas).

El acceso a la información genética

Las investigaciones sobre el genoma humano pueden posibilitar la obtención de información genética precisa sobre los individuos; actualmente los médicos se encuentran en condiciones de conocer, desde el estado embrionario, una gran variedad de información, la cual jamás hubiésemos imaginado, respecto de enfermedades actuales, enfermedades genéticas de aparición tardía, predisposición a determinadas enfermedades, nivel de tolerancia y metabolismo respecto de medicamentos, etcétera.[21]

A propósito de la delimitación de la expresión "información genética" para efectos jurídicos debemos distinguir entre el material genético propiamente dicho y la información genética: el primero siempre nos acompaña, desde los primeros estadíos de la vida hasta el momento de nuestra muerte, mientras que la segunda se obtiene al realizarse una serie de técnicas o métodos que permiten la extracción de ciertos datos específicos: "Podemos concluir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en

21 Véase Salvador Darío Bergel, "Genoma humano", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, *op. cit.*, p. 76.

un soporte determinado, [que] bien puede ser un archivo manual o un banco de información específico".[22]

La información genética es peculiar e importante: deja ver por una parte la identidad del individuo y, por otra, puede revelar el estado de salud presente y en determinados casos futuro de la persona o un grupo de personas;[23] además, es una información diversa a la comúnmente manejada en los ámbitos del derecho y la medicina, ya que los datos y las huellas genéticos no sólo revelan la identidad de una persona, sino también la de su progenie. Por todo esto es preciso protegerla y delimitar con precisión una definición jurídica de ella, así como un campo normativo cuya finalidad sea regular los criterios de su obtención, manejo, almacenamiento y privacidad.

Casos límite del uso de la información genética

Las aseguradoras reconocen como un tema prioritario el análisis genético de sus futuros clientes, el cual les puede dejar ganancias abundantes, para concertar los llamados seguros de personas –esto es, los de vida, enfermedades y accidentes–[24] y establecer, de acuerdo con los resultados de aquél, condiciones más o menos rigurosas para su contratación (por ejemplo, en la fijación de las primas aplicables al cliente) e, incluso, rechazar la celebra-

22 Marcia Muñoz de Alba Medrano, "La información genética, espejo de uno mismo", en Bullé Goyri, Víctor M. Martínez, *Diagnóstico genético y derechos humanos*, UNAM, México, 1998, col. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, p. 182.

23 Véase Alberto Arellano Méndez, "La regulación jurídica de la información genética", *Derecho comparado de la información*, núm. 6, julio-diciembre, UNAM-Fundación Konrad Adenauer, México, 2005, pp. 37 y ss.

24 Aitziber Emaldi-Cirión, "Legislación sobre el genoma humano en España", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*, UNAM, México, 2002, p. 144. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86.

ción del contrato. "La prevención de perjuicios para ambas partes requerirá probablemente de una revisión de la legislación correspondiente, con el fin de conciliar los diferentes intereses y asegurar el equilibrio necesario, y evitar al mismo tiempo discriminaciones".[25]

Otro ejemplo claro del uso de la información genética lo encontramos fehacientemente en el ámbito del derecho laboral; la trascendencia del genoma humano en el trabajo se dirige de manera principal a la estabilidad y a la seguridad social. La discriminación genética puede afectar a la primera a través de tres caminos: a) la no contratación de un trabajador; b) su exclusión de programas de capacitación y adiestramiento y, en consecuencia, de las promociones; y c) el despido. Cualquiera de estas circunstancias trasciende a los derechos de los trabajadores (incluida la seguridad social) y repercute en la injusticia social.[26]

Especialmente en materia de trabajo debe quedar claro que no puede transformarse al empleado en paciente para satisfacer los intereses del empleador. "En lo que respecta al ámbito laboral estarían permitidos los análisis: a) si sirven al trabajador para tomar él mismo decisiones respecto de su salud laboral; y b) si sirven para que los empleadores o las autoridades competentes adopten medidas de mejora, preventivas y de higiene en la actividad productiva y en el ambiente laboral".[27]

25 Carlos María Romeo Casabona, *op. cit.*, nota 10, p. 117.

26 Véase Patricia Kurczyn Villalobos, "El trabajador frente al genoma humano", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico,* UNAM, México, 2002, pp. 176 y 177. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86.

27 Aitziber Emaldi-Cirión, *op. cit.*, nota 24, p. 144.

El genoma humano y la tercera generación de derechos humanos

Hasta hace pocos años parecía que la genética y los derechos fundamentales no tenían puntos de contacto: la primera, ciencia de la herencia, se limitaba a comprender los mecanismos de transmisión del patrimonio hereditario; los segundos, en cambio, han constituido el conjunto de los derechos fundamentales del individuo que vive en sociedad. ¿Cuándo y cómo se produjo el encuentro? Acaeció cuando la genética dejó de ser una ciencia especulativa para convertirse en una ciencia aplicada, capaz de proveer los medios para intervenir en ese patrimonio hereditario, corregirlo o modificarlo.[28]

Hoy se afirma que "tratar las relaciones entre el genoma humano y los derechos fundamentales es abordar la conjunción, las oposiciones existentes o potenciales entre dos pilares fundamentales sobre los cuales reposan las sociedades occidentales, a saber, la ciencia como motor del desarrollo, justificada por la idea del progreso, y los derechos del hombre como sistema de valor determinante del orden político y social."[29] En suma, todo cuanto se afirma en ámbitos limitados (civil, penal, laboral, de los seguros, etcétera) encuentra apoyo en los derechos fundamentales. La bibliografía sobre el particular es numerosa, habiéndose dedicado libros completos a la temática.[30]

28 Jean Morange, "Génétique et droits de L´homme", en *Études offertes à Jean Marie Auby*, Dalloz, París, 1992, p. 785.

29 Mathieu Bertrand, *Génome humain et droits fondamentaux,* Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 2000, p. 9.

30 Véanse Javier Blázquez Ruiz, *Derechos humanos y Proyecto Genoma,* Comares, Granada,1999; Miguel Osset Hernández, *Ingeniería genética y derechos humanos,* Icaria, Barcelona, 2000; Mathieu Bertrand, *op. cit.*; Adriano Bompiani, *et al, Bioética e Diritti dell'uomo nella prespettiva del diritto internazionale e comunitario,* Glappichelli, Turín, 2001. Las coincidencias y discrepancias existentes entre los autores son la muestra más acabada de lo difíciles que han sido siempre las relaciones entre el derecho, especialmente el que se ejerce ante los tribunales, y las ciencias biológicas (véase especialmente, Sheila Jasanoff, *La scienza davanti al giudici,* Giuffré, Milán, 2001).

Estos derechos se estructuran con base en valores fundamentales como la vida, la dignidad, la calidad de vida, la libertad, la igualdad y la solidaridad, valores que son la fuente o esencia para otorgar protección y seguridad al ser humano. Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos humanos, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos.

A este respecto, es interesante mencionar que Jaçques-Ives Cousteau, durante la década de los 70, destacó constantemente la necesidad de reflexionar sobre las generaciones futuras,[31] siendo el primero en no identificarlas únicamente con los hijos, sino distinguiéndolas más allá del círculo de los vivos. Ejemplo de lo anterior es su artículo de 1975, titulado "*A Bill of Rights for Future Generations*", el cuál concluyó en un proyecto de declaración, redactado a iniciativa suya.[32] Dicho texto constituye sin duda alguna la primera toma de conciencia mundial respecto del amenazado destino de las generaciones por venir.

En este orden de ideas, cabe destacar la noción de que los derechos fundamentales no nacen en un tiempo determinado, tal como aclara Norberto Bobbio:

> No nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al

31 Kenneth MacFarlane, *Los derechos humanos de las generaciones futuras. La contribución jurídica de Jaçques-Ives Cousteau,* ponencia presentada en la Universidad de Valparaíso, Chile, en el ciclo de conferencias sobre "Derechos Humanos en el Nuevo Milenio", 1997. p. 4.

32 Véase Karel Vasak, "La *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*", en *Revista de Derecho y Genoma Humano,* núm. 1, julio-diciembre, Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, pp. 221 y ss.

progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder.[33]

El avance científico ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios, por lo que el derecho, al no ser un "producto inmóvil, estático y perenne [sino] dinámico, fluido y cambiante",[34] se nutre de la vida humana social en cuanto es un reflejo de la cultura;[35] por lo tanto, ha ido adecuando sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona, ofreciendo "la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella",[36] tomando como sustento los principios generales de derecho.

En la misma línea de pensamiento, Pérez Luño reflexiona que: "La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos".[37] De esta manera, la prime-

33 Introducción a la obra, *El tiempo de los derechos,* traducción de Rafael de Asís, Sistema, Madrid,1991, p.18, citado por Jesús P. Rodríguez, en su artículo "El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: El derecho a la intimidad", *Derechos y libertades,* año II, mayo-diciembre de 1994, núm.3, p. 368 Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

34 Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalitá conztitucionale,* Edizioni Schentifiche Italiane, Nápoles, 1984, pp. 25 y 55.

35 Carlos Fernández Sessarego, *Derecho y persona,* Inesla, Lima, 1990, pp. 23 y 24.

36 Encarnada Roca Trías, "La incidencia de la inseminación y fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX,* Trivium, Madrid, 1988, p. 19.

37 Antonio Enrique Pérez Luño, "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, p. 206, Madrid, 1981.

ra generación de derechos humanos (civiles y políticos), la segunda (económicos, sociales y culturales) y la tercera (de solidaridad y ambientales) deben resguardar la defensa del ser humano frente a los avances biotecnológicos y la manipulación genética. El autor citado encuadra conjuntamente con el derecho a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática, como derechos representativos de la tercera generación, el derecho a morir con dignidad, el derecho al cambio de sexo, al aborto libre y gratuito y a las garantías frente a la manipulación genética.

Entre los nuevos derechos encontramos también: a) el derecho a la integridad, a efecto de proteger la unicidad y esencia genética de todo individuo, impidiendo la manipulación genética germinal; b) a conocer el propio origen biológico, facultando a toda persona, cuando sus progenitores le sean desconocidos, para poder iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo biológico; c) a la intimidad genética, fundamentada en la protección de la información más personal del hombre; d) a saber o no saber, sustentado en la facultad para conocer o desear ignorar los resultados obtenidos de una prueba genética; y e) a la no discriminación genética, sustentada en el reconocimiento de la igualdad ante la ley. "A todas estas nuevas facultades jurídicas podríamos llamarlas derechos biológicos, que son aquellos cuyo goce es reconocido a las personas en cuanto sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y su medio ambiente."[38]

Nos centraremos únicamente en el derecho de cada individuo a no ser discriminado por razón de sus características genéticas. Como es de suponer, una parte importante de los problemas concernien-

38 Liliana Matozzo de Romualdi, "La biotecnología y el derecho a la identidad", *Cuadernos de Bioética,* vol. VII, núm. 25, 1996, p.14, Santiago de Compostela.

tes a la discriminación por este motivo surgen a partir de la adquisición, interpretación, almacenamiento, transmisión y comunicación de la información genética del ser humano, pero el flagelo más despreciable es la interpretación cultural y política que puede hacerse de dicha información.

Discriminación genética

Actualmente se habla de *genoísmo*, entendiendo por tal la discriminación fundada y motivada por diferencias en las características genéticas de los individuos, la cual tiene como objeto o efecto el desconocimiento de derechos fundamentales y, como consecuencia, el menoscabo de los mismos.

Históricamente, esta discriminación ha contado con adeptos: recordemos la variante del determinismo genético formulada durante la Segunda Guerra Mundial por el equipo de médicos e investigadores nazis, quienes supuestamente determinaron la *superioridad* de la raza aria. Las políticas de discriminación, con base en las diferencias biológicas entre las personas, han sido utilizadas como argumento para reprimir y, en el peor de los casos, realizar prácticas de xenofobia y exterminio.

Diferencias como la pertenencia étnica (lo que erróneamente ha sido denominado raza),[39] el sexo, el color de piel, ojos y cabello, la estatura y otros rasgos fenotípicos, están determinadas en alto grado por la estructura genética de cada individuo. Cada avance en

39 Con el avance de la ciencia se ha llegado a la conclusión que el término "raza" obedece más a la justificación de políticas de Estado que a una verdadera diferencia entre los humanos, puesto que todos los miembros de la familia humana compartimos aproximadamente el 99.99% del patrimonio genético; por tanto, es ilógico hablar de diferencias genéticas sustanciales entre los hombres.

la investigación en este campo arroja información sobre otras características diferenciales, las cuales deben ser manejadas sutilmente; por ejemplo, la predisposición hacia las enfermedades cardíacas, el alcoholismo, las discapacidades mentales, e inclusive las preferencias sexuales.[40]

El avance de las investigaciones biológicas nos permite comprender que los genes no actúan como compartimentos estancos; por el contrario, interactúan entre sí y con los demás elementos de las células y del medio ambiente. En definitiva, el programa de desarrollo de un individuo se estructura con base en esta actuación; por tanto sería absurdo sostener ideas de discriminación fundadas en características genéticas.

El derecho a la no discriminación genética

Desafortunadamente, del determinismo genético a la discriminación genética (o cualquier otra variante de discriminación) existe un corto camino. Por ello, es necesario reafirmar en forma rotunda la condena de todo tipo de discriminación fundado en estas causas.

El primer documento de carácter internacional que expresamente estableció una prohibición en contra de cualquier práctica de discriminación genética fue la *Declaración Universal sobre el Genoma*

40 Cada vez hay más evidencias de que las personas somos heterosexuales, bisexuales u homosexuales como respuesta a una serie de factores que determinan nuestra preferencia en una etapa cercana al nacimiento. Al respecto el doctor Juan Luis Álvarez Gayou, presidente del Instituto Mexicano de Sexología AC, menciona los estudios de Allan Bell (1978) y de Karla Jay (1979), en los que se concluye que las preferencias sexuales, incluida la homosexualidad, no son resultado de ninguna situación familiar o acontecimiento traumático, sino que más bien se adquieren en la etapa prenatal; Lourdes Díaz, "En gustos se rompen géneros", *Iguales pero diferentes. Gaceta informativa del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación,* núm. 3, julio-septiembre, p. 20.

Humano y Derechos Humanos de la Unesco,[41] la cual establece en su artículo 6 que nadie podrá ser objeto de discriminación fundada en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sea atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

En el preámbulo se reconoce la protección a la diversidad genética de la humanidad, dejando claro que no debe existir ninguna interpretación de orden social o político la cual pudiese cuestionar la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana ni tampoco sus derechos iguales e inalienables, lo cual excluye cualquier tipo de discriminación.

Más allá de las convenciones internacionales o de las legislaciones nacionales tendentes a condenar cualquier tipo de discriminación entre los seres humanos, se debe resaltar la creación de legislaciones específicas sobre el tema.

En vista de lo esbozado en este ensayo, parece inevitable que con el Proyecto Genoma Humano y la nueva ciencia genética podría abrirse una nueva puerta hacia la discriminación. A lo largo de la historia ha sido fácil, para ciertos grupos dominantes dentro de una sociedad, encontrar una justificación para menospreciar a grupos minoritarios y, en consecuencia, vulnerables. Si la vida cotidiana nos demuestra que la discriminación es un fenómeno cultural, el cual todos practicamos en menor o mayor medida, y que el reconocimiento y respeto de las diferencias entre los individuos no es la regla social predominante, resulta esencial que la opinión pública no se haga eco de determinismos de naturaleza alguna; es peligroso

41 La *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos*, aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General en su 29ª reunión, por unanimidad y por aclamación, constituye el primer instrumento universal que incide en el campo de la biología.

creer en simplificaciones sobre la base genética de nuestras capacidades y sobre las diferencias entre grupos y etnias. ¿Acaso se puede justificar la superioridad de una raza sobre otra, cuándo los seres humanos compartimos 99.99% de la información genética?

¿Determinismo genético o determinismo cultural?

Existe el riesgo, incluso en sociedades altamente democráticas, de que políticas deterministas, distorsionadas con ideas eugenésicas, impregnen las mentes con concepciones estrechas de la naturaleza humana, según las cuales el único o al menos el mejor modo de realizar un cambio social positivo sería implantar prácticas eugenésicas y de higiene biológica, estableciendo una especie de control de calidad genética de las personas[42] y olvidando que nuestra especie tiene el mayor potencial de modificar su entorno, incluyendo esencialmente el cambio de estructuras sociales que apoyen las ideas de justicia y de solidaridad. La sociedad actual tiene la obligación de considerar el devenir de las nuevas generaciones y su mayor responsabilidad para con ellas es evitar el establecimiento de "*progroms* genéticos".[43] Ante este escenario, no son exagerados los temores que la sociedad tiene, reales o infundados, por las posibles transgresiones de las cuales cree que puede ser objeto; parece inevitable tener desconfianza hacia el avance de la ciencia, pero en realidad el problema reside en el manejo y aplicación de las técnicas.

42 Se puede señalar como hechos concretos y reales de agresión a la vida, la persona y la dignidad, la investigación en humanos realizada por los nazis en sus campos de concentración y exterminio, las políticas de limpieza étnica en la ex Yugoslavia, las políticas eugenésicas de varias dictaduras, y las guerras civiles con base en la diferencia de castas, como la de Ruanda.

43 Masacre o persecución organizada por grupos dominantes. El término *progrom* es empleado generalmente para hacer referencia al programa dirigido en contra de los judíos en la Alemania nazi.

La investigación genética no debe ser impugnada porque de ella se pudiesen derivar, hipotéticamente, conclusiones que no sean de nuestro gusto. Recordemos que la discriminación no radica en las diferencias biológicas (éstas evidentemente existen y son necesarias, debido al *pool* genético). Se debe combatir toda investigación tendente a utilizar tales diferencias con el fin de establecer categorías con distinto valor social que sirvan para jerarquizar y discriminar a las personas, grupos étnicos y sociales.[44]

Es preciso reconocer, con cierto desasosiego, que la discriminación de personas y grupos sociales existe en nuestras sociedades sin necesidad de echar mano de los genes. No es necesaria la existencia de genes que pudieran determinar las diferencias intelectuales entre los seres humanos; la mera suposición de que pueda haberlos puede ser utilizada para la discriminación de los portadores de secuencias genéticas pretendidamente responsables de la inferioridad. Podemos citar como ejemplo de discriminación las famosas pruebas de inteligencia, las cuales, como sabemos, no sirven para medir la inteligencia innata de las personas, sino para ser un fiel reflejo de la discriminación de pobres, grupos étnicos y otros colectivos. Es el contenido y contexto de una sociedad injusta, discriminatoria, sexista, elitista, clasista y racista, lo que puede propiciar que la diversidad genética llegue a convertirse en injusticia social.

Deformación cultural de la ciencia y de las relaciones sociales

Numerosas películas y programas televisivos han comenzado a abordar temas tan complejos como las diferencias genéticas entre los seres

44 Fernando Calvo Francés, *Consideraciones especulativas en torno a la manipulación genética en seres humanos para objetivos no estrictamente terapéuticos conocidos,* ponencia presentada en las Jornadas de la Comisión Deontológica del COP, Valencia, 3 de marzo de 2001, publicada en *Hojas informativas de los psicólogos de Las Palmas*, año IV, núm. 36, abril de 2001.

humanos, *Gattaca*, *Resident Evil* o *The X-Men* nos muestran un panorama, desde el punto de vista de los productores de *Hollywood*, en donde el ser humano se convierte en el amo de su propio destino, por medio de la modificación de las características genéticas de los individuos, pero a la vez se convierte en el esclavo de su propio determinismo; quizás esta visión podría pecar de mal gusto, de excéntrica y poco realista: al científico se le refleja como un ser aterrador que desconoce el entorno del cual es parte sustancial. En nuestra realidad cotidiana, para nadie es extraño que los seres humanos discriminamos en todos los actos de nuestra vida,[45] y elegimos de acuerdo con nuestras propias percepciones culturales, esquemas de valores, preferencias, gustos e inclinaciones. La pregunta a plantear es: cuando el ser humano encuentre la posibilidad de modificar a su entero gusto el patrimonio genético de otro ser humano, ¿con base en qué cultura, valor, preferencia, gusto e inclinación lo hará? Dicho en otras palabras: supongamos como mero ejemplo hipotético que una pareja puede optar por practicar una prueba genética a un producto,[46] a efecto de predecir malformaciones o enfermedades de muy diversa naturaleza. Ahora bien, si dichos *tests* pueden determinar no sólo las condiciones actuales de salud de un ser humano, sino posibles determinaciones futuras, ¿con base en qué criterios se van a realizar las elecciones?

45 Me refiero al sentido gramatical de la palabra, según el cual "discriminar" es distinguir entre dos o más opciones. En todos los actos de nuestra vida elegimos después de haber discriminado entre varias posibilidades.

46 En la actualidad esta posibilidad ha dejado de ser ciencia ficción y ya es una realidad cotidiana en muchas clínicas europeas y estadounidenses.

La esencia de la persona no se encuentra en la información genética

Sabemos que la información genética se almacena en los ácidos nucléicos y se ejecuta en forma de proteínas; conocemos la forma en la cual algunos de los genes se regulan y se expresan; la ciencia parece haber llegado a un estadio en dónde todos los hombres somos de cristal, lo que en cierta medida nos convierte en víctimas de nuestros propios conocimientos y de una visión reduccionista de las cosas. Muchos científicos piensan que conociendo los genes tendremos un conocimiento absoluto del hombre.

Algunas personas pretenden saber cuáles son los elementos que nos hacen humanos; o bien, tratan de encontrar respuestas a preguntas con una carga filosófica menor acerca de las diferencias entre las personas por características tales como la inteligencia, las inclinaciones sexuales, el comportamiento violento u otras por el estilo. La mayoría de estos postulados no pasan de ser un intento de apuntalar viejas concepciones del determinismo biológico con el ropaje nuevo de la tecnología del ADN.

Por regla general, los seres humanos actuamos con libertad, somos libres de elegir nuestra educación, empleo, estado civil, ubicación geográfica, etcétera. Sin embargo, en cierta medida somos prisioneros de nuestros genes. Por el momento nadie puede elegir su dotación genética, pero quedarnos con esta visión tan limitada del ser humano sería tanto como regresar a viejas formas de discriminación, dado que somos un intrincado conjunto de factores tales como experiencias, personalidad, normas y creencias… En una palabra: no todo esta inscrito en nuestros genes.

Reflexiones finales
a manera de conclusión

No existe duda alguna sobre lo maravilloso que resulta el conocimiento porque, como dijo Francis Bacon hace cuatro siglos, "saber es poder", pero si nos quedamos con una visión reduccionista y simplificadora sobre la prodigiosa ciencia de la genética no podremos desplegar todo el potencial individual que caracteriza a nuestra especie. Poseer un código genético con predisposiciones hacia la depresión o el cáncer no significa necesariamente que padeceremos estas crueles enfermedades; el ambiente y las condiciones de vida, incluso los aspectos psicológicos y familiares pueden influir en su desarrollo.

La repercusión social de las investigaciones en desarrollo sobre el genoma humano es enorme: por un lado, se manifiesta el gran potencial de establecer nuevos métodos de tratamiento para enfermedades hasta el día de hoy devastadoras; por otro, existe una delgada línea entre lo lícito y lo jurídica y socialmente inaceptable. La actitud de la sociedad y de los especialistas es ambivalente, se refleja en el desconcierto y en la fascinación que surge ante cada nuevo avance y se reitera ante las demandas de regular tal o cual aspecto científico.

Estamos muy lejos aún de lograr una legislación acorde con la relevancia y el tipo de problemática planteada por estos avances en el campo de la ciencia, pero no sería prudente arrojarnos sin más a una desordenada e irreflexiva carrera por generar normas. Dichos temas merecen, en razón de su complejidad y de su importancia para todos los seres humanos, una reflexión profunda; por ello, es preciso reiterar que la debida información a la sociedad, seguida de un debate abierto y participativo, constituye un paso previo a la elaboración normativa. Sólo cuando este paso haya madurado podremos dar el siguiente.

En muchos casos la toma de conciencia sobre los peligros latentes, traducida en la consiguiente asunción de responsabilidades, podrá evitar el dictado de normas o las simplificará. Existen algunos temas que exigen respuestas impostergables, tales como los relativos a la clonación con fines reproductivos, las formas de manipulación genética que atenten contra la dignidad de la persona, la protección del ciudadano ante el manejo de su información genética, la discriminación con fundamento en diferencias genéticas, etcétera. Otros temas podrán esperar una mayor elaboración internacional y nacional.

El Proyecto Genoma Humano representa en cierto modo la modificación de la sociedad occidental tal como la conocemos; esperemos que la nueva sociedad sea mejor. Gracias a la ciencia, disponemos de todas las herramientas necesarias para conseguirlo.

Con una postura visionaria, adelantémonos a nuestro tiempo y aprendamos a no ser reduccionistas; sólo así podremos superar algunos de los problemas en los cuales nos podríamos ver inmersos a causa del Proyecto Genoma Humano. La discriminación en sus múltiples manifestaciones es compleja y problemática. Sería irresponsable con las generaciones futuras heredarles nuevas y más complicadas formas de discriminación. Es tarea ineludible de nuestra sociedad aprender a no discriminar a nadie por sus genes, así como reconocer que éstos no lo son todo en la vida y que tenemos posibilidades de vivir felizmente, a pesar de que nos hayan detectado un gen que nos confiera propensión a la calvicie o a la miopía.

Bibliografía

Adame Goddard, Jorge

1997 "Ética, legislación y derecho", en Sergio García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación,* Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México.

Arellano Méndez, Alberto

2005 "La regulación jurídica de la información genética", *Derecho comparado a la información,* núm. 6, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauen, México.

Beobel, Salvador Dario

2002 "Genoma humano", en María Muñoz de Alba (coord.), *Reflexiones sobre el derecho genómico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Bertrand, Mathieu

2000 *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París.

Blázquez Ruiz, Javier

1999 *Derechos humanos y Proyecto Genoma,* Comares, Granada.

Bolis, Mónica

2002 "Marco jurídico del genoma humano en las instituciones nacionales de salud", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Bolívar Zapata, Francisco

2003 "Biología y clonación", en Fernando Cano Valle (coord.), *Clonación humana,* Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos, núm. 39, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 77

BOMPIANI, ADRIANO, *et al*

2001 *Bioética e Diritti dell'uomo nella prespettiva del diritto internazionale e comunitario,* Glappichelli, Turín.

CALVO FRANCÉS, FERNANDO

2001 *Consideraciones especulativas en torno a la manipulación genética en seres humanos para objetivos no estrictamente terapéuticos conocidos, Hojas informativas de los psicólogos de Las Palmas*, año IV, núm. 36, Jornadas de la Comisión Deontológica del COP, Valencia.

DÍAZ, LOURDES

2005 "En gustos se rompen géneros", *Iguales pero diferentes. Gaceta Informativa del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación,* núm. 3, julio-septiembre, México.

EMALDI-CIRIÓN, AITZIBER

2002 "Legislación sobre el genoma humano en España", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS

1999 *Derecho y persona,* Inesla, Lima.

GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA

2002 "Igualdad y discriminación genética", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Temas selectos de salud y derecho,* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

JASANOFF, SHEILA

2001 *La scienza davanti al giudici,* Giuffré, Milán.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 78

JIMÉNEZ, GERARDO

2003 "La medicina genómica: una nueva era en la práctica médica", en *Medicina genómica, Segundas Jornadas sobre Globalización* y *Derechos Humanos: Bioética y Biotecnología*. Se consultó la versión en formato DVD, México.

KAPLAN, MARCOS, coordinador

1993 "Revolución tecnológica, Estado y derecho", en *Ciencia, Estado y derecho en las primeras revoluciones industriales,* t. I, Petróleos Mexicanos-Universidad Nacional Autónoma de México, México.

KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA

2002 "El trabajador frente al genoma humano", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

LISKER, RUBÉN

2005 "Proyecto internacional del genoma humano: estado actual y perspectivas", en Ingrid Brena Sesma (coord.), *Salud y derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 200, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

MACFARLANE, KENNETH

1977 "Los derechos humanos de las generaciones futuras. La contribución jurídica de Jaçques-Ives Cousteau", en *Conferen-cias sobre derechos humanos en el nuevo milenio,* Universidad de Valparaíso, Chile.

MARCOS DE CANO, ANA MARÍA

1999 "Consideraciones generales sobre la enseñanza de la bioética en las facultades de derecho", *Cuadernos de bioética*, vol. X, núm. 37, enero-marzo, Santiago de Compostela.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 79

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, VÍCTOR M.

1997 "Bioética y derecho", en Sergio García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación,* Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, México.

MATOZZO DE ROMUALDI, LILIANA

1996 "La biotecnología y el derecho a la identidad", *Cuadernos de Bioética*, vol. VII, núm. 25, Santiago de Compostela.

MCCONELL, J.

1991 "Proyecto Genoma Humano y opinión pública", en *Proyecto Genoma Humano: ética,* Fundación Banco Bilbao Vizcaya-Argentaria, Bilbao.

MORANGE, JEAN

1992 "Génétique et droits de L´homme", en *Études offertes à Jean Marie Auby*, Dalloz, París.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, MARCIA

2002 "Aspectos sobre la regulación del genoma humano en México", en Marcia Muñoz de Alba Medrano (coord.), *Reflexiones en torno al derecho genómico*. Serie Doctrina Jurídica, núm. 86, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

1998 "La información genética; espejo de uno mismo", en Víctor M. Martínez Bullé Goyri, *Diagnóstico genético y derechos humanos*. Col. Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

OSSET HERNÁNDEZ, MIGUEL

2000 *Ingeniería genética y derechos humanos,* Icaria, Barcelona.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 80

PENCHASZADEH, VÍCTOR

1991 "Genética y derechos humanos", en *Memoria del Seminario en Salud y Derechos Humanos,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE

1981 "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 10, Madrid.

PERLINGIERI, PIETRO

1984 *Il diritto civile nella legalitá conztitucionale,* Edizioni Schentifiche Italiane, Nápoles.

ROCA TRÍAS, ENCARNADA

1998 "La incidencia de la inseminación y fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX,* Trivium, Madrid.

RODRÍGUEZ, JESÚS

1994 "El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad", *Derechos y libertades*, año II, núm. 3, mayo-diciembre, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA

2002 *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano,* Cátedra Interuniversitaria, Fundación Banco Bilbao Vizcaya-Argentaria-Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada.

1996 *Del gen al derecho,* Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 81

RUSSELL, BERTRAND

1974 *La perspectiva científica,* cuarta edición, trad. de Sans Huelin, G., del título: *The Scientific Outlook,* Ariel, Barcelona.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, JOSÉ MIGUEL

1992 "Genética y derechos humanos", en Fernando Cano Valle (comp.), *Bioética y derechos humanos,* Colección: Serie E, núm. 52, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

SGRECCIA, ELIO

1999 *Manual de bioética,* trad. de V. M. Fernández del título: *Manuale di Bioetica*, vol. I, *Fondamenti de ética biomédica,* Universidad Anáhuac-Editorial Diana, México.

VALERIO-MONGE, CARLOS J.

2004 "Investigación y consulta genética en Costa Rica. Reto para la bioética", www.uaca.ac.cr/acta/1997may/carlos01.htm, consultado el 31 de agosto.

VASAK, KAREL

1994 "La declaración universal de los derechos humanos de las generaciones futuras", *Revista de derecho y genoma humano*, núm. 1, julio-diciembre, Universidad de Deusto, Bilbao.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 83

Para argumentar contra la discriminación en México
Reflexiones en torno a ciertas decisiones de nuestra Suprema Corte

por Luis Miguel Cano López y Graciela Rodríguez Manzo

Introducción

Existen personas que afirman que México ha experimentado un cambio trascendental y consideran al país una sociedad en la que prevalece el régimen democrático, regulado por un Estado de derecho similar al de los países de vanguardia. No obstante, la realidad dista de corresponder a esa valoración. De cualquier manera, una buena forma de acercar el ideal del Estado democrático y constitucional de derecho a nuestra desafortunada cotidianeidad no descansa en promover la autocomplacencia sino en denunciar con firmeza las irregularidades que en el cumplimiento del ordenamiento jurídico se atestigüen. Este es, sin duda, el caso del grave problema de la discriminación.[1]

1 Es preciso advertir que a lo largo de este trabajo se utilizarán los términos "derechos humanos" y "derechos fundamentales" como sinónimos. No nos pasa inadvertido que en el debate más actualizado sobre la materia ha cobrado un importante predominio el segundo de ellos, pero en este caso se prefiere recurrir al primero, pues sin desconocer que se trata de derechos positivos previstos nor-

El objetivo de este ensayo es introducir en el debate público sobre el fenómeno de la discriminación las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que abordan el asunto. La idea central no es explicar los supuestos de los que parten dichas resoluciones, sino derivar de sus contenidos pautas generales que permitan en el futuro encarar situaciones de discriminación, a fin de preparar una defensa eficaz de los derechos de igualdad que puedan remediarlas.

Con este enfoque se intenta rectificar la idea equivocada de que los esfuerzos académicos realizados por juristas para solucionar problemas reales que afectan al país no se comparan con el acuerdo político o con la presión social a la hora de obtener un compromiso efectivo que solvente conflictos concretos. Mientras esta mentalidad impere, ciertamente la llegada de un Estado democrático y constitucional de derecho seguirá distante.

Las enseñanzas doctrinarias que permanecen encerradas en las aulas no adquieren todo el potencial que debieran en la transformación de una sociedad en la que urge el respeto hacia una legalidad formada por los derechos humanos y las garantías individuales consagradas en el ordenamiento fundacional y ampliamente desarrolladas internacionalmente, cuya observancia es obligatoria. Al mismo tiempo, resultan insuficientes los movimientos cívicos que combaten las injusticias, pues no se canalizan en una lucha que favorezca los derechos de todos. Contrariamente, el derecho combate en los tribunales, donde la relevancia mediática debería ser un factor

malmente en las disposiciones supremas de los sistemas jurídicos, con su uso no se altera el lenguaje común en el contexto internacional, ni se corre el peligro de propiciar confusión cuando se contrasta con el de los ordenamientos, en los que los derechos fundamentales se corresponden únicamente con un número reducido de los derechos humanos.

imprescindible, al menos si se desea que los medios de comunicación formen una opinión pública crítica que posibilite una ciudadanía deliberativa y republicana.

Acordar los términos de la discusión

El compromiso que los operadores jurídicos necesitan para entablar un diálogo fructífero concerniente al tema de la discriminación debe ser, en primer lugar, convenir los significados de las palabras empleadas, para que se dé un debate que avance en la misma dirección.

En este sentido, no es raro que se hable del origen y del uso predominante del término "discriminación" en los textos internacionales,[2] pues son éstos los que informan a los ordenamientos locales; además, es importante reconocer la influencia que la realidad estadounidense ejerce en estas coordenadas,[3] porque la difusión que ha acompañado a los enfrentamientos raciales que sigue padeciendo el vecino país del norte hace de ese fenómeno un capítulo obligado de toda historia contemporánea.

México no es la excepción ante estos nuevos sucesos de recepción del derecho, lo que es sencillo comprobar si se lee el párrafo

2 En Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, Cuadernos de la igualdad, núm. 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004, se insiste en la importancia de no escatimar esfuerzos en la definición precisa de la discriminación y, particularmente, en la influencia de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en esta labor conceptual (pp. 17-19). No conviene esperar más para recomendar la revisión de textos como éste, que suponen una divulgación más allá de los lectores especializados en derecho.

3 Aunque más adelante se hará mención explícita del trabajo de M. Martín Vida, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el derecho estadounidense" (*Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 68, mayo-agosto de 2003, Madrid), conviene desde ahora remitir a su lectura para seguirle la pauta a la discriminación en esa sociedad.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 86

tercero del artículo inaugural de nuestra *Constitución,* el cual refiere a la prohibición de discriminar, que necesariamente debe completarse con la definición prevista en el artículo 4 de la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (LFPED), con los conceptos asumidos en tratados como la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* o con el respectivo instrumento internacional enfocado a la situación de las mujeres.

Es apremiante insistir en que la definición jurídica de la discriminación sólo se perfecciona al combinar las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, independientemente de que los elementos cardinales de interpretación puedan hallarse en variadas fuentes internacionales. Así, podrá calificarse como tal:

> […] toda distinción, exclusión o restricción que, motivada o basada en el origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana, tenga por objeto o produzca como efecto, impedir, anular o menoscabar el reconocimiento o el ejercicio de los derechos, las libertades o la igualdad real de oportunidades de las personas.[4]

Obviamente, la finalidad de esta definición no es una pretendida originalidad en la propuesta, sino un efecto práctico: evitar cualquier restricción al momento de defender el derecho a no ser discriminado.[5]

En efecto, entre mayor amplitud y precisión posea el concepto de discriminación, más altas serán las probabilidades de su combate

4 LFPED, artículo 4.

5 Centrarse en la definición jurídica tampoco implica renunciar a su coceptualización teórica, empresa en la que felizmente podemos remitirnos de nueva cuenta a Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?, op. cit.,* pp. 11-21.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 87

real. Si acaso se criticara esta interpretación –en la que interactúan preceptos constitucionales y legales–, alegando la diversidad de las fuentes normativas y su distinta jerarquía, será suficiente recordar que una de las responsabilidades principales del trabajo legislativo es el desarrollo del articulado constitucional.

Dicha tarea asumirá supremacía en tanto sirva de garantía a los intereses básicos de las personas,[6] pues en su extensión están contenidos el ámbito de protección de un derecho fundamental y la ampliación de su contenido esencial, aun cuando sea consecuencia de la legislación secundaria.

Es obligado reparar en que en la definición jurídica de la discriminación es posible encontrar tres elementos que vale la pena separar: uno relativo a la conducta que puede originar tal fenómeno, a saber, cualquier distinción, exclusión o restricción, acciones que por sí mismas no conllevan fatalmente una valoración negativa; dos, algunas categorías que podrían servir de pretexto para llevar a cabo tales conductas, las cuales por supuesto conforman una lista abierta; y tres, la finalidad o las consecuencias que están detrás y/o después de esas acciones, datos que constituyen la esencia de la discriminación, sin los cuales los puntos anteriores no resultan dotados de sentido, ni

6 Desde idéntica óptica los autores de estas líneas hemos defendido la jerarquía constitucional de las disposiciones que contienen normas sobre derechos humanos plasmadas en documentos internacionales. Según nuestro punto de vista, esa posición privilegiada en el sistema de fuentes es lógica repercusión de asumir la obligatoriedad del principio *pro homine*, cuestión que ha dejado de ser una pretensión teórica o exclusiva del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo menos, si no se pierden de vista recientes criterios jurisprudenciales en dicho sentido, como son las tesis aisladas de rubro *Principio pro homine. Su aplicación es obligatoria* y *Principio pro homine. Su aplicación,* dictadas ambas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, pertenecientes a la novena época, y publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* la primera en el tomo XXI, de febrero de 2005, tesis I.4°.A.464 A, página 1744, y la segunda en el tomo XX, de octubre de 2004, tesis I.4°.A.441 A, página 2385.

jurídicamente relevantes. Siendo así, el centro, la razón de ser y el efecto de todo acto discriminatorio yacen en la violación, negación o afectación de los derechos humanos de alguien más.

Convenir en lo hasta aquí sostenido, sin embargo, resulta insuficiente. Ello debido a que la discriminación y su prohibición no se entienden a cabalidad sin el vínculo estrecho que mantienen con la igualdad, concepto al que se le reconoce como derecho, principio, e incluso valor.[7]

En la configuración de los significados jurídicos de ese término, desde ahora es pertinente reconocer que las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que serán analizadas aportan datos fundamentales para proseguir, en la órbita propia de nuestro ordenamiento jurídico, la empresa de delinear los contornos del ideal de igualdad.

Por lo tanto, acordar sentidos compartidos de la igualdad excede las posibilidades de este ensayo y de sus autores. Sin embargo, esa circunstancia no impide que diversas perspectivas deban conocerse, a fin de entablar un diálogo sobre el tema que a su vez favorezca una comprensión plena y contextualizada de los presupuestos teóricos y de la discusión que subyace a las sentencias dictadas por dicho organismo, a las que luego se aludirá.

La igualdad puede predicarse en los ámbitos político, jurídico, social y económico, pero cualquiera que sea el escenario involucrado, la utilización de esa idea es necesariamente *relacional*, es decir, implica un contraste, la comparación entre por lo menos dos situaciones independientes, circunstancia que en todo caso

7 Recuérdese al respecto la interesante contribución de M. Lorca Martín de Villodres, "La igualdad: reflexiones para un planteamiento sistemático en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje,* tomo XIV, núm. 3, septiembre de 2002, San Sebastián.

significa que el cotejo así realizado es pertinente, es decir, que no es arbitrario.[8]

Asimismo, es de especial relevancia trazar la distinción oportuna entre el lenguaje descriptivo y el normativo con los que se puede abordar esta cuestión.[9] En ese entendido, habrá que mostrar extrema precaución a la hora de reconocer desigualdades fácticas, que no necesariamente trascienden al espacio propio de la regulación jurídica ni deben penetrar en el discurso del derecho, porque no es menester apuntar a la homogeneidad o uniformidad social, en oposición a desigualdades que sí resultan jurídicamente relevantes, o bien para equipararlas, o bien para introducir diferenciaciones positivas, pues esa sí es misión del derecho.[10]

Hay otra dicotomía en torno a la igualdad, que la divide en *formal* y *material*: una está presente en el derecho –por los menos desde la modernidad– y busca imponer a los creadores y operadores de disposiciones jurídicas la obligación de evitar distinciones entre los destinatarios de las normas conducentes, a pesar de las diferencias que *de facto* existen entre las personas. La otra fue puesta de manifiesto desde el fugaz auge de los Estados sociales, y con ella se intenta que, a través del derecho, se tienda a una distribución equitativa de ciertos bienes.

8 Para continuar con la remisión a los textos difundidos por el CONAPRED, en lo concerniente al tema de la igualdad es recomendable reparar en M. Carbonell, *Igualdad y Constitución*, "Cuadernos de la Igualdad", núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004.

9 Un particular énfasis en las implicaciones que el correcto uso del lenguaje propicia en los análisis de derecho, y sobre todo de vital importancia para el garantismo, se enseña en L. Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo,* Fontamara, México, 2004.

10 A partir de este instante se exhibe la influencia de otra obra capital: G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Ed. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III, Madrid, 1999 (1995), pp. 283-294.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 90

De la mano de esta distinción se produce un serio inconveniente, porque a la primera de ellas se le suele identificar con la *igualdad ante la ley*,[11] aunque dejando fuera de su alcance las diferenciaciones orientadas hacia la igualdad, las cuales se encasillan sólo en la segunda, pues ésta resulta incompatible con la igualdad como una equiparación neutral. Esta situación inclusive puede originar una separación de dos derechos fundamentales: uno a *igual tratamiento*, y otro a *ser tratado como igual;* uno precisado como el "derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas", y el otro como el derecho "a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera".[12] Con base en ello surgen innecesarias complejidades, como el vínculo entre discriminación e igualdad, que desde una óptica parcial no pueden dejarse de ver como opuestos, pero cuando se evoca a la discriminación a raíz de cualquier distinción, sin reparar en su objeto o efecto, tal descuido repercute en la mayor dificultad para justificar las medidas de diferenciación restitutoria, como acciones congruentes con todo tipo de igualdad.

Las sentencias involucradas

Como sea, para este momento debe resultar obvio que la igualdad es un tema que no puede dejar de abordarse en el derecho, cuyos mandatos tendrán una influencia decisiva en cualquier otro ámbito de las relaciones sociales, sea porque se busque ignorar ciertas dife-

11 No se desconocen otras dos expresiones ligadas a este concepto, como lo son la *igualdad en la aplicación de la ley* y la *igualdad en la ley,* pero las observaciones pertinentes quedan reservadas para una sección posterior de este ensayo. Sobre el tema, puede acudirse a K. Pérez Portilla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, IIJ-UNAM-CONAPRED, México, 2005.

12 Las definiciones se retoman de una obra indispensable y controvertida: Ronald Dworkin, *Los derechos en serio,* Planeta-De Agostini, España, 1993, 332 pp.

rencias a fin de alcanzar un trato igual para todos, sea porque se repare en otras diferencias para lograr compensarlas a través de preceptos jurídicos, haciendo del derecho algo más que un espectador indiferente ante los problemas de la justicia social, y en todo caso, resaltando su rol instrumental e indispensable en la trayectoria hacia una igualdad efectiva en derechos.

En este contexto le será evidente al lector que la clave del acertijo de la igualdad descansa tanto en el criterio de relevancia de las diferencias como en la oportunidad del contraste entre las situaciones autónomas por las que aparecen.[13] Con eso avanzado, es de presumirse que se cuenta con los elementos necesarios para afrontar el repaso de las sentencias de nuestra Suprema Corte de Justicia.

Evidentemente, el debate tiene que circunscribirse a unas pocas resoluciones de ese máximo tribunal en el ámbito interno, si no se quiere sacrificar profundidad en las reflexiones en aras de una revisión exhaustiva que por ahora no es la principal meta. De cualquier modo, la elección obedece al especial interés en una de las formas de discriminación más controvertidas en el panorama contemporáneo, así como a que los más recientes pronunciamientos respecto de las pautas que han de normar la evaluación de la constitucionalidad de actos discriminatorios, en los que se acompañan visiones sobre la igualdad, se originan precisamente a partir de las sentencias que a continuación se someten a un escrutinio de corte garantista.

La primera de ellas es la decisión del pleno de la SCJN que recayó al amparo en revisión 339/98, adoptada en la sesión del 18 de noviembre de 1999, por unanimidad de 11 votos, siendo ponente

13 Conviene aquí recordar cuatro parámetros para apreciar la preeminencia de las diferencias a la hora de intentar equipararlas o reafirmarlas a través del derecho, a saber: criterios basados en las necesidades, el mérito, las aptitudes y el estatus; véase M. Carbonell, *Igualdad y Constitución*, *op. cit.,* pp. 19-24.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 92

el ministro Juan Díaz Romero. En ella la Corte niega protección a la parte quejosa respecto del juicio que promoviera en contra del artículo 69 de la *Ley General de Población* y su primer acto de aplicación que, en esencia, provocan que para tramitar el divorcio de una mujer extranjera se le exija previamente un certificado de la Secretaría de Gobernación a fin de acreditar su legal estancia en el país y que su condición migratoria le permitía intentar tal acto.

Derivadas de esta resolución, se redactan el par de tesis aisladas de rubro *Extranjeros*:

> *Tesis.* El artículo 69 de la *Ley General de Población* que establece los requisitos para la tramitación del juicio de divorcio propuesto por ellos, no transgrede la garantía de administración de justicia prevista en el artículo 17 constitucional, así como *Extranjeros*.
>
> *Tesis.* El artículo 69 de la *Ley General de Población* que establece los requisitos para que la autoridad administrativa o judicial dé trámite al juicio de divorcio propuesto por ellos, no invade la esfera competencial del estado de Aguascalientes.

Ambas tesis pertenecen a la novena época, provienen del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XII, de agosto de 2000, tesis P. CII/2000 y tesis P. CI/2000, páginas 141 y 142, respectivamente.

Ha de tomarse en cuenta que, para la fecha en que se presenta y resuelve este caso, la reforma que agrega al artículo inaugural de nuestra *Constitución* en su actual tercer párrafo todavía no era una realidad. Sin embargo, eso no impide que la parte quejosa en el juicio de garantías intentado argumente una violación a su ahora primer párrafo, y a la igualdad que supone, motivada por la distinción que con base en el criterio de nacionalidad se introduce en el diver-

so artículo 69 de la *Ley General de Población*,[14] razonamiento que apoya también, entre otros, en el artículo 33 constitucional. Básicamente, el centro de su alegato radica en que las personas extranjeras, en tanto individuos, gozan de los derechos otorgados por nuestro ordenamiento fundacional, en virtud de su artículo primero, y que en todo caso, las excepciones a esa igualdad deberían ser explícitas.

En ese orden de ideas, a la solicitante de amparo no le parece que al derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 17 constitucional se le pueda encuadrar en uno de los expresos supuestos de excepción que limitan el disfrute de derechos fundamentales a los extranjeros, en razón de su origen nacional, como claramente sucede en artículos como el octavo y noveno constitucionales. Por ende, el requisito previo a la tramitación de una demanda de divorcio que se le exige en el mencionado artículo 69 le parece obstructor de aquella garantía.

Aunque una pretensión de este trabajo es comentar sólo la argumentación vertida por la SCJN, no ha de desaprovecharse la ocasión para referir que el juzgador de primera instancia negó la razón a la peticionaria de protección constitucional apoyando su resolución, entre otras cosas, en un criterio jurisprudencial al que repetidamente se recurrirá en el análisis sobre la pertinencia de las sentencias del máximo intérprete de nuestra *Constitución,*[15] y respaldando la constitucionalidad del precepto legal impugnado en la compe-

14 Esta disposición de la legislación secundaria es del tenor siguiente: "Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompañan con la certificación que expida la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar tal acto".

15 Se trata de la tesis aislada del rubro *Extranjeros, solicitud de amparo por. Legitimación*.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 94

tencia de las autoridades para regular la condición de extranjería en aras del beneficio nacional.

Curiosamente, en la redacción de los agravios plasmados en el recurso de revisión que finalmente lleva al conocimiento de la SCJN el caso que se plantea, la parte quejosa acepta las atribuciones que en materia migratoria pudieran tener las distintas autoridades involucradas, e incluso las posibles consecuencias de naturaleza administrativa que debieran aplicársele de acuerdo con la legislación de mérito, al mismo tiempo que expresa que los actos reclamados no son unos que nieguen su derecho a que se le administre justicia, sino que condicionan su ejercicio, sin que todo ello le impida aprovecharse del aludido criterio jurisprudencial invocado en su contra para intentar cambiarlo a su favor, además de introducir otras tesis que se mantienen en idéntica línea.[16]

Más curioso es que en realidad lo que da entrada al pronunciamiento de la SCJN es que al juzgador de primera instancia se le olvidó el estudio de otros conceptos de violación en los que, a propósito de los actos reclamados, se exigía su inconstitucionalidad, apoyándose en un problema de invasión de competencias entre las autoridades locales y federales: las disposiciones civiles sobre divorcio, netamente locales, y las de tipo migratorio y sobre la condición jurídica de los extranjeros, éstas sí propias de una regulación federal.

16 Ahora son las del rubro *Extranjeros: La omisión de acreditar su legal estancia en el país o su condición y calidad migratorias dentro de un juicio de amparo, no impide al juzgador resolver el fondo del asunto*. También el rubro *Extranjeros indocumentados: procedencia del juicio de amparo promovido por caso no previsto por el artículo 33 constitucional*, criterios jurisprudenciales que junto con el previamente recordado enseñan que lo relacionado con la promoción y la resolución de un juicio de amparo en el que se vean envueltos personas extranjeras entra en la esfera de protección de los artículos 1 y 17 constitucionales, motivo por el cual se evita, en el juicio que origina las primeras dos tesis referidas, la aplicación de los diversos artículos 60 y 67 de la *Ley General de Población*.

A partir del análisis de los conceptos de violación esgrimidos en ese contexto, nuestra Corte expone una serie de razonamientos sumamente criticables, pues haciendo suyas las consideraciones del decreto de creación del Instituto Nacional de Migración, y con sustento en la transcripción de diferentes preceptos de la *Ley General de Población,* e incluso del articulado de su *Reglamento*, asume una política migratoria que, francamente, trata a los extranjeros como objetos.

No se estimara exagerada la última aseveración si se recuerda que en el decreto indicado, desde el tradicional discurso sobre la soberanía nacional, se sitúa al fenómeno migratorio como "uno de los desafíos más importantes de nuestro tiempo", que requiere el reforzamiento del control de las fronteras del país, dado que México es un lugar de tránsito; aunque obviamente es innegable que, con mayor corrección, somos punto de origen del flujo migratorio más intenso, y dado que los inmigrantes representan un coste que impacta en la capacidad de los servicios provistos por las autoridades gubernamentales, o bien, si no se olvida que en artículos como el 32 y el 34 de la ley aludida, se permite a la Secretaría de Gobernación el establecimiento de cuotas de extranjeros, "según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional", al igual que se le encomienda velar porque "los inmigrantes sean elementos útiles para el país"; a fin de cuentas, medios sujetos a preceptos de orden público y a la planeación del desarrollo nacional.[17]

17 No ha de extrañar el lenguaje empleado en los ordenamientos enunciados, pues es irrefutable que nuestra legislación sigue cautiva de una concepción del derecho público en la que el Estado es el fin al cual se deben los particulares, más en calidad de súbditos que de verdaderos ciudadanos, perspectiva que de ninguna forma debe ser compartida por un garantista consecuente. Como sea, para leer la crítica más aguda de disposiciones que continúan en ese tenor en lo concerniente a las personas extranjeras, aunque en otras latitudes, lo mejor es consultar a J. De Lucas, "Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una

Por lo que hace a la concreta solución de la supuesta objeción de incompetencia, la Corte entiende que, sin perder la regulación civil del divorcio la autonomía propia del ámbito local, "el estado civil del extranjero que se interna es trascendente para la situación jurídica de él y de su familia, por lo que cualquier cambio de estado puede repercutir en su categoría personal o familiar, de lo que debe llevar control dicha Secretaría [de Gobernación], a quien corresponde verificar si su estancia en el país es legal y si su condición migratoria se lo permite", con lo cual le parece permisible la intervención federal. Sin embargo, queda oculta en esta argumentación una razón que justifique de modo suficiente el vínculo entre los asuntos migratorios y la condición de estado civil, elemento indispensable para admitir que la certificación del artículo 69 califica de "medida de control en materia migratoria, específicamente en relación con la legal estancia de extranjeros".

La SCJN no se detiene a considerar otro argumento a favor de que en este caso no se actualiza una invasión de competencias, pero esta cuestión no debe ser indiferente a los interesados en el tema, toda vez que expresamente atribuye a las autoridades locales la obligación de cumplir con lo que mandan las leyes federales, al mismo tiempo que, en abierta confusión, utiliza el artículo 120 constitucional para fundamentar el artículo 67 de la *Ley General de Población*, sin dejar constancia de las distinciones que pudieran evitar la presencia de un ataque al principio de división de poderes. Es oportuno finalizar con el recuento de esta sentencia haciendo ciertas

política de inmigración", en *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas,* Universidad de la Rioja, España, 2003; e "Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración", *Sociologia del diritto,* vol. XXXI, núm. 2, segundo cuatrimestre de 2004, Milán.

observaciones acerca de que la pretensión de la parte quejosa fue negada confrontando al citado artículo 69 con el 17 constitucional.

De forma irónica, la SCJN parte de un pretendido principio general de equiparación entre personas nacionales y extranjeras en lo referente al goce de garantías individuales, acorde con los artículos 1 y 33 constitucionales, para inmediatamente matizarlo enlistando las restricciones a las que nuestro propio ordenamiento fundacional sujeta a las segundas que son, en esencia, las contenidas en los artículos 8, 9, 11, 27 y 32 en relación con el 5, y también el mismo 33, pero ignorando que tal lista ha de ser cerrada.

Cuando se pasa por alto el elemental principio de hermenéutica que enseña que, tratándose de limitaciones, es debido acotar su campo de aplicación a través de una interpretación restrictiva, la Corte puede incluso aseverar que la libertad de trabajo plasmada en el artículo 5 constitucional –disminuida para los extranjeros en virtud de la norma establecida en el artículo 32–, el cual establece "en igualdad de circunstancias" una preferencia para los mexicanos sobre los extranjeros en cuanto al otorgamiento de concesiones, empleos, cargos o comisiones en los que la contraparte sea el gobierno, también puede restringirse por medio de la legislación secundaria, extendiéndose dicha preferencia en preceptos como el 7 y el 154 de la *Ley Federal del Trabajo*, al ámbito de las relaciones entre particulares, conclusión por lo demás desacertada.

Pero eso no es todo, porque estas limitantes legales –que resultarían abiertamente inconstitucionales de respetarse tan sólo el principio de supremacía constitucional– funcionan como dato de respaldo a la SCJN para defender, bajo la misma lógica, que las restricciones a los derechos humanos de las personas extranjeras son posibles de ampliar en los ordenamientos secundarios, con lo que no tiene problema alguno para manifestar que la supuesta igual-

dad en el disfrute de garantías individuales entre extranjeros y mexicanos termina donde la condición de extranjería sujeta a los primeros a reglas propias, aunque siendo sinceros más bien privativas, "que siendo comúnmente aceptadas por todos los países, implican el sometimiento al control y vigilancia por parte del Estado cuando se internan al territorio nacional", escenario en el que el artículo 69 de la *Ley General de Población*, obviamente, no le parece contrario al artículo 17 constitucional.[18]

Otras razones utiliza la SCJN para negar la protección de la justicia, entre ellas que la tesis aislada de rubro *Extranjeros, solicitud de amparo por Legitimación,* no resulta aplicable al caso porque lo que ahí se decide por un tribunal colegiado es un alegato dirigido en contra del artículo 67 y no del 69 de la *Ley General de Población,* pero sobre todo, porque el criterio de fondo en ese supuesto se vincula con la posibilidad por parte de los extranjeros de iniciar un juicio de amparo, sin que sea necesario que comprueben su legal estancia en el país, ni que su condición y calidad migratoria les permita promoverlo. En su defecto cuentan con un permiso especial de la Secretaría de Gobernación para ese fin, lo que a ojos de la Corte se respeta a cabalidad en el juicio que le incumbe. Así, por ahora conviene dejar pendientes notas adicionales hasta que se recuerden otras sentencias que aquí interesan.

18 No conforme, la Corte añade como argumento, según una lamentable costumbre interpretativa, que la garantía prevista en el artículo 17 constitucional, al encontrarse en su texto una remisión a las leyes, puede condicionarse a partir de su desarrollo legislativo; en otras palabras, que es posible limitar su cumplimiento, su observancia obligatoria, con las pautas establecidas en sede ordinaria, a través de las disposiciones legales que resulten aplicables. Este razonamiento no puede consentirse, porque en él va implícito el germen para considerar prácticamente toda garantía individual como un derecho fundamental de base constitucional, pero de configuración legal, olvidando que esa libertad del legislador concluye con el contenido esencial de los derechos.

La segunda que se analiza proviene de la SCJN y pone fin al amparo en revisión 543/2003; fue adoptada en la sesión del 20 de abril de 2004, pero ya no por unanimidad sino por mayoría de cinco votos contra cuatro de los ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Ramón Cossío Díaz, José de Jesús Gudiño Pelayo –quien fue el ponente original– y de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, los cuales formularon posteriormente el fundamental voto de minoría que ha motivado este ensayo.[19]

En cambio, los ministros Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero y Silva Meza, al que se le encomendó el engrose correspondiente, mantuvieron un criterio similar al ya visto.

En esta ocasión, a partir del criterio mayoritario la Corte niega la protección a la parte quejosa en relación con el juicio de garantías que promoviera en contra del artículo 68 de la *Ley General de Población* y su primer acto de aplicación, no sin antes sobreseer en lo concerniente al artículo 67 de ese mismo ordenamiento secundario, lo que básicamente trae por consecuencia que los quejosos queden indefensos ante la exigencia de acompañar una autorización de la Secretaría de Gobernación, sólo en apariencia similar a la certificación ordenada por el citado artículo 69, previamente a la celebración del matrimonio civil por ellos intentado.[20]

19 A ese voto se le dio publicidad en un artículo escrito por estos cuatro magistrados responsables del criterio minoritario, titulado "Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional", en la revista *Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 163, octubre de 2004, México, DF.

20 De una vez vale la pena transcribir este par de disposiciones ordinarias. El ya mencionado artículo 67 dispone que: "Las autoridades de la República, sean federales, locales o municipales, así como los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces y los corredores de comercio, están obligados a exigir a los extranjeros que tramiten ante ellos asuntos de su competencia, que previamente les comprueben su legal estancia en el país, y que en los casos que establezca el Reglamento, acrediten que su condición y calidad migratoria les per-

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 100

A diferencia del supuesto anterior, para la fecha en que se dicta esta segunda resolución el artículo primero de nuestra *Constitución* ya contaba con la redacción actual. No obstante, da la impresión de que el argumento sobre la prohibición de la discriminación no se introduce sino hasta el recurso de revisión. Sea como fuere, el juzgador de primera instancia directamente confirma que en el caso ante él ventilado se dilucida una cuestión en la que se ve involucrado el principio de igualdad plasmado en dicho precepto constitucional, al hacer alusión a un criterio de la Primera Sala de la SCJN que para ese momento todavía no constituía jurisprudencia y que, expresamente, entiende que debe ser estudiado para fundamentar su sentencia.

Es la utilización de ese criterio jurisprudencial la que demanda abrir un paréntesis en la exposición, a fin de dejar constancia, de forma concisa, tanto de su origen como del instante en que se transforma en jurisprudencia. Inicialmente, esa tesis aislada de la Primera Sala de la SCJN se identificaba como la primera C/2001, y había sido publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* novena época, tomo XIV, de diciembre de 2001, página 192;

---

miten realizar el acto o contrato de que se trate, o en su defecto, el permiso especial de la Secretaría de Gobernación. En los casos que señale el Reglamento, darán aviso a la expresada Secretaría en un plazo no mayor de quince días, a partir del acto o contrato celebrado ante ellas". Mientras que el artículo 68 señala en tres párrafos lo siguiente: "Los jueces u oficiales del Registro Civil no celebrarán ningún acto en que intervenga algún extranjero, sin la comprobación previa, por parte de éste, de su legal estancia en el país, excepto los registros de nacimiento en tiempo, y de defunción, en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley. Tratándose de matrimonios de extranjeros con mexicanos, deberán exigir además la autorización de la Secretaría de Gobernación [primer párrafo]. En todos los casos deberán asentarse las comprobaciones a que se refiere este artículo y darse aviso a la Secretaría de Gobernación del acto celebrado [segundo párrafo]. Los matrimonios y divorcios entre mexicanos y extranjeros se inscribirán en el Registro Nacional de Extranjeros, dentro de los treinta días siguientes a su realización [tercer párrafo]."

su importancia radica sobre todo en el hecho de que tanto la mayoría como la minoría de los ministros hacen referencia a ella a la hora de redactar sus pronunciamientos.

El asunto en que aparece ese criterio por vez primera se resuelve el 17 de abril de 2001, y con él se niega el amparo entablado en contra de varios artículos de la *Ley Federal de Protección al Consumidor,* cuestionados entre otras cosas debido al trato diverso que propician entre dos tipos de particulares: los proveedores y los consumidores. Sin embargo, la Primera Sala, por unanimidad de votos de los ministros Castro y Castro, Gudiño Pelayo, Román Palacios, Silva Meza –quien en esa ocasión fungió como ponente– y la ministra Sánchez Cordero de García Villegas, encontró que las disposiciones impugnadas no transgredían la garantía de igualdad contenida en el artículo inaugural de nuestra *Constitución Política.*

El razonamiento que sustenta el sentido de la resolución parte de nueva cuenta del análisis de la exposición de motivos del ordenamiento secundario combatido en esta oportunidad, del cual retoma que la legislación involucrada, como parte del derecho social mexicano, tiene por objetivo primordial la protección de los derechos de los consumidores, a fin de obtener "una mayor equidad en las relaciones de consumo en el país", que habrán de regirse "mediante principios de equidad que aseguren la concordancia entre el crecimiento económico y la justicia social", argumentos con los cuales se entiende justificada una diferenciación entre proveedores y consumidores enfocada a eliminar intercambios desiguales.

En esa línea, es relevante transcribir de la decisión de la Primera Sala lo siguiente:

> A este respecto, debe precisarse que el principio de igualdad ante la ley no implica necesariamente que todos los individuos deban encontrarse siempre y en cualquier circunstancia en condiciones de absolu-

> ta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que se traduce en el derecho de todos los gobernados de recibir el mismo trato que aquellos que se encuentran en similar situación de hecho.
>
> Lo anterior significa que no toda desigualdad de trato es violatoria de garantías, sino sólo cuando produce distinción entre situaciones objetivas y de hecho iguales, sin que exista para ello una justificación razonable e igualmente objetiva; por ello, a iguales supuestos de hecho corresponden similares situaciones jurídicas, pues en este sentido el legislador no tiene prohibición para establecer en la ley una desigualdad de trato, salvo que ésta resulte artificiosa o injustificada.
>
> Por tanto, debe decirse que para estar en concordancia con las garantías de igualdad debe atenderse a las consecuencias jurídicas que derivan de la ley, las que deben ser de tal manera proporcionadas que ayuden a conseguir un trato igualitario.

Es evidente que en estos párrafos se manifiesta una interpretación sobre la igualdad ante la ley que, además de ubicarla como un principio, la asume expresamente como una garantía, es decir, como un derecho constitucionalmente exigible, pero sobre todo que resalta sus dos orientaciones jurídicas –como medida de equiparación y como diferenciación a favor de un trato igualitario– a través de las cuales se podrá producir tanto una igualación de contextos diferentes siempre que no sea injustificada, como –por lógica consecuencia– admitir el supuesto contrario: que se pueda presentar una distinción entre situaciones similares si para ello existe una justificación razonable u objetiva, en otras palabras, no artificiosa.

A todo lo cual importa añadir que en aras de la igualdad ante la ley se encuentra perfectamente justificado dispensar un trato desigual a situaciones divergentes, que es lo que en realidad debe buscar establecer la argumentación de la Primera Sala al distinguir entre las circunstancias en las que se colocan los consumidores respecto de las de los proveedores, y por las que se presumen desventajas de

los primeros frente a los segundos, que habrán de ser compensadas por medio de medidas más favorables a los intereses de los propios consumidores. Con todo y que este modo de proceder se intuye acertado, es responsabilidad de una crítica constructiva señalar que incluso en tales coordenadas una generalización resulta excesivamente arriesgada, por lo que una adecuada evaluación sobre la igualdad debe demandar que la presunción a favor de los consumidores sea superable.

Con independencia de tal revisión, que puede requerir distinta argumentación para cada supuesto concreto, lo cierto es que el recuento de este anecdótico caso quedaría incompleto si no se reconociera que los párrafos anteriormente copiados de la sentencia de la Primera Sala heredan las ideas de una diversa jurisprudencia perteneciente al Pleno de la SCJN construida en el ámbito de la materia impositiva, con lo cual tendrá que admitirse un origen bastante peculiar de los pronunciamientos relativos a la no discriminación, que por vía de la interpretación de la igualdad hallan su génesis en la equidad tributaria.

El quinto de los juicios, cuya resolución origina esta jurisprudencia en materia fiscal, fue votado el 8 de mayo de 1997, junto con los dos casos previos que también sirvieron para conformarla, obteniendo unanimidad entre los integrantes de la SCJN, con la única ausencia del ministro Mariano Azuela Güitrón. De ese amparo se conoce parte del cuerpo de la sentencia en la que se decide conceder la protección a la parte quejosa en relación con el pago del impuesto sobre la renta sobre los ingresos percibidos por la explotación de una obra de su autoría, el cual se juzga inconstitucional por violar el principio de equidad tributaria.

Sin entrar en mayor detalle, interesa conocer que la Corte parte de la distinción entre el principio de proporcionalidad –que ajusta el

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 104

pago de impuestos dependiendo de la capacidad económica de los contribuyentes– y el principio de equidad –que salvaguarda un tratamiento idéntico ante la ley a todos los sujetos pasivos de un mismo tributo–, ambos fundados en la fracción cuarta del artículo 31 constitucional, para asumir que se debe de "tratar a los iguales de manera igual y en forma desigual a los desiguales", y mucho más trascendente, para pronunciar que "el principio de igualdad o equidad se configura como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico de la producción normativa y de su posterior interpretación y aplicación".

Pero los señalamientos indispensables concernientes a la igualdad no terminan ahí, ya que luego de hablar de la igualdad ante la ley, e incluso adelantar que ésta implica que no ha de "prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (aun cuando en el tiempo seguía distante la reforma que agrega el párrafo tercero al artículo primero de nuestra *Constitución*), la Corte expresa las siguientes ideas:

> Por su parte, la doctrina ha puesto énfasis en que el verdadero sentido que la equidad tiene es el de colocar a los habitantes del país en unas condiciones tales que puedan, desde ellas, acceder a otros bienes y derechos superiores, protegidos constitucionalmente.
>
> De esta forma, el principio de equidad pretende eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, en cuanto que si éstas proliferan y toleran por la complacencia de los poderes públicos, resultaría entonces del todo ilusorio que los particulares que se encuentran en tales situaciones tengan acceso al ejercicio y efectividad de sus derechos y legí-

timas aspiraciones, sin que importe que unas y otras sean reconocidas por la *Constitución*.

Sin embargo, no se exige que todos los hombres sean iguales, con un patrimonio y necesidades semejantes –caso del igualitarismo–, ya que si se aceptan y protegen constitucionalmente la propiedad privada, la libertad económica, el derecho a la herencia y otros derechos patrimoniales, se está reconociendo implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas.

Lo que se trata, más bien, es de evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, vengan a producir como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad, introduciendo como consecuencia un trato discriminatorio entre dichas situaciones.

Inversamente, sería contraria al principio de equidad, y por tanto, inconstitucional, toda norma que, puesta en vigor para que se aplique sobre una situación de desigualdad entre distintos sujetos, venga en su aplicación a tratar a éstos de manera paritaria o equidistante, generando así más discriminación que la que se pretendía eliminar.

Por tanto, no sólo habrá discriminación injustificada cuando se establezca un trato diferenciado por razones distintas a las de obtener igualdad de hecho, sino también cuando se estructura una norma de tal manera que produzca en sí misma efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones de desigualdad o disparidad.

En este sentido, la igualdad reclama que las normas legales respeten no sólo las preexistentes situaciones de igualdad entre los sujetos, sino también que las normas se apliquen de tal forma que puedan reconducirse las situaciones de discriminación a situaciones de igualdad: en una palabra, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

El principio de equidad, entonces, no implica la necesidad de que todos los sujetos se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de procurar la igualdad real, dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio –o una falta de beneficio– desigual e

> injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos.
>
> Naturalmente, se trata de los criterios jurídico-normativos contenidos en las normas jurídicas, así como de los criterios adoptados para la aplicación de las normas, puesto que la igualdad a que se refiere el artículo 31, fracción IV, constitucional, lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley. Por ello, lo que no protege dicho precepto constitucional, como derecho fundamental, es la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables.

Con estas ideas, además de que la SCJN asume que la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley son consistentes con la igualdad como equiparación y como diferenciación, cuestión que se reitera en la sentencia de la Primera Sala en los párrafos de ella transcritos, introduce asimismo al debate datos suficientes para aceptar la presencia en nuestro derecho de un mandato de igualdad sustancial, aunque en la *Constitución* se carezca de un texto expreso a la usanza de las fórmulas de los ordenamientos fundacionales de España o Italia, así como para asegurar que resultarían constitucionales cualesquiera mecanismos de distinción compensatoria o retributiva, conocidos comúnmente como *acciones positivas,* siempre y cuando tendieran a lograr una igualdad de hecho sensata. No impide esta conclusión la referencia a la igualdad jurídica circunscrita al artículo 31 constitucional, pues aun ella debe oponerse a las desigualdades discriminatorias.

Si lo hasta ahora expuesto parece insuficiente para permitir esta aparente digresión dentro del original paréntesis realizado, todavía es debido completar el estudio de esta sentencia del Pleno de la SCJN en materia fiscal, dejando constancia de que en ella también se avanzan elementos para erigir la argumentación indispensable a la hora

de conducir el examen de constitucionalidad de disposiciones presuntamente contrarias a la igualdad, con la meta de prohibir la arbitrariedad también en esas relevantes decisiones judiciales.

Es verdad que los parámetros argumentativos no se dictan de modo expreso en relación con la forma en que habrán de razonar los órganos jurisdiccionales, como sucederá en el voto minoritario pendiente de comentar y en la última de las sentencias de la SCJN que tendrá que recordarse en este apartado, pero tales pautas son extrapolables porque si inicialmente se marcan sólo como deberes de los legisladores y los aplicadores no judiciales de normas tributarias, con ellas se están iluminando los puntos que en sede judicial es obligado verificar al llevar a cabo el análisis de constitucionalidad de que se trate.

En tal virtud, es obligación del juzgador –no sólo en el ámbito fiscal– que "para que la diferenciación tributaria resulte constitucionalmente lícita, no [debe contentarse] con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal disposición sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de equilibrio en sede constitucional".[21]

21 Es preferible detenerse en esta narración que hacer mención de las tesis de jurisprudencia producto de estas decisiones del Pleno de la Corte, que si bien enuncian componentes fundamentales de lo resuelto por ella, son insuficientes para conocer la secuencia con la que originalmente fueron acuñados por ese máximo tribunal los datos que habrán de generalizarse en la enseñanza de la argumentación en contra de la discriminación. Como sea, para consultar dichos textos no hay que ignorar que se identifican bajo los rubros *Equidad tributaria. Sus elementos*, y *Equidad tributaria. Implica que las normas no den un trato diverso a situaciones análogas o uno igual a personas que están en situaciones dispares*, que son de la novena época, y que fueron publicados en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo V, tesis P./J. 41/97 y 42/97, junio de 1997, pp. 43 y 36, respectivamente.

Con esto dicho, conviene volver a la decisión de la Primera Sala que se recuerda dentro del amparo en revisión 543/2003, en la cual, luego de reproducida la tesis de jurisprudencia P./J. 41/97, no se tiene dificultad en concluir que al ser finalidad perseguida por la legislación sobre protección al consumidor la promoción y salvaguarda de los derechos de esta especie de particulares, así como "la de procurar equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores", se actualiza uno de los elementos necesarios para autorizar un trato diferenciado, a saber, que con esa distinción se persigue un objetivo legítimo, dado que "el diferente tratamiento tiene una justificación razonable y objetiva".

A estas alturas, el lector atento podrá anticipar que la argumentación así construida empieza a desviarse de lo fundamental, que en el supuesto resuelto por la Primera Sala debe ser la distinción entre la situación en la que se encuentran los consumidores frente a la que gozan los proveedores, para de ese modo respaldar un trato diferente entre desiguales. Este momentáneo descarrío pretende corregirse en la sentencia del 17 de abril de 2001, con base en aseverar que, "en principio y en términos generales", los consumidores poseen una condición social y económica que se traduce en una desigualdad de hecho en comparación con la realidad de los proveedores, debido a lo cual, entonces sí, se requiere que la equidad atenúe o disminuya sus diferencias, con base en medidas de diferenciación que procuren "una mayor justicia social", que inclusive se observan como normas necesarias para reconducir una discriminación hacia la igualdad.[22]

22 Se habla de discriminación porque se piensa que "el consumidor se encontraba desprotegido".

Entrelazados con estos argumentos, la Primera Sala también va haciendo suyas algunas ideas plasmadas en los párrafos copiados de la sentencia del Pleno de la SCJN que desemboca en las jurisprudencias sobre equidad tributaria, pero esa trascripción no resulta tan fundamental como el repaso textual de las partes en que generaliza para cualquier materia, no sólo la fiscal, con mínimas alteraciones, los siguientes rasgos esenciales sobre el principio de igualdad:

1. No toda desigualdad de trato ante la ley implica vulnerar la garantía de equidad, sino que dicha violación la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones jurídicas que pueden considerarse iguales, cuando dicha disparidad carece de una justificación razonable y objetiva.
2. El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse desiguales dos supuestos de hecho cuando la utilización de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional [en realidad es más sensato considerarlos iguales].
3. Dicho principio de igualdad no prohíbe al legislador establecer una desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no estar apoyadas en criterios razonables y objetivos, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.
4. Para que la diferenciación resulte apegada a la *Constitución* no basta que el fin sea lícito, sino que es indispensable que las consecuencias jurídicas que resulten de la norma sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de tal manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el objetivo pretendido por el legislador superen un juicio de equilibrio en sede constitucional.

En definitiva, si la Primera Sala parece matizar el compromiso previamente fijado con la igualdad material, real o sustantiva, proveniente del Pleno de la Corte, teniendo a la vista estas características

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 110

predicables del principio de igualdad o equidad, resulta acertado concluir que reafirma el contenido de la igualdad ante la ley y que abarca tanto la igualdad por equiparación como la igualdad por diferenciación, al tiempo que extiende a toda materia los iniciales pasos que ha de seguir una correcta argumentación en lo concerniente a la igualdad.

Una buena parte de esta información permanecería al margen si uno se limitara a leer el texto de la tesis 1ª.C/2001, circunstancia que debe advertir sobre el exceso de confianza que puede darse si no se acude a las sentencias de las que han surgido las incipientes interpretaciones en torno a la igualdad y la discriminación. Finalmente, también constituiría un descuido pasar por alto que ese criterio es hoy la jurisprudencia 1ª./J. 81/2004, del rubro *Igualdad. Límites a este principio,* obviamente de la novena época y proveniente de la Primera Sala de la SCJN, que está publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XX, de octubre de 2004, en la página 99, que fue aprobada con tal carácter el 22 de septiembre de 2004.

Cerrado este largo paréntesis, es prudente volver al amparo en revisión 543/2003, cuya narración se había dejado en el momento en que el juzgador de distrito traía a colación la ahora jurisprudencia de la Primera Sala de la Corte. En tal contexto, se aprovecha del concepto que en ella se ensaya sobre la igualdad jurídica, la cual "debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado", para acentuar que en el caso sometido ante él, los quejosos no se hallan respecto de los nacionales "en circunstancias idénticas ante la norma que los regula", y por supuesto tampoco se preocupa por encontrar alguna justificación para una igualdad por equiparación, razón que le facilita decidir que se ha de conceder una trato desigual entre los na-

cionales y los extranjeros, toda vez que las diferencias entre ellos devienen infranqueables.

Antes de dejar la motivación de esta sentencia de primera instancia vale la pena destacar tres detalles: primero, que el juzgador de distrito invoca la fracción segunda del apartado B del artículo 30 constitucional para vincular en el caso la condición de estado civil con la regulación sobre la extranjería y la política migratoria, estrategia que será cuestionada en el voto minoritario de los ministros; segundo, que en apoyo de su decisión estima aplicables por analogía las tesis aisladas surgidas del comentado amparo en revisión 339/98; y tercero, que de nueva cuenta se exhibe una preocupante tendencia interpretativa consistente en no considerar que las actuaciones de autoridad relativas a las personas extranjeras que les restrinjan derechos requieren contar con expreso soporte constitucional.

Así las cosas, es sencillo intuir la negativa de amparo en primera instancia, luego de lo cual y no sin presentarse ciertas curiosidades, el caso llega al conocimiento del Pleno de la SCJN. Sin embargo, previamente a exponer su argumentación, es preciso reparar en un par de detalles que se destacan a partir de los agravios de la parte quejosa. El primero tiene que ver con que los recurrentes alegan la invasión a su privacidad suscitada por la exigencia de la autorización de la Secretaría de Gobernación, en términos del impugnado artículo 68, para contraer matrimonio.

El segundo, de vital interés, es que además de asociar expresamente los actos de autoridad con la presencia de una posible discriminación motivada por su origen nacional, son conscientes –y así lo argumentan– de las divergencias existentes entre la regulación en materia migratoria y la condición de extranjería, en contraste con el ordenamiento del estado civil de las personas, en concreto, su matrimonio. Sobre todo, apuntan en la dirección correcta acerca del

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 112

punto toral sujeto a interpretación, que no es otro que resolver dónde ha de ubicarse la comparación base para propiciar o negar el trato de igualdad, por un lado, en las diferencias que pueden justificar distinciones en el control y vigilancia de las personas que entran y residen en el país, y por el otro, en las similitudes de todos para casarse.[23]

Entonces empieza la argumentación de la mayoría de los integrantes del Pleno de la SCJN, encaminada a negar el amparo a la parte quejosa. De ella importa resaltar que de entrada se sobresee el juicio entablado en contra del artículo 67 de la *Ley General de Población,* por considerar que este precepto únicamente establece un requisito genérico no exactamente aplicable al caso que se conoce, lo que actualiza la falta de interés jurídico de los quejosos.

Inmediatamente después, llegan los argumentos a favor de la constitucionalidad del artículo 68. La mayoría entiende bien que la pretensión de los recurrentes es que se les trate de igual manera que a las personas nacionales, dado que en lo relativo al matrimonio no cabe hacer distinciones, es decir, que sin importar el lugar de nacimiento, todas las personas son iguales para efectos de celebrarlo. No obstante, se toma como pretexto la tesis 1ª.C/2001 de la Primera Sala para negar que en este supuesto se esté ante iguales situaciones de hecho, precisamente porque los extranjeros se encuentran en una situación jurídica distinta a la de los mexicanos, planteamiento que irremediablemente lleva a la Corte a desconocer la igualdad que se le solicita, o de menos, a conferir una igualdad por equiparación.

23 Los recurrentes tampoco pierden la oportunidad de criticar y calificar de falso el razonamiento del juzgador de distrito por el que asocia automáticamente el matrimonio entre personas extranjeras y nacionales, con la adquisición, por parte de las primeras, de la nacionalidad mexicana por naturalización.

Es ahí donde reside el principal obstáculo de la SCJN para comprender la esencia de la interpretación que se le encomienda, porque las preguntas básicas que tenía que responder son si en lo relativo a la celebración del matrimonio todas las personas parten de una situación de igualdad, a saber, constituir una pareja que desea realizar ese contrato libremente y sujetándose a la legislación civil, y dos, si la diversa situación jurídica de los extranjeros en lo tocante a su estancia en el territorio nacional, o antes, a la calidad migratoria con que ingresan al país, de cierta forma se vincula o debe ligarse con la condición del estado civil que buscan.

El examen de constitucionalidad al que se debe someter el artículo 68 de la *Ley General de Población* dista bastante de la comprobación de que a las personas nacionales y extranjeras se les da un tratamiento jurídico diferenciado acorde con artículos como el 30 o el 33 constitucionales, o para el caso, el 8, el 9, el 11 y otros más, pues por el contrario, si esa evaluación no quiere estar viciada de origen, requiere guardar relación con el cuestionamiento sobre la pertinencia o relevancia de trasladar esa regulación al ámbito del matrimonio civil.

A pesar de permanecer firme la negativa de proteger a los quejosos, con esta segunda sentencia de la SCJN varía la situación imperante en el amparo en revisión 339/98, toda vez que un grupo de cuatro ministros elaboraron un voto de minoría en el que propusieron conceder la razón a la parte quejosa. De inicio acuerdan retomar las enseñanzas de la tesis aislada de la Primera Sala a la que tantas veces se ha aludido, para apoyar su consideración del principio de igualdad como uno de tipo estructural en la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas en nuestro ordenamiento. Acontecido lo cual se transparentan las desavenencias con la decisión mayoritaria, pues se prosigue la exposición argumentativa

con la mera enunciación de ejemplos de diversos supuestos en los que en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* quedan plasmadas diferentes vertientes de la igualdad, a veces genérica, otras tantas específica.

Posteriormente, la minoría no tiene problema en asumir que la igualdad sirve tanto para predicarla de los iguales, como para que en su cara opuesta se trate desigual a los desiguales, a partir de lo cual "en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido". Además, no duda en vislumbrarla antes como "un principio complejo que otorga a las personas no solamente la garantía de que serán iguales ante la ley –esto es, en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia– sino también en la ley –esto es, en relación con el contenido de la ley–, la cual tendrá que ajustarse a las disposiciones constitucionales sobre igualdad para ser constitucional".[24]

Definida de esa manera la igualdad, la minoría emite la contribución que se estima más sobresaliente, y cuyas repercusiones poseen una alta probabilidad de ser susceptibles de aplicarse a cualesquiera otros

24 No es extraño que la distinción propuesta entre la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, de forma precipitada se reconduzca hasta ponerla en sintonía con la asimilación de la primera a una inquebrantable uniformidad de trato, con lo cual se reduce claramente su ámbito de protección, y la visión de la segunda a una igual consideración en los contenidos de la ley, ésta sí compatible con diferenciaciones positivas. Sinceramente disentimos de esta posible orientación, sobre todo en razón de que ese par de especies de igualdad en realidad hacen alusión a las transformaciones que experimenta la igualdad con el cambio de paradigma propio al Estado de derecho, pues la igualdad ante la ley en su primera etapa es vista como una garantía de simple legalidad encaminada a desterrar toda normativa que no contemple supuestos abstractos y generales, en tanto que la igualdad en la ley, ya en un Estado constitucional de derecho, asume las funciones de garantía de estricta legalidad al condicionar los significados de la ley con las normas constitucionales.

casos en los que se combatan supuestos de discriminación, porque en esencia formula los pasos a seguir para conducir el estudio de constitucionalidad de las leyes en todos aquellos juicios en que se ponga en duda su consistencia con las garantías de igualdad, parámetros que obviamente habrán de ajustarse tratándose de actos de afectación concretos.

Para la minoría, "lo esencial es explicitar sobre la base de qué criterios y con qué fines deben considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones. Sólo así será posible marcar la necesaria diferencia entre las distinciones que son constitucionalmente legítimas y aquellas que son constitucionalmente ilegítimas y caen dentro de la prohibición de discriminación" del primer artículo constitucional.

Extrañamente es necesario interrumpir el recuento de ese voto de minoría, algo que no debe sorprender en exceso ni siquiera por alterar el orden de la exposición en este ensayo, porque a fin de ganar claridad, resulta más útil conocer de una vez las tesis que en él hallaron su germen, pero que vieron la luz en otro juicio, que no son otras que las de rubro *Igualdad. Criterios para determinar si el legislador respeta ese principio constitucional,* así como *Igualdad. Casos en los que el juez constitucional debe hacer un escrutinio estricto de las clasificaciones legislativas* (interpretación del artículo 1 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*), de la novena época, dictadas por la Primera Sala de la SCJN, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XX, de diciembre de 2004, tesis 1ª, CXXXII/2004 y 1ª, CXXXIII/2004, páginas 362 y 361, respectivamente.

Ese otro juicio de garantías en el que se cristaliza el esfuerzo de la minoría, y la última de las sentencias que aquí se recuerdan de la Corte, es el amparo directo en revisión 988/2004, votado el 29 de septiembre de 2004, por unanimidad de los ministros de su Primera

Sala, Cossío Díaz –que fue el ponente–, Gudiño Pelayo, Román Palacios, Silva Meza y la ministra Sánchez Cordero de García Villegas.

No debe extrañar que en esta sentencia tampoco se conceda la protección de la justicia de la Unión a la parte quejosa, pues con la salvedad de lo sucedido en relación con la salvaguarda de la equidad tributaria, los avances en lo concerniente a la definición de la igualdad y la proscripción de la discriminación se materializan con base en la indefensión de los particulares involucrados, quizá solamente justificada en el procedimiento resuelto el 17 de abril de 2001.

Ante esta realidad, el pronóstico de lo que pueda suceder en el futuro es incierto, pues si por un lado pudiera celebrarse que dos ministros que en el amparo en revisión 543/2003 votaron con la mayoría, ahora en el amparo directo en revisión 988/2004 modificaron su postura para sostener en esencia el criterio en ese entonces minoritario, tampoco conviene ignorar que lo hicieron no acerca del fondo de alguna cuestión de discriminación, sino respecto del procedimiento formal para construir un razonamiento convincente en torno a los problemas sobre la igualdad, algo por entero diferente, más si se atiende la parte sustancial de este último fallo.

Brevemente, la Primera Sala niega que los artículos 70 y 90 del *Código Penal Federal,* que contemplan respectivamente las figuras de la sustitución de las penas y la condena condicional, sean contrarios a alguna garantía de igualdad, y se fundamenta para ello, en principio, adoptando un criterio de evaluación sobre la constitucionalidad de esas disposiciones combatidas más flexible que el sugerido por la minoría en el caso del artículo 68 de la *Ley General de Población,* lo que obedece a su vez, de modo preponderante, al hecho de afirmar que en este posterior amparo no se actualiza ninguna afectación a un derecho fundamental de la parte quejosa, ni un ataque especialmente relevante a su dignidad humana, ni mu-

cho menos que los preceptos implicados recurran a alguna de las categorías sospechosas previstas en el párrafo tercero del artículo primero constitucional.[25]

Sobre diversas argumentaciones

En tales coordenadas, conviene estructurar este apartado de la mano del contraste entre el voto minoritario referido, la última sentencia de la Primera Sala que aquí se comenta y los elementos faltantes en ambos documentos, a fin de hacer explícitos los parámetros necesarios y tal vez suficientes para argumentar contra las diversas especies de discriminación presentes en nuestro país.

Antes, puede resultar ilustrativo tener en mente los componentes propios a un método de argumentación actualmente en boga, como es el juicio de ponderación. El provecho que puede obtenerse de este instrumento de la hermenéutica jurídica descansa en su eventual capacidad para disminuir la arbitrariedad en las decisiones judiciales, y no de menor importancia, en la posibilidad de convertirlo en una eficaz fuente de legitimidad no democrática de las labores de control de la constitucionalidad.[26]

25 Es tiempo de recordar que ese nivel ajustable de exigencia con el que se confronta la legislación de la que se duda su congruencia con la igualdad es popularizado a partir de las decisiones de la Suprema Corte estadounidense, como mejor se ilustra en M. Martín Vida, "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos…" , *op. cit.,* pp. 153-157.

26 Sin entrar en el debate provocado por la objeción *minoritaria* de lo que supuestamente adolece la justicia constitucional, en lo que concierne a este ensayo es de utilidad repetir que para tener conocimientos mínimos sobre el juicio de ponderación y contrastarlos con el uso que en esta exposición se les concede, hay que leer a R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2001, pp. 47-172 y 503-554, y a L. Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Trotta, España, 2003, pp. 175-216.

A fin de trasladar el método de ponderación a los acertijos inducidos por la igualdad, lo primero a considerar es qué tanto las diferenciaciones como las equiparaciones que se estiman enfrentadas con su protección, normalmente se justifican porque aseguran el respeto a otros fines legítimos, que no es posible desconocer *a priori*. Sin embargo, para que una medida como esa sea jurídicamente viable es requisito que la manera en que se confeccione sea idónea para proteger el fin legítimo que intenta garantizar, pues si no resulta adecuada para lograr su defensa, no se explica el eventual descuido del ideal de igualdad. Además, puede requerirse una evaluación sobre la necesidad de actuar en ese sentido, lo que demanda que las acciones con una u otra orientación, por las cuales se pretenda asegurar esos fines, sean lo menos gravosas posibles, toda vez que sólo es aceptable adoptar la prevención menos restrictiva con la igualdad.

Esta forma de construir una argumentación convincente no termina ahí, pues como último paso exige conducir un juicio de proporcionalidad, el cual obliga a decidir el caso concreto siguiendo una sencilla regla, a saber: que entre más se afecte a uno de los fines legítimos en conflicto, en igual proporción, mayor tendrá que ser la protección lograda del objetivo que se le contraponga. Con esto, debiera ser evidente que una conclusión obtenida de antemano no es posible, sino que en cada supuesto particular tendrán que hacerse las evaluaciones pertinentes.[27]

27 En otro lugar hemos dicho que esta afirmación no debe entenderse como un reconocimiento de que, por medio del examen de ponderación, lo único que se constata es la indeterminación en el derecho, así como que con ella se solapa un activismo judicial fuera de control, porque de ningún modo puede invertírsele como pretexto para que los fallos judiciales no se motiven y no sean transparentes en la argumentación a la que recurren para arribar a sus soluciones finales. Como bien se ha advertido, cada sentencia obtenida por el método de ponderación debe contar, para no ser arbitraria, con la pretensión de estabilidad y de generalización, tal como lo dice Prieto Sanchís, *ibid.,* p. 194.

Lamentablemente, tratándose de situaciones en las que está envuelta la igualdad, los problemas no se esfuman con la mera aplicación del método de ponderación. Las principales complicaciones se encuentran en un estadio previo y vienen dadas tanto por la identificación de las diferencias relevantes, como por la del contexto en el que resultan pertinentes, apropiadas u oportunas. Esas diferencias y no otras son ciertas similitudes aptas, adecuadas y acertadas. Tomar en cuenta tales variables es la clave para aplicar correctamente el principio según el cual a situaciones iguales se debe otorgar igual trato, mientras que para las diferentes se necesita un tratamiento desigual, precisamente porque así se descubre que ese canon oculta una decisión previa y fundamental, que demanda ser argumentada exhaustivamente, y que no es otra que resolver cuándo es dable resaltar la igualdad entre dos personas, y cuándo exaltar sus posibles diferencias; eso sí, en todo momento con la mira puesta en la igualdad por equiparación o por diferenciación.

Lo cierto es que entre todos los sujetos y las circunstancias en las que pueden ubicarse las relaciones sociales reguladas por el derecho siempre es factible hallar elementos de igualdad a la par de rasgos distintivos; es decir, de modo permanente existirán pretextos para destacar tanto lo que nos une como lo que nos separa, a fin de que en determinadas ocasiones impere lo uno o lo otro.

Paradójicamente, lo anterior –que constituye el examen básico para salir airoso del laberinto de la igualdad– permanece desatendido demasiadas veces. Pero eso no es todo, porque los cuestionamientos francamente se invierten a la hora de intentar aplicar medidas de diferenciación compensatoria o restitutoria, razón por la que dichas acciones positivas terminan por contemplarse como instrumentos excepcionales a la igualdad, cuando en realidad parten de las desigualdades de hecho, derivadas de situaciones de explotación, mar-

ginación y abuso de poder injustificables, pero existentes entre diversos grupos sociales y, por supuesto, entre las personas que los conforman, para buscarles un remedio en aras tanto de la igualdad por diferenciación, como de la igualdad material o real.[28]

Todavía más preocupante, incluso, es la igualdad por equiparación, en la que un lugar sobresaliente lo ocupa la prohibición de la discriminación, que es observada en bastantes contextos como contraria a la igualdad, al entender que busca pasar por alto diferencias insalvables. Con esto se acaba por defender la desigualdad para los desiguales, pero con el fin de mantener las desigualdades entre ellos, cuando lo adecuado debiera ser ignorar esas distinciones para ser consistente con la igualdad. ¡A tal grado de confusión se puede arribar! Por eso vale la pena insistir en ello tantas veces como sea posible, además de reparar en el escenario y en los actores envueltos en los temas sobre la igualdad.

Quizá resulten bienvenidas un par de ideas adicionales que facilitan la comprensión de la magnitud de los alcances y de los retos

28 Se deben hacer dos recomendaciones para darle continuidad a estas discusiones. La primera es la revisión del artículo de M. Barrère Unzueta, "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 60, mayo-agosto de 2001, Gipuzkoa, que entre muchas cuestiones interesantes advierte del desacierto consistente en seguir recurriendo a términos como *discriminación positiva* o similares para hacer referencia a las diferenciaciones compensatorias, al mismo tiempo que pone de manifiesto las carencias producidas por seguir enfrentando el fenómeno de la discriminación con una simple visión individualista, lo cual amerita en lo conducente su contraste con escritos como el de F. Zúñiga Urbina, "Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* núm. 20, Valparaíso, 2002, pp. 248-253; o el de A. Ubeda de Torres, "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo a la luz de la jurisprudencia del TJCE", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* anuario 97, Madrid, 2001-2002, pp. 189-198. La segunda, sobre todo ilustrativa en cuanto a la igualdad sustancial, remite a la lectura de A. Callinicos, *Igualdad,* Siglo XXI, España, 2003 (2000).

en torno a la igualdad, porque con ellas corren en paralelo dos asuntos más, de intenso debate.

En principio, a la igualdad y a la consecuente proscripción de la discriminación se les suele encasillar en una visión no intercultural, multicultural o plural, si se quiere, que cuanto más, demanda la puesta en práctica de otro valor de gran renombre: la *tolerancia,*[29] pero no el acercamiento desde una perspectiva en la que se dude de la presumida superioridad de la que goza la posición del intérprete, o con lenguaje más frecuente, desde un punto de vista que no vacila en autodenominarse como el de la *normalidad,* a partir del cual se enfrentan situaciones excepcionales, cuando no anormales, antinaturales o peor. Las consecuencias consisten en cortar el potencial de la igualdad hasta convertirla en asimilación, o en algo mucho más práctico, ver las soluciones a las desigualdades únicamente como *obligaciones positivas,* cuando podrían exigir no interferir con un alternativo plan de vida.

Lo segundo es realzar la escasez de fórmulas que puedan acreditar el discurso de las minorías o de los individuos que afirman su discriminación y su consecuente desigualdad, como expresiones de interés general y no particularista, con lo cual, la presumible razón de sus exigencias queda oculta para sus conciudadanos, o con mayor precisión, para las personas con las que comparten su convivencia, su confianza en un ordenamiento jurídico, su sometimiento condicionado a un sin fin de autoridades gubernamentales. De esa forma, mientras no se logre convencer de que sus demandas son en esencia las de una *igualdad en derechos humanos,* no se podrán aprovechar a tope las ventajas de una ideal democracia deliberativa.

29 Se maximiza su peso tradicional en C. Thiebaut, *De la tolerancia,* Visor, España, 1999.

Proseguir con estas disertaciones por ahora resulta excesivo. Mejor concluir este trabajo con lo prometido: el análisis de los pronunciamientos de la Corte referidos. El primero es el voto de minoría y la argumentación en él ensayada para decidir si la distinción marcada en el artículo 68 de la *Ley General de Población* entre personas nacionales y extranjeras, en lo concerniente al matrimonio civil, es o no justificable, es o no contraria a la igualdad, es o no una diferenciación "objetiva y razonable"; en fin, es o no una discriminación que contraviene a la *Constitución*.

Para llegar a tal definición, la estructura de la argumentación de los ministros disidentes consta de cuatro pasos. Primero, ubicar si la distinción conducente, pero no sólo la del artículo 68 sino toda "distinción introducida por el legislador", puede fundarse en "una finalidad objetiva y constitucionalmente válida", sin que en apariencia importe que ésta sea expresa o tácita, por lo menos no confrontada con las disposiciones constitucionales, admisible. Segundo, si la distinción aprueba un *test* de racionalidad o adecuación, que no es otra cosa que verificar si esa medida es apta para funcionar como medio plausible en el logro de la finalidad perseguida, porque si no es clara esa instrumentalidad, o es ineficaz, no será razonable.

Hasta aquí el voto de minoría se conserva en la tónica del método de ponderación, pero una grave alteración aparece con el siguiente escalón sugerido, dado que en él se fusionan el criterio de necesidad y el juicio de proporcionalidad, aunque da la impresión que el primero es descartado por respeto a la libertad del legislador, variación que de cualquier forma será resaltada posteriormente. Atendiendo esas dificultades, resulta prudente acudir a las palabras textuales de los ministros:

> En tercer lugar, debe cumplirse el requisito de la proporcionalidad de la medida legislativa bajo examen: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, sino que debe cuidar que exista un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida. Queda por supuesto excluido del ámbito de lo que esta Suprema Corte debe examinar en el ejercicio de sus funciones, la apreciación de si la distinción realizada por el legislador es la medida más óptima y oportuna para alcanzar el fin deseado; ello exigiría aplicar criterios de oportunidad política cuyo uso es totalmente ajeno a la competencia jurisdiccional de esta Corte.
>
> La misma se limita a determinar si la distinción realizada por el legislador 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 afectados por la misma, con independencia de que, desde ciertos puntos de vista, unos puedan considerarse preferibles a otros. Lo que la garantía constitucional de la igualdad exige es, en definitiva, que la persecución de un objetivo constitucionalmente válido no se haga a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

Para cerrar con broche de oro, la minoría recuerda la naturaleza *relacional* de la igualdad, su carácter adjetivo, lo cual es determinante para apreciar "respecto de qué se está predicando la igualdad o la desigualdad en el caso concreto" y, a su vez, su carácter básico para distinguir niveles o grados de exigencia en sus labores de control.

Con el fin de afrontar la indagación sobre la igualdad, pero sobre todo, con el de individualizar la categoría de rigor desde la cual se construye su juicio de constitucionalidad, la minoría adopta como principal referente –o *contexto relacional*– el hecho de que las distinciones propuestas por el legislador toquen ciertas instituciones cardinales, tales como los derechos fundamentales, la dignidad hu-

mana –cualidades sobre las cuales se proscribe la discriminación–, y las distinciones del párrafo tercero del artículo primero constitucional, en virtud de las cuales se logra ampliar el ámbito de protección del principio y las garantías de igualdad, aunque no al grado de que su uso quede para siempre desterrado, de que queden vedadas en calidad de distinciones arbitrarias, sino a fin de "obligar al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de establecer distinciones legislativas" basadas en ellas.

Dicho lo cual, la minoría se vuelve sobre los parámetros enunciados arriba, para subir un grado la severidad en su aplicación, a la usanza estadounidense, pues en presencia de "un escrutinio de igualdad más cuidadoso", el fin legítimamente perseguido con la distinción legislativa no es ya uno meramente admisible, sino uno con soporte constitucional manifiesto importante. La medida de adecuación no se contenta con una conexión de instrumentalidad potencial, sino con un vínculo directo útil, y su proporcionalidad tendría que dejar de ser condescendiente con las eventuales afectaciones a los objetivos vencidos por la distinción, de censurar únicamente un desbalance *grosero*, hasta reivindicar un equilibrio entre los principios enfrentados en el que "no se detecten alternativas menos gravosas", con lo cual se rescataría el criterio de necesidad.

La minoría evalúa el artículo 68 y decide no avalarlo, porque observa en él una distinción que limita un derecho fundamental, el "derecho a casarse", la utilización de una de las categorías *sospechosas,* y la afectación a la dignidad humana; en consecuencia, lo somete a un examen estricto, que por si fuera poco, de inicio parece escoltarse con el reconocimiento de la igualdad entre personas extranjeras y nacionales como regla general, resaltando su *igualdad en derechos.*

Caben dos observaciones coyunturales sobre lo anterior, pues por una parte no deja de ser curioso que la minoría confiera a la

celebración del contrato civil de matrimonio la calidad de derecho fundamental implícito, con base en la protección de la familia consagrada en el artículo cuarto constitucional, aunque en ello es de aplaudirse que lo haga bajo la advertencia de que constituye una de tantas "estructuras sobre las que puede asentarse la familia". Por la otra, es oportuno señalar que según el planteamiento minoritario, la autorización del artículo 68 no se requiere en el caso de matrimonios entre dos extranjeros, lo que de ser verdad, actualizaría una discriminación *inversa* en contra de mexicanos.[30]

Asimismo, habría que notar un detalle fundamental en la argumentación de la minoría, porque a fin de justificar que se está en presencia de un supuesto en el que se involucra la dignidad humana hace eco de un razonamiento esgrimido por los recurrentes, en el sentido de que existe un atentado contra su privacidad, porque a esa esfera pertenece la celebración del matrimonio. En ese orden de ideas, hubiera sido interesante que desde la demanda inicial se planteara el contraste entre el citado artículo 68 y el derecho a la vida privada o a la intimidad.

Como sea, sujeto el artículo 68 de la *Ley General de Población* a una evaluación estricta, termina por reprobar el *test* de constitucionalidad. La minoría resume la estructura de este análisis riguroso del caso concreto señalando que si bien "el legislador puede hacer distinciones sobre la base del origen nacional de las personas", para que "las mismas sean razonables y no arbitrarias, deben estar al servicio

30 Esto es así porque al cónyuge nacional en un matrimonio realizado con una persona extranjera se le estaría sometiendo a una carga adicional que no deben soportar los cónyuges en un matrimonio en que ambas partes son extranjeras; es decir, en ese caso se le daría preferencia a los extranjeros sobre los mexicanos. El lenguaje es prestado del escrito de J. D. Janer Torrens, "El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* año 7, núm. 14, enero-febrero, Madrid, 2003.

de un objetivo constitucionalmente importante, deben ser claramente efectivas para la consecución del mismo, y deben ser proporcionales y no innecesariamente gravosas de bienes y derechos constitucionalmente protegidos".

Asumidas estas pautas, la minoría se da a la tarea de hallar la finalidad que el artículo 68 persigue, para después corroborar si ella se mantiene acorde con un objetivo constitucionalmente importante. Así, apelando a la exposición de motivos de la *Ley General de Población,* que no deja de estar contaminada con una visión utilitarista en relación con la presencia de extranjeros en el país, obtiene como motivo de justificación para la autorización contemplada en dicho precepto el de evitar que se abuse del matrimonio como vía de acceso a la nacionalidad mexicana por personas sin ánimo de coadyuvar al desarrollo nacional, pero sobre todo, sin intenciones de *compartir* nuestro modo de vida. Luego de lo cual confirma que la regla general es la igualdad en el disfrute de los derechos constitucionales entre personas extranjeras y nacionales, pero limitada de forma excepcional en diversos artículos de nuestro ordenamiento fundacional, disposiciones que a su vez otorgan fundamento a la relevancia de la distinción entre ambos estatus, y de paso justifican que "el interés del Estado por monitorear de algún modo a las personas que adquieran la nacionalidad mexicana" sea uno *constitucionalmente válido,* lo que se traduce en que las medidas gubernamentales encaminadas a impedir que no cualquiera consiga "la nacionalidad mexicana por la vía del matrimonio" sean consistentes, en virtud de tales preceptos diferenciados, con "un objetivo que goza de apoyo constitucional".

Para ser precisos, en ese momento asoma un leve error en la argumentación, en razón de que en todo caso el fin legítimo perseguido podría ser el establecimiento de una regulación necesaria para controlar la adquisición de la nacionalidad mexicana, punto, sin que

tenga importancia que el camino sea el matrimonio; fin que, no se olvide, según la minoría es exigido por los artículos constitucionales que distinguen para efectos muy concretos entre nacionales y extranjeros.[31]

Este sombrío panorama se matiza de inmediato porque la minoría entiende que la autorización del artículo 68 de la *Ley General de Población* no es un medio adecuado para lograr la consecución del objetivo mencionado, porque no garantiza que la Secretaría de Gobernación la use para conceder o negar una eventual naturalización, y porque en lo concerniente a la obtención de la nacionalidad mexicana el matrimonio de un extranjero con un nacional no le adjudica automáticamente la nacionalidad por naturalización, ni asegura que ese cónyuge extranjero albergue siquiera la intención de naturalizarse, ni implica la única forma de adquirir nuestra nacionalidad, o en frase exacta de los ministros, "no es superfluo hacer notar que el matrimonio con un ciudadano mexicano no es una condición necesaria ni suficiente para adquirir la nacionalidad mexicana".

Por último, y a pesar de que el artículo 68 haya quedado desacreditado desde el segundo estadio de un juicio de ponderación, la minoría busca fortalecer su decisión acudiendo a *su* requisito de

31 Aunque es innegable que existe soporte constitucional para diferenciar entre nacionales y extranjeros, la eventual *discriminación* que ello produce, si bien avalada por nuestro ordenamiento fundacional, no puede dejar de cuestionarse a la luz de escritos tan clarificantes como el de Luigi Ferrajoli, "Libertad de circulación y constitucionalismo global", en *Razones jurídicas del pacifismo,* Trotta, España, 2004, pp. 125-135, autor que en muchas más ocasiones se ha pronunciado en tono crítico contra la diferencia de *status* provocada por la ciudadanía nacionalista. Tampoco deben pasar inadvertidas otras opiniones de su autoría en torno a la igualdad, como las manifestadas en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* 5a. edición, Trotta, España, 2001 (1989), pp. 905-912, e "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil,* 2a. edición, Trotta, España, 2001 (1993), pp. 73-96.

proporcionalidad al encontrar en la autorización de mérito un peligro serio que pudiera obstaculizar el ejercicio de un derecho fundamental, una limitante o restricción grave de un derecho, que además es irrelevante para el cumplimiento de la finalidad legítima en juego. A ello hay que agregar que no es equilibrada, porque de un lado es demasiado amplia –ya que se le intenta justificar como medio de control en la adquisición de la nacionalidad mexicana, cuando no todos los extranjeros que se casan pretenden su naturalización– y por lo mismo es una limitación *ad cautelam*; y por otro lado, no es necesaria, es decir, es una medida que no es la menos gravosa imaginable, lo que se ve confirmado porque, bajo su misma lógica, sería indispensable en otros supuestos en los que, sin embargo, no se ha permitido esa intervención de la Secretaría de Gobernación y, por si ello fuera poco, somete a los cónyuges interesados a una posible discrecionalidad administrativa que no puede ser corregida por vía reglamentaria. En consecuencia, le resulta indudable a esa minoría que dicho precepto deviene inconstitucional.[32]

Hasta ahí llega lo que importa enfatizar del voto minoritario, y siendo así, se hace perentoria su crítica constructiva, sintetizada en tres apuntes básicos. En primer lugar, no debe pasar inadvertido que si la minoría intentaba aplicar el juicio de ponderación –lo que no necesariamente es irrefutable, pues bien pudo pretender elaborar un método *sui generis* de argumentación que combina las enseñanzas de la Corte estadounidense con aquél– incurre en una alteración manifiesta a la hora de llevarlo a cabo, pues como se advirtió en su momento, fusiona los estadios en los que intervienen el parámetro de necesidad y el de estricta proporcionalidad.

32 Llama la atención que mientras se argumenta la tercera razón para mostrar lo desproporcionado del artículo impugnado, se reconoce como un fin legítimo involucrado el de la seguridad nacional.

Efectivamente, el juicio de proporcionalidad se realiza para localizar una fórmula de equilibrio entre los principios enfrentados, tratando de lograr su conservación mutua si es posible, o en caso contrario, prefiriendo para el supuesto concreto a uno de ellos, pero procurando que el fin legítimo descartado sólo lo sea en la medida en que el objetivo prevaleciente se vea beneficiado. Así, esta pauta se actualiza en lo concerniente a fines, objetivos, principios o derechos encontrados, para luego influir en las acciones específicas que intentan resolver su oposición.

En la hipótesis que fue objeto de estudio por parte de los ministros disidentes, es sencillo apreciar que esa actuación concreta no es otra que la distinción legislativa del artículo 68 entre personas nacionales y extranjeras, que trae por consecuencia la exigencia de la autorización de la Secretaría de Gobernación, pero que los fines legítimos, los principios, los objetivos constitucionalmente importantes en disputa, lo son por un lado la igualdad, los derechos que ella fundamenta y la prohibición de una discriminación por motivo del origen nacional, y por el otro, la pretensión estatal, la competencia, la facultad, que nunca es caracterizable como un derecho, de regular la política migratoria y la condición jurídica de los extranjeros, e incluso, la seguridad nacional, sin importar todo lo criticable que esas finalidades sean. En ese contexto, lo que en realidad conducen es un estupendo análisis que aclara la incoherencia del artículo 68 con la pauta de necesidad, pero carente de juicios que revelen su inconformidad con la primacía del segundo conjunto de aquellos fines.

Por otra parte, es de celebrarse que en el voto minoritario se evite el peligro de suponer *a priori* cualquier distinción como una discriminación, logro que se alcanza al considerar primordial la verificación en el caso concreto de la presencia o ausencia de una afectación a un derecho humano que, conviene repetir, es la esencia, la base, el

rasgo definitorio de toda discriminación, y que a su vez repercute en el nivel de exigencia al examen de constitucionalidad conducente.

Con ese proceder existen elementos que, siendo optimistas, permiten intuir que ante una medida de diferenciación positiva o compensatoria, en nuestra Suprema Corte de Justicia hay ministros que no la descalifican de antemano, ni la someten a una revisión innecesariamente estricta, porque son capaces de verla como un instrumento a favor de la igualdad, que lejos de poner en riesgo cualesquier derecho involucrado, tiene por meta principal el ajuste de ciertas desigualdades en defensa de la *igualdad en derechos fundamentales,* eso sí, a costa de reducir poderes y privilegios que nunca califican como derechos básicos.

Lo tercero es insistir que, en forma similar a lo que ocurrió con la mayoría, en el voto minoritario se pierde de vista que un juicio en el que está envuelta la igualdad es más cómodo de resolver si los esfuerzos se orientan de inicio a ubicar las distinciones relevantes y el contexto en el que se recurre a ellas.

La constitucionalidad del artículo 68 de la *Ley General de Población,* por lo que hace a su consistencia con la igualdad, estriba en saber si en el escenario del matrimonio civil, que es el contexto en el que se desarrollan o ponen en práctica las consecuencias jurídicas concretas, la diferencia de nacionalidad –que al final de cuentas es una singularidad en torno al lugar de nacimiento, algo meramente accidental o fortuito o, en todo caso, una característica personal que no controla el interesado directo– es un elemento determinante.

La respuesta resulta obvia, pues para efectos de contraer matrimonio nada tiene que ver el origen nacional, ya que ante esa situación, sin importar nuestros rasgos de identidad, todas las personas somos iguales, o de menos ha de concedérsenos una igualdad por equiparación.

En cambio, la minoría piensa equivocadamente que el contexto con el que se vincula la distinción combatida depende de los derechos fundamentales, la dignidad humana o las categorías *sospechosas* implicadas. No es así en lo relativo al amparo en revisión 543/2003, donde la desigualdad de trato se actualiza precisamente en lo tocante al matrimonio civil y los requisitos para realizarlo. Esos tres *referentes* son trascendentales con el fin de considerar el grado de rigidez que debe seguir el examen de validez constitucional, para no circunscribir tal distinción.

En cuanto a la sentencia de la Primera Sala de la SCJN en el amparo directo en revisión 988/2004, la crítica no puede ser tan benigna, ni el balance tan esperanzador. Retomando lo expuesto previamente, en resumen se considera que los artículos 70 y 90 del *Código Penal Federal* son "disposiciones legales que afectan una materia en la cual el Legislativo goza de un amplio margen de decisión", ante lo cual, "lo único que el respeto al principio de igualdad exige es que las distinciones introducidas por el legislador se vinculen con una finalidad constitucionalmente admisible, que estén racionalmente conectadas con ese fin, y que no incurran en desproporciones groseras en términos de los bienes y derechos afectados"; es decir, se suaviza su evaluación.

Más que cuestionar la pertinencia y el apego a los pasos propuestos en el examen *soft* o *light* de constitucionalidad, el desacierto de esta decisión de la Primera Sala es haberlo seguido, por lo que es suficiente anotar dos argumentos muy simples. Uno, que a los ministros se les borra de la mente por completo que en el juicio que conocen sí hay un derecho fundamental afectado, que no es la obtención de una pena sustitutiva o la aplicación de una condena condicional, sino uno más elemental, la libertad de una persona, tema que por supuesto también incide en su dignidad humana. Dos,

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 132

da la impresión de que nunca comprenden del todo que la medida específica que pudiera convertirse en inconstitucional no es tanto la eventual comparación entre reos procesados por delitos graves o no, sino la *igualación* que surge cuando se fija como criterio definitorio la duración de la pena.

El tiempo de esa manera ahorrado es conveniente invertirlo en un comentario extra, que es imprescindible a fin de no dejar pendiente sin resolver. En diversas oportunidades ha salido a la luz la utilización del criterio jurisprudencial contenido en la tesis aislada del rubro *Extranjeros, solicitud de amparo por Legitimación*. Pues bien, considerando su invocación en la sentencia de la SCJN respecto del amparo en revisión 339/98, no sobra una crítica final a la forma de argumentar de ese órgano colegiado, consistente en señalar que en ese juicio concreto lo que nunca se aclaró fue el motivo para diferenciar entre lo que se avaló contrario al artículo 17 constitucional, la actuación exigida en el artículo 67 de la *Ley General de Población* para tramitar un juicio de amparo, y lo que se apreció coherente con tal precepto constitucional, la certificación más incisiva del artículo 69 de esa *Ley*.

Conclusiones

Lo primero es reiterar que la definición de la discriminación, su identificación, es una empresa que llega a mejor puerto si se combinan fuentes constitucionales, legales e internacionales, o cualquier otra consistente con el principio *pro homine,* al mismo tiempo que no se descuida recordar que el rasgo esencial que marca toda acción discriminatoria prohibida no es otro que la afectación que persigue, y/o que obtiene, de los derechos humanos o fundamentales de cualquier persona.

Enseguida es preciso no confundir cada una de las vertientes de la igualdad, y no sólo porque se la caracterice como valor, principio, derecho o garantía, algo que hace también nuestra Suprema Corte, como ha quedado evidenciado, sino sobre todo cuando se trata de interpretar sus alcances como igualdad entre iguales –pues cada persona es siempre igual a las demás en ciertos aspectos– o como igualdad por equiparación –cuando las diferencias entre los seres humanos no son relevantes o cuando se recurre a ella para distinguir entre los desiguales–, a fin de cuidar el desarrollo autónomo de la personalidad y los planes de vida respectivos, pero también para buscar la diferenciación positiva que nos equilibre.

En ese trayecto, fundamental es observar que la igualdad ante la ley incluye tanto la equiparación como la diferenciación, siempre que éstas persigan la igualdad, y que en todo momento ello resulta insuficiente si no se le entiende interdependiente con la igualdad sustancial, material o real, de la que algún rastro también queda en los considerandos de las sentencias de la Suprema Corte aquí analizados, vestigios que adecuadamente explotados pueden fundar ese mandato sustantivo.

Igualmente ha de advertirse que se hallan elementos en los pronunciamientos de la SCJN proclives a la constitucionalidad de las medidas de diferenciación compensatoria o restitutoria, a las denominadas acciones positivas, que nunca son formas de discriminación, pues lo que persiguen es la *igualdad en derechos,* no su limitación o restricción; confusión ésta –inconsciente o premeditada– que sólo se mantiene de olvidarse que de la igualdad ante la ley no quedan fuera las diferenciaciones que persiguen reponer los equilibrios perdidos, toda vez que la igualdad formal que la alimenta y las generalizaciones que supone demandan la consideración de ciertos rasgos distintivos en las personas, su *especificación,* sirven para compensar desigual-

dades. De lo contrario, sencillamente se le confundiría con una homogeneización, o bien, se le explotaría para que bajo el velo de la neutralidad perduraran las injusticias.

En otro orden de ideas, lo único que vale la pena destacar en este apartado en lo concerniente al modo más fructífero de argumentar contra la discriminación o a favor de la igualdad, depende el caso, es que no se pierda de vista que si en esa tarea se decide emplear el método de ponderación, importa no alterar sus contenidos, pero sobre todo, que es de mayor trascendencia conducirlo de la mano de una interpretación garantista del derecho, y antes de intentarlo, confirmar si la hipótesis sometida a juicio no se resuelve con mayor sencillez con la adecuada identificación de las distinciones relevantes, así como de los contextos en las que se actualizan.

En el plano de las noticias incómodas, de las cuales debido es dejar constancia para que no se acuse a los autores de este ensayo de falta de imparcialidad, pero también para evitar una crítica por carecer de la actualización mínima requerida, merece una mención de honor la tesis aislada del rubro *Extranjeros. El artículo 68 de la Ley General de Población que establece como requisito la autorización por parte de la Secretaría de Gobernación para que aquéllos contraigan matrimonio con mexicanos, no viola la garantía de igualdad,* de la novena época, dictada por el Pleno de la Corte, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* tomo XXII, de julio de 2005, tesis P. XXIII/2005, página 8, la cual representa la culminación de los desaciertos en que incurriera nuestra Suprema Corte de Justicia, o con mayor fidelidad, una mayoría de sus integrantes, en lo referente al combate de una forma de discriminación que es insostenible en un país como México, que sólo en otras latitudes intenta la defensa de los migrantes.

Finalmente, como se había adelantado, en este ensayo se ha renunciado a una pretendida exhaustividad, en buena medida por-

que el estudio sobre la prohibición de la discriminación, así como la construcción de la argumentación suficiente para preparar una adecuada defensa de los derechos de igualdad, requiere de modo indispensable el conocimiento de los criterios emanados del derecho internacional de los derechos humanos, asunto que de momento ha quedado postergado, y que sin duda es una discusión pendiente que invita a seguir conversando en el futuro.

No obstante, ello no es pretexto para retrasar la consulta de fuentes tan interesantes como útiles originadas en ese ámbito, como son el comentario general número 18 del Comité de Derechos Humanos, órgano al que se confía la interpretación y salvaguarda de los derechos enunciados en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* o resoluciones como la que dictara en el caso *Nahlik vs. Austria* (608/95), en la que señala que se deriva de las obligaciones de los Estados parte en el aludido tratado internacional, la de asegurar que todo individuo dentro de su territorio y sujeto a su jurisdicción no pueda sufrir ningún tipo de discriminación, sea que ésta ocurra dentro de la esfera pública, o bien, que emane exclusivamente de la órbita de las relaciones entre particulares.[33]

Por su parte, en el espacio interamericano, los criterios sobre la discriminación varían desde los que se hallan en la opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero, donde se nota un incipiente desarrollo de las ideas conducentes, más bien de tipo meramente subjetivo, a excepción del voto separado del juez Piza Escalante, que retoma pautas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de otro cuño, tales como los parámetros de objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, hasta los de la reciente opinión consultiva

33 Para encontrar información con mayor detalle, conviene revisar la obra de Joseph Schultz y M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary,* Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 518-571.

OC-18/2003, del 17 de septiembre, en la cual se considera la prohibición de la discriminación como norma de *ius cogens*.[34]

Bibliografía

Aguirre Anguiano, Sergio *et al*

2004 "Igualdad y discriminación en México. Un análisis constitucional", *Este País. Tendencias y opiniones,* núm. 163, octubre, México DF.

Alexy, R.

2001 *Teoría de los derechos fundamentales,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España.

Barrère Unzueta, M.

2001 "Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 60, mayo-agosto, Gipuzkoa.

Callinicos, A.

2003 *Igualdad,* Siglo XXI, España.

Carbonell, Miguel

2004 *Igualdad y Constitución,* "Cuadernos de la Igualdad", núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

34 Elemental para repasar todos los casos y opiniones sobre el tema es la recopilación de Sergio García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* IIJ-UNAM, 2001, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 137

De Lucas, J.

2004 "Inmigrantes, extraños a la comunidad, enemigos. Ida y vuelta en la respuesta del derecho a la inmigración", *Sociologia del diritto,* vol. xxxi, núm. 2, segundo cuatrimestre, Milán.

2003 "Inmigración y globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración", en *Inmigración y ciudadanía. Perspectivas sociojurídicas,* Universidad de la Rioja, España.

Dworkin, Ronald

1993 *Los derechos en serio,* Planeta-De Agostini, España.

Ferrajoli, Luigi

2004 *Epistemología jurídica y garantismo,* Fontamara, México.

2004 "Libertad de circulación y constitucionalismo global", en *Razones jurídicas del pacifismo,* Trotta, España.

2001 *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* quinta edición, Trotta, España.

2001 "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, segunda edición, Trotta, España.

García Ramírez, Sergio

2001 *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Janer Torrens, J.

2003 "El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa", *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* año 7, núm. 14, enero-febrero, Madrid.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 138

Lorca Martín de Villodres, M.

2002 "La igualdad: reflexiones para un planteamiento sistemático en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje,* tomo xiv, núm. 3, septiembre, San Sebastián.

Martín Vida, M.

2003 "Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el derecho estadounidense", *Revista Española de Derecho Constitucional,* año 23, núm. 68, mayo-agosto, Madrid.

Peces-Barba, G.

1999 *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Ed. Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos iii, Madrid.

Pérez Portilla, K.

2005 *Principio de igualdad: alcances y perspectivas,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

Prieto Sanchís, L.

2003 *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Trotta, España.

Rodríguez Zepeda, Jesús

2004 *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, "Cuadernos de la Igualdad", núm. 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

Schultz, Joseph y M. Castan

2000 *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, Oxford.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 139

THIEBAUT, C.
1999 *De la tolerancia,* Visor, España.

UBEDA DE TORRES, A.
2001-2002 "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo a la luz de la jurisprudencia del TJCE", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* anuario 97, Madrid.

ZÚÑIGA URBINA, F.
2002 "Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* núm. 20, Valparaíso.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 141

Género, diversidad sexual y discriminación

por Myriam Brito Domínguez*

Introducción

El tema de la discriminación, así como la reflexión, análisis e investigación sobre las problemáticas que conlleva, es de aparición reciente en nuestro país. Se puede fechar a partir de la reforma constitucional de 2001 –donde se establece expresamente la prohibición de discriminar en el artículo 1 de la *Constitución* mexicana– y de la promulgación, en 2003, de la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (LFPED), que da origen al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Ello ha generado condiciones para trabajar en torno a un problema social muy delicado, que afecta a grandes sectores de la población y que tiene graves consecuencias en la vida de las personas. Dichas condiciones, asimismo, se deben considerar en el marco mucho más amplio de la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y fundamentales.

El diplomado sobre el derecho a la no discriminación que organizaron el CONAPRED, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), es

* Licenciada en sociología por la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco y maestra en filosofía política por la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.

una importante contribución a la investigación sobre estas cuestiones, ya que fue una oportunidad para reflexionar sobre temas específicos desde la perspectiva de la no discriminación y los derechos.

El presente trabajo tiene como objetivo realizar un primer acercamiento al problema de la discriminación por preferencias sexuales[1] e identidad y expresión de género. En el primer apartado se intenta plantear un marco conceptual mínimo, el cual, desde una perspectiva de género, ayude a dar cuenta del contexto sociocultural en el que se desarrollan las distintas manifestaciones de la sexualidad y las implicaciones sociales que tiene. En el segundo apartado se plantean algunas ideas básicas sobre la discriminación como problema social y asunto jurídico. Finalmente, en el tercero y cuarto apartados se realiza un análisis inicial acerca de la discriminación por preferencias sexuales e identidad y expresión de género, en general y en México, tratando de explicar cuáles son algunas de sus manifestaciones más recurrentes y las consecuencias e implicaciones que tienen para la vida de las personas y su dignidad humanas.

Género e identidades

Se ha dicho ya innumerables veces –aunque tal vez no suficientes– que aquello a lo que se asigna y se conoce con los nombres de *mujer* y *hombre* son construcciones sociales y culturales, lo cual implica una visión distinta de aquellas concepciones donde aparecen como meros productos de la *naturaleza,* con características y funciones previamente asignadas, fijas e inmóviles. Las teorías feministas han

1 Sin ignorar que también existe y se usa el término de *orientación sexual,* en este trabajo se decide utilizar el de *preferencias sexuales* porque alude, en opinión de la autora, al derecho que las personas tienen a decidir cómo quieren vivir su sexualidad.

polemizado desde hace al menos 40 años con estas concepciones de los cuerpos y los sexos, y han propuesto una lectura diferente respecto de la manera como se *construyen,* de sus referentes de formación, así como de las relaciones que establecen entre sí, marcadas generalmente por la diferencia traducida en desigualdad. En este sentido, el sexo aparece como una categoría compleja que puede tener múltiples significados y dar cuenta de diversos fenómenos. Sin embargo, cuando algunos de ellos son leídos desde el concepto (y la perspectiva) de género muestran una caracterización distinta a la que generalmente se les adjudica. Como afirma Estela Serret: "La noción de género enfatiza el hecho de que lo que conocemos como hombres y mujeres no son realidades naturales, sino culturalmente construidas".[2]

La categoría de género ayuda a comprender que lo *femenino* y lo *masculino* son elementos que sirven como referentes *simbólicos* (según se verá más adelante) para la construcción de las identidades de mujeres y hombres. En este sentido, cabe señalar que la relación entre las teorías feministas y el concepto de género es indisoluble, pues éste sólo puede entenderse en el contexto de las preocupaciones, críticas y desarrollos de aquéllas. La categoría de género (sobre la cual se irán construyendo distintos planteamientos teóricos) es una herramienta conceptual, elaborada desde el análisis feminista, que permite explicar el proceso por el cual la cultura genera identidades y significados diferenciados, partiendo de los cuerpos sexuados (presuponiendo cierta orientación del deseo) y mostrando cómo estas diferencias se traducen en desigualdades.

2 Estela Serret, "Género y feminismo", *Diálogo y debate,* núms. 15-16, enero-julio de 2001, México, p. 88.

De acuerdo con Serret, el par mujer-hombre, y los referentes a partir de los cuales adquiere su significado, son producto de la cultura, enténdiendola como un *ordenamiento simbólico* que a su vez obtiene sentido a partir de su oposición con la noción de *naturaleza,* que por sí misma no tiene ningún contenido: "Lo cultural [en su nivel más abstracto] es una realidad específica que sostiene una relación disruptiva con respecto a lo natural […]; esa realidad está construida como un entramado de significaciones que se organizan a través de un ordenamiento simbólico".[3] De esta forma, la cultura se encuentra formada por elementos simbólicos que funcionan como *organizadores* de todo aquello considerado como humano: la distinción, clasificación y jerarquía de símbolos y significados produce, organiza y da sentido a la vida humana tal como la conocemos. Algunos de los diversos *complejos de símbolos* (o *simbólicas*) que dan forma a la cultura son los de nación, raza, etnia, religión y, por supuesto, género, que es uno solo, pero que se constituye a partir de la pareja conceptual e indisoluble femenino-masculino y funciona como un *ordenador primario*.[4]

Lo que se desea destacar aquí es que las *identidades,* a nivel individual y colectivo, se construyen y dependen de los referentes simbólicos que están contenidos en la cultura. En este sentido, se debe agregar que el concepto de identidad es sumamente complejo y puede entenderse de múltiples formas.

3 Estela Serret, *El género y lo simbólico. La constitución imaginaria de la identidad femenina,* UAM-A, México, 2001, p. 33.

4 Se puede considerar al *género como un ordenador primario,* porque las personas, al nacer, lo primero que "adquieren" es la lectura cultural y social sobre su cuerpo, la cual las asigna como hombres o mujeres, pero ello sólo tiene significado, como se verá, en relación con la simbólica del género.

Sin embargo, aquí sólo se desea señalar que la identidad nos remite al plano del *imaginario,* la subjetividad y el sentido que adquieren el ser y el actuar de las personas a partir de ella:

> De esta forma, el concepto de imaginario, que expresa el nivel de actuación de la subjetividad, se refiere a la manera como los sujetos se piensan y se perciben a sí mismos, y en esta medida, a las prácticas desarrolladas desde esta percepción. En efecto, la autopercepción subjetiva, a la cual llamaremos con el nombre mucho más indicativo de identidad, es siempre imaginaria, y como tal, compleja, contradictoria, cambiante, pero construida en la ilusión de coherencia, solidez y eternidad. La complejidad de la identidad subjetiva se revela antes que nada en que su constitución depende no de una sino de múltiples simbólicas.[5]

También se debe considerar que las identidades se construyen en un proceso de continua interacción y tensión entre el nivel de la identidad individual –que remite a la autopercepción subjetiva y al imaginario en cada persona– y el nivel de las identidades colectivas –que se relaciona con la autopercepción grupal y el imaginario social.[6]

De esta manera, el género es una de las simbólicas que sustenta el entramado cultural y que actúa como referente para la constitución de las identidades individuales y colectivas. El género simbólico es un ordenador primario, lo cual implica que es un organizador primario de significaciones, punto de partida de lo humano, el cual se constituye como marco de referencia y sentido para las acciones de

5 Estela Serret, *Identidad femenina y proyecto ético,* UAM-A-Programa Universitario de Estudios de Género, UNAM-Porrúa, México, 2002, p. 36.

6 Se entiende el concepto de *imaginario social, grosso modo*, como el conjunto de prácticas, creencias, concepciones y valores sociales que dan forma a las identidades colectivas.

las personas. Se estructura a partir de la pareja indisoluble masculino-femenino, porque sólo en su oposición constituyen significados admisibles; esto es, construyen significados en su mutua, opuesta y necesaria relación.

Sin perder de vista que la argumentación es mucho más compleja, se quiere destacar que los significados, ideas y sentidos de lo que conocemos como mujer y hombre (incluido lo que atañe al deseo y los cuerpos) están vinculados y se construyen a partir de los referentes simbólicos de género, o sea, de aquello que culturalmente se constituye como femenino y masculino.

"La humanidad, sin dudas, está dividida en géneros, y ésta es una distinción fundamental. Pero, de nuevo, es una distinción simbólica. Esto significa que está apoyada en un referente no natural, sino [de] significado. El cuerpo humano también ha sido transformado en un hecho de cultura cuando se le atribuye un sentido a su configuración".[7] De ahí el papel fundamental que tiene el género simbólico como referente central para la constitución de identidades.

En los referentes simbólicos de género, como entramados de significaciones, también se reproduce esta misma operación de delimitación-oposición, pero en ella lo masculino se asocia con la cultura, el orden, el yo, el nosotros, la unidad, lo constituido, lo central, lo propio y lo humano; mientras que lo femenino, como su opuesto y su límite, se asocia con la naturaleza, el caos, el otro, el enemigo, el mal, lo ajeno, la oscuridad, lo incognoscible, lo marginal y lo no humano. Desde esta perspectiva, lo femenino aparece como una categoría límite que tiene múltiples y densas significaciones, aunque todas con un signo negativo, como lo temido, lo peligroso, pero también como lo deseado. Es por esto que debe permanecer

7 Estela Serret, *ibid.*, p. 31.

bajo el control de la cultura y lo masculino, pues de ello depende el mantenimiento y sentido del orden (simbólico) humano. Lo femenino adquiere un *sentido* desvalorizado y su subordinación a lo masculino aparece como condición de posibilidad para la existencia misma del orden social.

Cabe señalar que esta asociación de lo femenino con la naturaleza es un elemento central de todos los órdenes culturales y está presente en las sociedades tradicionales y sus relatos míticos, así como en las grandes religiones, como el judaísmo, el cristianismo y el islamismo. Lo que importa destacar aquí es que esta asociación de lo femenino con la naturaleza ha sido posible a partir de cierta lectura cultural sobre los cuerpos humanos. Así, aquellos cuerpos que periódicamente expulsan sangre y que pueden dar vida a otros seres son más fácilmente asociados con la naturaleza, lo distinto, lo otro y lo femenino. Los significados sociales, morales, religiosos, etcétera, que se asocian y construyen a partir de estos cuerpos varían enormemente; sin embargo, su vinculación con la naturaleza y lo femenino aparece como una constante.

Si bien es cierto que la simbólica del género esta inmersa en procesos sumamente complejos, dado que no es la única referente de los órdenes culturales que participa en la conformación de identidades (aunque sí la primera), lo que aquí se busca es aportar algunos elementos para reflexionar sobre los referentes que se encuentran en la base de esos constructos sociales que denominamos mujeres y hombres; estos elementos, dicho sea de paso, han sido desarrollados por las teorías feministas para entender las relaciones de exclusión, desigualdad y discriminación entre los sexos, y también el problema de la subordinación del grupo humano considerado como mujeres, la cual es una constante histórica en todos los grupos y sociedades conocidas.

Recapitulando en este punto, se debe considerar primero que las identidades de las personas –a nivel individual y colectivo–, su identificación como mujeres u hombres, las implicaciones que ello tiene, así como las relaciones que establecen entre sí, están necesariamente vinculadas con la dimensión simbólica del género (la cual es un ordenador primario, fundante de identidad). En segundo término, esta simbólica se construye a partir de una pareja conceptual opuesta y excluyente por definición, pero indisoluble, pues adquiere significado precisamente en dicha oposición, y donde lo femenino aparece con un signo negativo frente a lo masculino. En tercero, que este par, a su vez, forma parte de un orden simbólico más amplio, organizado sobre otra dicotomía opuesta y fundamental, que es la de cultura-naturaleza, condición de posibilidad de la vida humana.

Se debe destacar que el par mujer-hombre no es sinónimo del par femenino-masculino, pues como se ha visto, es el segundo el que dota de significado(s) a lo que se *nos aparece* y entendemos como mujeres y hombres; el género significa al cuerpo y no al contrario, lo que llamamos mujer no es lo que da sentido ni significado a la simbólica de lo femenino. Al respecto, Serret sostiene que "el grupo humano que una cierta sociedad designa como mujeres (una denominación que constituye su identidad de género en los niveles primario y colectivo) se constituye en tal a partir de su asociación simbólico-imaginaria con la simbólica de la feminidad, y no al revés".[8]

La distinción entre las parejas femenino-masculino y mujer-hombre implica a su vez diferenciar entre dos dimensiones del género: mientras el primer par está referido al género simbólico, el segundo alude a la dimensión del género imaginario.[9] El género

8 *Ibid.,* nota 5, p. 30.

9 Serret explica que las identidades imaginarias "deben comprenderse como el lugar de encuentro de la autopercepción y la percepción social que una perso-

simbólico es, como ya se mencionó líneas arriba, un ordenador primario de significaciones y referente fundamental para la constitución de identidades individuales y colectivas, mientras que el género imaginario es el nivel de actuación de dichas identidades. Así, el imaginario mujer-hombre remite a sitios culturalmente asignados donde se actúa la identidad, en el marco de significaciones y sentidos producidos por el género simbólico (femenino-masculino). Esto implica, como plantea Serret, "que la verdad del género no surge en el imaginario, no nace en los cuerpos. Por el contrario: la construcción del cuerpo y la sexualidad es un resultado del género simbólico".[10]

Siguiendo a esta autora, se puede considerar que el género imaginario, en referencia siempre al género simbólico, toma forma en dos construcciones específicas que denominamos mujer-hombre, las cuales, a su vez, traen consigo un conjunto de elementos específicos que le son correspondientes: gestos, formas de vestir, concepciones de sí, formas de relacionarse, formas de desear, normas de comportamiento y roles, entre otros. Todas ellos se constituyen en el marco de referencia para la actuación de las identidades. Asimismo, se debe señalar que el género –en sus dos dimensiones, simbólica e imaginaria– presenta diversos cambios en sus estructuras y conteni-

na e incluso una colectividad consigue de sí misma […]. Lo que llamamos género no solamente representa, en este nivel imaginario, una de las etiquetas a las que aludimos, sino que implica, sin duda, el rasgo del complejo identitario que hasta ahora sigue siendo decisivo para dar color y volumen a todos los demás rasgos que integran este conjunto. Cuando el género describe a las identidades, cuando se inscribe en ellas, ordena todas las demás piezas que pueden modificar la percepción social y la autopercepción del sujeto". Véase Estela Serret, "Mujeres y hombres en el imaginario social. La impronta del género en las identidades", en Ileana García Gossio, *Mujeres y sociedad en el México contemporáneo: nombrar lo innombrable*, Cámara de Diputados-Instituto Tecnológico de Monterrey, Porrúa, México, 2004, pp. 43-44.

10 Estela Serret, *ibid.*, p. 45.

dos a lo largo del tiempo. Sin embargo, la representación simbólica de lo femenino y lo masculino contiene elementos culturales que son constantes y cambian de forma muy lenta y gradualmente; por otro lado, la representación imaginaria de lo que se entiende como mujer y hombre, al estar directamente afectada por el contexto, es más aleatoria y presenta mayores variaciones y cambios. Sobre este punto es importante explicar, aunque sea brevemente, cuáles son y cómo cambian algunas de las características de las representaciones simbólicas e imaginarias del género en las sociedades tradicionales y en aquellas que han sido afectadas por el proceso de racionalización y la modernidad.

De acuerdo con Estela Serret, los órdenes tradicionales se encuentran estructurados en torno a una *verdad revelada* y a un principio sustantivo de organización del mundo que se expresa y toma forma en los discursos de la religión y la metafísica, y que se constituyen como la fuente principal del conocimiento, los criterios de verdad, los fundamentos de la legitimidad política, de la organización económica, las normas morales, sociales y de justicia. En este tipo de órdenes, hay poca diversidad de espacios sociales y de instituciones; ámbitos como la moral, la familia, el trabajo y la política parten de un mismo y duro núcleo simbólico:

> En consecuencia, los imaginarios individuales y colectivos que tienen a la tradición como referente acusan poca diversidad y gran solidez; la razón revelada no deja mucho espacio para las dudas, pues todo lo pensable encaja en un orden minuciosamente significado. Un elemento vital para esta construcción compacta, que tiene respuestas para todo y las ofrece con un alto grado de certidumbre, es la convicción que proporciona sobre la existencia de jerarquías naturales, y *por tanto* inalterables. Por nacimiento, las personas están destinadas a jugar papeles desiguales en función de su sexo, su raza, su credo y su

> condición social. La estructura de dominación pertenece al orden de lo 'natural'.[11]

En este tipo de sociedades las diferencias y desigualdades entre personas, y más aún entre mujeres y hombres, se consideran naturales y se justifican en presupuestos de tipo mítico o teológico. Obviamente, todo lo referente al cuerpo, la sexualidad y el deseo también toma sentido y forma de acuerdo con la verdad revelada y por un orden simbólico fuertemente estructurado. Como ya se mencionó, en los órdenes tradicionales la simbólica de la feminidad aparece como una categoría límite, como lo otro, y con un signo siempre negativo, mientras que lo masculino se vincula con lo propio y con la cultura, lo cual a su vez genera imaginarios muy rígidos respecto del ser mujer y del ser hombre, sirviendo como referentes para la formación y acción de las identidades a nivel individual y colectivo. Este contexto produce definiciones y prescripciones específicas y estrictas respecto de la relación entre los sexos, sus deberes, las normas sociales y morales que los rigen, así como las formas de relacionarse, los vínculos que se pueden establecer y la orientación del deseo sexual, los cuales son elementos fundamentales para la construcción de identidades:

> En las sociedades tradicionales las identidades de género se asignan a y se actúan por quienes son señalados como hombres o mujeres. La asociación para esta designación suele (no siempre ocurre así) estar dirigida a una cierta interpretación de las diferencias (y semejanzas) entre cuerpos humanos. Las mujeres son, pues, aquellas personas que encarnan los contradictorios y tensos significados de la feminidad, y se llama hombres a quienes representan (histriónicamente) las nociones de lo masculino.[12]

11 Estela Serret, *op. cit,* nota 3, p. 64.

12 Estela Serret, *op. cit.*, nota 9, p. 48.

Sin embargo, las sociedades tradicionales –junto con la simbólica de género que en ellas se produce y el imaginario correspondiente, y no obstante su fuerte estructuración– han pasado por importantes procesos de cambio y deconstrucción a partir de las profundas transformaciones que se han desarrollado en las sociedades que hoy se denominan modernas. Con la modernidad se generaron cambios muy importantes que han trastocado los significados y contenidos del género en sus niveles simbólico e imaginario, los cuales, a su vez, han impactado directamente en las identidades, tanto a nivel personal como social, en sus referentes de formación y en sus ámbitos de actuación, generando así cambios por demás significativos.

Si bien es cierto que el proceso de construcción de las sociedades modernas es bastante complejo y objeto de múltiples lecturas, el rasgo que aquí se quiere destacar es la redefinición del concepto de *humanidad* a partir de las nociones de individuo, razón y autonomía que produce el proyecto ético, filosófico y político de la Ilustración en el siglo XVIII, el cual generó una revolución en los valores sociales y en los principios de fundamentación de los órdenes tradicionales.

En el movimiento ilustrado convergieron diversas tradiciones de pensamiento, las cuales también se distinguieron por las influencias de su contexto histórico y los problemas específicos de las regiones donde se desarrollaron, aunque tenían preocupaciones similares, las cuales se centraban en el combate, por medio de la *razón,* de todas aquellas explicaciones del mundo relacionadas con los mitos, los principios divinos, los prejuicios o las tradiciones. Además, en el pensamiento ilustrado existe una importante concepción del progreso ligada precisamente al uso de la razón y a los avances científicos y tecnológicos que éste hacía posibles. La Ilustración, no obstante, implicó algo más que un movimiento filosófico, científi-

co o artístico, pues cuando la razón se ocupó de *iluminar* aquellos ámbitos relacionados con la política y la moral, se generaron importantes cuestionamientos al orden social de la época, los cuales, a la postre, dieron forma a la cultura que se denomina moderna, sobre todo en lo que se refiere a la noción de *igualdad natural* y lo que ésta significó para la construcción de las categorías de *individuo* y *ciudadano*.

Con la herencia del pensamiento filosófico que le precedió –sobre todo de las doctrinas del derecho natural que se elaboraron desde el siglo XVII– la razón apareció como el elemento fundamental que define a lo humano, como una cualidad que podía ser reconocida y asignada a todas las personas. Este principio permitió a la Ilustración cuestionar el orden social establecido y criticar la supuesta *desigualdad natural* entre los seres humanos, cuyo fundamento se basaba en la idea de que unos nacían para gobernar y otros para ser gobernados por *mandato* natural y divino.

En este contexto, la razón aparece como la cualidad inherentemente humana que cada y todo individuo posee (por naturaleza) con independencia de sus características particulares, lo cual, a su vez, da sustento al principio del individuo como ser *autónomo.* La crítica del proyecto ilustrado tiene como interlocutor al orden jerárquico de su tiempo, donde la desigualdad entre la nobleza y los plebeyos se consideraba natural y por asignación divina. Frente a ello se plantea que los individuos poseen *derechos naturales* –de igualdad y libertad– que deben ser respetados y se encuentran más allá de la voluntad de sus gobernantes. La articulación que hace la Ilustración de estos principios le permite elaborar una crítica devastadora contra el orden y el *sentido* de las sociedades de su tiempo, lo cual socavó la legitimidad de los regímenes monárquicos y creó los fundamentos de un nuevo orden político.

Sus alcances, sin embargo, fueron más allá de lo que los ilustrados habían esperado o hubiesen querido. Si todas las personas eran iguales por naturaleza, en tanto que portadoras de razón, lo que a su vez las convertía en individuos autónomos, ello implicaba que todas las desigualdades sociales –no sólo las que prevalecían entre nobles y plebeyos– carecían de un fundamento racional y legítimo; estos principios permitían impugnar todo tipo de desigualdades sociales, por ejemplo, entre mujeres y hombres.

Es muy importante la idea de que los individuos, en tanto que poseedores de razón, se caracterizan por tener igual capacidad de autonomía, pues implica que cada individuo puede decidir por sí mismo cuál es el rumbo y sentido de su existencia, tomar sus propias decisiones y elegir qué proyectos seguir; también significa que ninguna persona puede gobernar o mandar sobre otra de forma arbitraria y apelando a justificaciones naturales o teológicas; y que ningún individuo tiene *derecho* de dominio sobre otro, por motivos asociados al nacimiento o apelando a un orden no humano.

Las implicaciones que tales ideas tienen son complejas y contradictorias. Por un lado, crearon los fundamentos para impugnar las jerarquías y desigualdades tradicionales, para construir los principios de igualdad y libertad que fueron cristalizando gradualmente en los ámbitos social, político y económico, y que influyeron con fuerza en la construcción misma de nociones como la de derechos humanos, que toma forma concreta en el siglo XX. Sin embargo, por otro lado, la noción de individuo –junto con los principios de autonomía, igualdad y libertad que le son anejos no obstante su promesa de emancipación para toda la humanidad– no se extendió inmediatamente a todas las personas: tuvo un destino restringido en virtud de la clase, la religión, la raza y el sexo, con lo cual se elaboraron nuevos discursos para justificar las diferencias, las desigualdades y el dominio.

Por lo que atañe al género y las identidades, las implicaciones de los discursos ilustrados también fueron contradictorias. Se crearon las condiciones para cuestionar los imaginarios tradicionales de género, así como para impugnar las desigualdades entre mujeres y hombres (muestra de ello es el surgimiento del feminismo como movimiento político durante el siglo XVIII), pero también se elaboraron nuevos discursos que acentuaron las diferencias entre los imaginarios mujer-hombre y elaboraron otras justificaciones para mantener la desigualdad. Así, para los varones se afirmó la noción de individuo racional y autónomo que los constituye en los ciudadanos del espacio público y en los sujetos actuantes del ámbito laboral, con base en los principios de igualdad y libertad. Sin embargo, la igualdad de los varones tiene como condición de posibilidad la homogeneización y subordinación de las mujeres a quienes, independientemente de su pertenencia social o de sus características particulares, se les considera no como individuos iguales sino como *mujeres idénticas*.[13] El hecho de que las mujeres no sean iguales sino idénticas implica la negación de su calidad de individuos y su afirmación como indiscernibles, homogéneas y accesibles a cualquier varón:

> Todas, en efecto, más allá de su belleza, talentos, origen social, etcétera, forman parte de un conjunto homogéneo de que puede disponer, en definitiva, *cualquier* hombre.
>
> De hecho, esta igualdad en la posibilidad de acceso a las mujeres es el principio básico, el primero en términos lógicos, que otorga sus características de equidad política, jurídica y civil al espacio público moderno.[14]

13 Al respecto también véase Celia Amorós, "Igualdad e identidad", en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad,* Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 29-48.

14 Estela Serret, *op. cit.,* nota 9, pp. 51-52. Al respecto también véase Nancy Armstrong, *Deseo y ficción doméstica. Una historia política de la novela,* trad. de María

Los elementos mencionados forman parte de los referentes de género para las identidades individuales y colectivas en las sociedades modernas. Sin embargo, como se señaló arriba, este es un proceso complejo en el que se desarrollan dinámicas contradictorias, de manera que mientras en unas se construyen nuevos imaginarios de género que acentúan las diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres, en otras se generan nociones y principios que van desmantelando gradualmente los órdenes tradicionales, estableciendo las condiciones para su transformación y también para una mayor diversificación de los referentes de género, así como de los ámbitos y formas de actuación de las identidades.

Para los objetivos de este trabajo es importante señalar algunos elementos de otra dinámica, la cual también es parte del proceso de formación de las sociedades modernas, respecto del sexo como una construcción discursiva y de la multiplicación de las sexualidades. De acuerdo con Michel Foucault, según lo plantea en el primer tomo de su *Historia de la sexualidad,* desde los siglos XVI y XVII se produjo una explosión de los discursos en torno al sexo, los cuales se caracterizan porque en ellos no se trata solamente de confesar alguna trasgresión a la ley, sino de convertir el deseo sexual en discurso. Este autor polemiza con las posturas que afirman el predominio de la represión sobre todo lo relacionado con el sexo, y sostiene que, lejos de ello, asistimos a una proliferación de los discursos sobre éste y al establecimiento de complejos dispositivos para construir y producir discursos *verdaderos* sobre el sexo y la sexualidad:

> […] desde el fin del siglo XVI la *puesta en discurso* del sexo, lejos de sufrir un proceso de restricción, ha estado por el contrario sometida a

---

Coy, Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 1987, 299 pp. y Myriam Brito Domínguez, *La construcción del discurso sobre la mujer doméstica,* UAM-A, tesis de licenciatura, México, 2000, 112 pp.

> un mecanismo de incitación creciente; las técnicas de poder ejercidas sobre el sexo no han obedecido a un proceso de selección rigurosa sino, en cambio, de diseminación e implantación de las sexualidades polimorfas, y la voluntad de saber no se ha detenido ante un tabú intocable sino que se ha encarnizado –a través, sin duda, de numerosos errores– en construir una ciencia de la sexualidad.[15]

Lo propio de las sociedades modernas no es el silencio que se pudo imponer sobre la sexualidad, sino la multiplicidad de dispositivos para hablar de ella, para estudiarla, administrarla, controlarla y extraer la verdad del sexo y de los placeres. Este proceso se intensificó durante los siglos XIX y XX, cuando las ciencias y las tecnologías ya se habían establecido y consolidado en todos los órdenes de la vida social. De hecho, la creación de esta multiplicidad de dispositivos sobre el sexo se encuentra estrechamente relacionada con la afirmación de ciencias –como la medicina– que abordan el estudio, explicación y control de la vida humana. Según Foucault, tal proceso generó una diversificación y proliferación de las sexualidades, los deseos y los placeres, "el siglo XIX y el nuestro [siglo XX] fueron la edad de la multiplicación: una dispersión de las sexualidades, un refuerzo de sus formas disparatadas, una implantación múltiple de las 'perversiones'. *Nuestra época ha sido iniciadora de heterogeneidades sexuales*".[16] Esto se puede ver en el diferente trato que se le da a lo que este autor llama las "sexualidades periféricas", a las cuales no se deja de condenar, pero se les escucha, se las hace hablar y se les pone una gran atención. Así:

15 Michel Foucault, *Historia de la sexualidad*. tomo 1, "La voluntad de saber", trad. de Ulises Guinazú, Siglo XXI, México, 1998, p. 20.

16 *Ibid*., p. 49. Énfasis mío.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 158

> […] se interroga la sexualidad de los niños, a la de los locos y a la de los criminales; al *placer de quienes no aman al otro sexo;* a las ensoñaciones, las obsesiones, las pequeñas manías o las grandes furias.
>
> A todas estas figuras, antaño apenas advertidas, les toca ahora avanzar y tomar la palabra y realizar la difícil confesión de lo que son. Sin duda, no se les condena menos. Pero se les escucha; y si ocurre que se interrogue nuevamente a la *sexualidad regular,* es así por un movimiento de reflujo, a partir de estas *sexualidades periféricas*.[17]

Lo que importa destacar aquí es que este es el contexto donde fueron tomando forma diversas *expresiones* del deseo sexual, como la homosexualidad, la heterosexualidad (las cuales son categorías que se comenzaron a usar durante los siglos XIX y XX respectivamente) y la bisexualidad (que fue construida en el XX), así como ciertas ideas sobre los cuerpos y las genitalidades *normales* y *anormales*, los cuales, a su vez, se hacen corresponder con las dimensiones imaginarias del género.

De esta forma, se establece una correspondencia –que se pretende natural, fija e inmóvil– entre cierta fenotipia sexual, cierto género y cierta orientación del deseo, en el marco de la simbólica del género:

Sexo	→	hembra	→	macho
↓↓				
Género	→	mujer	→	hombre
↓↓				
Deseo	→	hacia un hombre	→	hacia una mujer
	↑↑			
Simbólica del género	→	femenino	→	masculino[18]

17 *Ibidem,* p. 51. Énfasis mío.

18 Este esquema y las reflexiones para su elaboración se plantearon en el seminario "La identidad imaginaria: sexo, género y deseo", impartido por la doctora Estela Serret en la UAM-Azcapotzalco, durante 2004. El uso que se hace de él en este trabajo, así como las afirmaciones que se plantean, son responsabilidad única de la autora.

Sin embargo estas correspondencias, que hoy día aparecen como naturales, normales, obligatorias e incuestionables, son construcciones sociales y culturales, las cuales, como se ha visto, han sido elaboradas en el proceso complejo y contradictorio de formación de las sociedades modernas. Más aún: las identidades, a nivel individual y colectivo, se construyen en un proceso del mismo tipo, el cual genera múltiples y diversos referentes de formación y ámbitos de actuación para dichas identidades. Una de las ideas que orienta las reflexiones en este trabajo es que el género, en sus dimensiones simbólica e imaginaria y en su articulación como referente para la construcción de identidades, es lo que orienta la dirección del deseo e, incluso, cierta lectura sobre los propios cuerpos, lo cual implica que sus correspondencias están lejos de ser naturales o de tener formas únicas de articulación, construcción y expresión.

Los planteamientos esbozados hasta aquí pueden proporcionar un marco de referencia para entender los porqué de la alta complejidad que tiene un tema como las preferencias sexuales *diferentes* o *distintas* a las socialmente dominantes y las identificaciones y expresiones de género *diversas* a las normalmente esperadas. No obstante, la modernidad también ha producido elementos para cuestionar la pretendida anormal, antinatural o indebida existencia de estas formas de actuación de las identidades, y para proteger a los individuos que las portan, como es el caso de los derechos humanos y el derecho a la no discriminación.

Sobre la discriminación y el derecho a no ser discriminado

Es importante distinguir entre la discriminación como problema social y la que se relaciona con su prohibición en los ordenamien-

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 160

tos jurídicos (lo cual no significa que no exista una relación estrecha y fundamental entre ambas). En el primer caso, lo que se busca es identificar algunos de los elementos que hacen de la discriminación una problemática social, así como las implicaciones que conlleva. De acuerdo con Jesús Rodríguez Zepeda, una definición más completa sobre la discriminación debe ir más allá de las que consignan los diccionarios con el objeto de precisar y delimitar sus dimensiones.

La discriminación se conforma a partir de elementos simbólicos presentes en la cultura, los cuales moldean las identidades a escalas individual y colectiva. Ello implica que se trata de un fenómeno social y no de un proceso inmutable de la naturaleza.

Características centrales de este fenómeno son las actitudes de desprecio basadas en los prejuicios negativos y el estigma, y el hecho de que esté vinculado con relaciones de dominio; por ello, asimétricas y desiguales, entre personas y grupos. Más aún: es una forma estructural de desigualdad que se da en el plano de las representaciones subjetivas. "En este sentido, la discriminación puede ser definida como una conducta culturalmente fundada, y sistemáticamente y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales".[19]

El segundo elemento que se relaciona con la discriminación lo constituyen las personas o grupos que son objeto de este desprecio social basado en los prejuicios y los estigmas. Existen muchas personas o grupos de personas a quienes se les identifica o asocia, a partir de ciertas características particulares, con ciertos prejuicios negativos y representaciones sociales estigmatizadas, lo cual los coloca en

19 Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2004, p. 19.

condiciones que se consideran de *vulnerabilidad,* y esto, a su vez, los expone a tratos discriminatorios. Así, vulnerabilidad es "un término utilizado comúnmente para indicar un determinado estado o circunstancia desfavorable, de desventaja o de carencia en que se encuentran personas pertenecientes a un grupo identificable, o a una categoría social determinada, respecto al grado de la satisfacción de sus necesidades específicas, el goce y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, y el acceso a los órganos de procuración de justicia".[20]

Un tercer elemento del fenómeno discriminatorio es el que se relaciona con sus implicaciones o consecuencias. Un acto de discriminación, para ser tal, debe afectar o dañar los derechos, libertades u oportunidades de las personas sobre las que se ejerce:

> En efecto, todo acto discriminatorio implica desprecio, aunque no todo acto de desprecio es discriminatorio. Sólo el desprecio que, como práctica regular y no esporádica excluye, margina, coarta derechos y oportunidades puede ser considerado, hablando con rigor, discriminatorio. Esta forma de desprecio que discrimina es la que conduce a la exclusión sistemática de grandes colectivos humanos respecto de las tendencias regulares y dominantes *(mainstream)* de la vida social.[21]

Lo anterior hace de la discriminación un *mecanismo estructural de exclusión*, con implicaciones sociales, políticas y económicas de largo y profundo alcance, lo cual exige para su combate la necesaria intervención del Estado a través de leyes e instituciones que ayuden a desalentar, combatir y prevenir las prácticas discriminatorias:

20 Jorge Carmona Tinoco, "Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Derechos humanos. Memorias del LIV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* IIJ-UNAM, México, 2001, p. 193.

21 Jesús Rodríguez Zepeda, *op. cit.,* nota 19, p. 40.

> En la lucha contra la discriminación no puede soslayarse el poder de la ley y la necesidad de las instituciones. La ley proporciona certidumbre, genera seguridad, reduce la arbitrariedad y nivela a las personas en el único ámbito en el que es alcanzable un acuerdo democrático sobre la igualdad: el de los derechos, las libertades y las oportunidades. Por su parte, las instituciones ofrecen el espacio para procesar cotidianamente la aplicación de la ley y para detectar las nuevas problemáticas no previstas por ella.[22]

Hacer de la lucha contra la discriminación una política de Estado implica reconocer la responsabilidad de éste en la protección de las personas, sus derechos y libertades, pero también permite marcar la diferencia respecto de las medidas de corte asistencialista que atienden a algún grupo vulnerable, pero que no pueden atender a la discriminación como un problema estructural, y que además descargan al Estado de sus responsabilidades para garantizar el derecho a la no discriminación.

Tal derecho, y la prohibición de discriminar que conlleva, es uno de los mecanismos indispensables para enfrentar este grave problema social, que afecta a grandes grupos de personas en todo el mundo. La prohibición de discriminar sitúa el problema en el terreno de los derechos e implica reconocer que todas las personas son iguales en dignidad, derechos y libertades. Así, el derecho a la no discriminación es una pieza esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, ya que puede considerarse como la llave de acceso para todas las personas a todos los derechos. Como afirma Carbonell:

22 Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, *La discriminación en México. Por una nueva cultura de la igualdad. Informe general de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación,* México, 2001, p. 25.

> […] la prohibición de discriminación es una de las distintas manifestaciones que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.[23]

Generalmente se procura que este tipo de ordenamientos legales protejan a aquellas personas que por tener, manifestar o asociarse con ciertas características socialmente estigmatizadas han sido ubicadas en un conjunto injustamente diferenciado; a quienes los juicios morales, los prejuicios negativos o los estigmas sociales descalifican, marginan, desprecian y colocan en situación de vulnerabilidad. La relación de grupos cuyos miembros necesitan protección varía según las distintas experiencias nacionales y sus legislaciones específicas; sin embargo, existe una lista mínima de grupos a proteger: mujeres; colectivos raciales o etnoculturales; grupos definidos por su edad, como niñas, niños y adultos mayores; personas con discapacidad; enfermos crónicos; minorías religiosas y grupos con una preferencia sexual diferente a las socialmente aceptadas.

En México, la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (LFPED), establece en su artículo 4 lo siguiente:

> Para los efectos de esta *Ley* se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil, o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anu-

23 Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México,* UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2004, p. 177.

lar el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.[24]

Como se pude observar en este artículo, las preferencias sexuales son uno de los elementos respecto de los cuales se puede discriminar, ya que forman parte del conjunto de características socialmente estigmatizadas que sitúan a quienes se les asocia o identifica con ellas en un situación de vulnerabilidad y en condiciones de ser discriminados/as.

Discriminación por preferencia sexual e identidad y expresión de género

Como se explicó en la primera parte de este trabajo, el género –en sus dimensiones simbólica e imaginaria, y en la articulación de éstas como referentes para la construcción de las identidades– es uno de los elementos centrales que orienta la dirección del deseo y la lectura sexuada de los cuerpos, lo cual implica que las ideas respecto de la aparente correspondencia entre los niveles del sexo, el género y el deseo son construcciones sociales y productos de la cultura que pueden tener diversas formas de articulación, construcción y expresión, y que están lejos de ser simples hechos naturales, fijos e inmutables.

Asimismo, se apuntó que los términos que se han elaborado para clasificar las diferentes formas del deseo sexual fueron construidos durante los siglos XIX y XX, como parte del desarrollo de las ciencias y las tecnologías, y que surgieron en el proceso mucho más

24 *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,* Conapred, México, 2004, p. 32.

amplio, complejo y contradictorio de la construcción de las sociedades contemporáneas. A partir de ello, consideramos que el proceso de construcción de las identidades y la estrecha relación que tiene con el género simbólico e imaginario puede ayudar a explicar por qué los cambios y las luchas que se desarrollan en torno a la sexualidad tienen implicaciones tan complejas y altamente conflictivas.

En este apartado se comenzará por definir los términos con los cuales se analizan, explican y clasifican algunas de las manifestaciones y expresiones de la sexualidad. Como ya se mencionó, homosexualidad es un concepto que fue elaborado durante el siglo XIX, mientras que heterosexualidad y bisexualidad son nociones creadas durante el siglo XX. Estas últimas se comenzaron a utilizar en un proceso mucho más amplio, cuando las ciencias iban construyendo sus objetos de estudio en lo que ahora es el campo de la sexualidad humana. Desde entonces, diversas disciplinas han elaborado heterogéneos y complejos desarrollos teóricos en torno a ellas.

Generalmente, se considera homosexuales a las personas que tienen y/o manifiestan atracción, afectos, fantasías y/o tienen experiencias con personas de su mismo género/sexo; bisexuales a quienes los tienen y/o manifiestan con personas de ambos géneros/sexos; y heterosexuales a quienes tienen y/o manifiestan atracción, afectos, fantasías y/o tienen experiencias con personas del género/sexo opuesto.

Por otro lado, existe otra clase de fenómenos que, si bien están relacionados con la sexualidad, se ha entendido que no tienen que ver directamente con la cuestión del deseo y la atracción sexual, sino con la identidad de género/sexo, y que se denominan con los términos de *travestismo, transexualidad* y *transgeneridad*. Los límites del presente trabajo no permiten profundizar en estas cuestiones por demás interesantes y complejas, por lo que sólo se plantearán definiciones sumamente básicas.

Travestismo, transexualidad y transgeneridad son conceptos que también fueron desarrollados durante los siglos XIX y XX para tratar de entender y explicar a aquellas personas que de diversas y múltiples formas no se quedan en sus asignaciones originales de género y sexo, y se identifican y/o perciben con lo que se considera sus opuestos. Así, de acuerdo con Alejandra Zúñiga, el travestismo puede definirse "como una condición humana en la cual una persona utiliza indicadores genéricos del género traspuesto, principalmente ropa, con la intención de sentirse bien, estimularse sexualmente, o expresar elementos de una identidad de género con la que se identifica y/o le es propia".[25] Por otro lado, la transexualidad alude a una condición humana en la que las personas consideran que deberían estar en el género/sexo opuesto al que originalmente tienen; en estos casos, "el cuerpo con el que nacieron no corresponde con sus convicciones y la imagen mental acerca de quienes son o querrían ser".[26] Respecto de la transgeneridad, ésta suele utilizarse, por un lado, como un concepto que abarca a ambos, el travestismo y el transexualismo, pero también "el término alude a una persona que opta por vivirse en un género transpuesto o expresarse así de forma frecuente o intermitente, sin modificar sus órganos sexuales. Puede haber otro tipo de modificaciones físicas, pero en general la persona se muestra conforme con tales órganos".[27]

De acuerdo con lo anterior, homosexualidad, bisexualidad y heterosexualidad forman parte de lo que se conoce como preferencias sexuales, mientras que el travestismo, la transexualidad y la trans-

25 Alejandra Zúñiga Reyes, *Apoyo y atención para personas transgenéricas en el "Grupo Eon, Inteligencia Transgenérica". Entre la teoría y la práctica*, tesis de licenciatura, México, FP-UNAM, 2003, p. 44.

26 Véase Brown Mildred y Chloe Ann Rounsley, *True Selves. Understanding Transsexualism,* Jossey-Bass, San Francisco, 1996, p. 6 (traducción libre de la autora).

27 Alejandra Zúñiga Reyes, *op.cit.,* nota 25, p. 74.

generidad se relacionan con la identidad y/o expresión de género; los primeros tienen que ver con la orientación del deseo erótico, mientras que los segundos se sitúan en el campo de las identificaciones que las personas pueden tener respecto del género y del sexo, así como sobre las formas de expresarlos.

Líneas arriba se ha insistido en que en el interior de las sociedades modernas tienen lugar y confluyen procesos diversos, complejos y contradictorios: por un lado se desarrolla lo que Foucault llama la "dispersión de las sexualidades" (donde la homosexualidad, bisexualidad, heterosexualidad, travestismo, transexualidad y transgeneridad son algunas manifestaciones de ese proceso); por el otro, tal visión se contrapone –e incluso choca– con las concepciones tradicionales acerca del género y las regulaciones sociales, morales y políticas que los acompañan, dando lugar a diversos problemas y conflictos en torno a lo que se considera como lo normal y lo anormal en el ámbito de la sexualidad.

Lo que importa señalar en este trabajo es que en las sociedades de nuestro tiempo las personas que son identificadas con o manifiestan alguna preferencia sexual o identidad/expresión de género distinta a las que socialmente se consideran naturales, aceptadas, correctas o normales, se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y expuestas a múltiples problemáticas, entre ellas la violación de sus derechos humanos y la discriminación. "Si la discriminación se cultiva frecuentemente sobre la base de juicios valorativos que tienden a descalificar aquello que se considera inadmisible desde el punto de vista de los estereotipos convencionales, podrá entenderse entonces que el campo de la sexualidad sea uno de los terrenos privilegiados sobre los que opera la moral discriminatoria".[28]

28 Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, *op. cit.*, p. 173.

La discriminación, en tanto que mecanismo estructural de exclusión, se encuentra presente en todos los ámbitos de la vida social. Por ello, las prácticas discriminatorias pueden darse tanto en los espacios públicos como en los privados, y afectar la vida de las personas en múltiples formas. En el caso de las preferencias sexuales y de las diversas formas de identidad/expresión de género, la gente se ve expuesta a tratos discriminatorios en todos los ámbitos de su vida concreta –como son el laboral, de salud, educación y político–, así como también en sus relaciones personales, de familia y pareja, llegando hasta ver amenazada su seguridad personal e incluso su propia vida.

Cuando las personas se manifiestan o son identificadas como lesbianas, bisexuales, *gays*, travestis, transexuales o transgéneros, se encuentran en condiciones de discriminación, lo cual viola los términos establecidos por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*:

> En la medida que la discriminación por preferencia sexual [e identidad/expresión de género] conlleva una estigmatización integral de las personas a quienes se condena por la vía del prejuicio moral, resulta comprensible la amplitud y virulencia que alcanzan los tratos injustos y arbitrarios hacia este grupo poblacional. Quizá sea en este caso en el cual la discriminación se deja sentir con más fuerza a partir del establecimiento de fronteras rígidas entre lo que se concibe como la norma de conducta y lo que es una desviación de la misma.[29]

Ciertas organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos reportan algunos de los rubros en los que se producen violaciones graves.

29 *Ibid.,* p. 175.

La Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas (IGLHRC, por sus siglas en inglés), plantea en el documento *Minorías sexuales* y *el trabajo del relator especial de las Naciones Unidas sobre tortura,* de 2001, cuatro formas de tortura, abuso y tratos inhumanos que enfrentan las minorías sexuales:

1. *Abuso y malos tratos por parte de la policía y otras autoridades*. Se refiere a los arrestos arbitrarios y abusos físicos. En este rubro se incluyen también las leyes o reglamentos que pueden favorecer el abuso, la tortura y los malos tratos por parte de las autoridades. Asimismo, se refiere a los casos en que se prohíbe jurídicamente cualquier preferencia sexual o identidad/expresión de género distinta de la convencional, lo cual se suele castigar por medio de las "leyes contra la sodomía" y se llega a imponer incluso la pena de muerte.
2. *Condiciones de detención*. Se refiere a las situaciones particularmente inhumanas que enfrentan las minorías sexuales cuando son detenidas/os e ingresan en cualquier instalación policíaca.
3. *Impunidad*. Es un caso muy delicado, ya que la falta de atención, seguimiento y castigo, por parte del Estado, de las prácticas de tortura, abuso y malos tratos que infligen la policía y otras autoridades a los miembros de las minorías sexuales, alienta y promueve su continuidad.
4. *Abusos médicos*. Se producen especialmente en dos formas: una es la *patologización* de las preferencias sexuales y las diversas formas de identidad/expresión de género, considerándolas como enfermedades que requieren ser curadas (a pesar de que la Asociación Mundial de Psiquiatría ya no las conside-

ra como tales desde 1971), y la otra es la negación de los servicios de salud.[30]

Amnistía Internacional plantea en su documento *Crímenes de odio, conspiración del silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual,* que la violación de los derechos humanos de las minorías sexuales es un problema que se presenta en todo el mundo, en diversas formas y con diferentes alcances:

> A veces se persigue y se somete a actos violentos a los *gays*, lesbianas, bisexuales y transexuales porque se les considera "*fuera de la ley* del género". Pero las formas en que se manifiesta esta violencia pueden variar enormemente. La vulnerabilidad de estas personas ante la violencia también depende de factores como el género, el origen étnico y la situación económica. Y estos mismos factores pueden afectar, asimismo, al acceso que tengan las víctimas a la justicia. En casi todo los países del mundo, la vida de *gays*, lesbianas, bisexuales y transexuales está limitada por una telaraña de leyes y prácticas sociales que les niegan el disfrute, en condiciones de igualdad, del derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física, así como otros derechos fundamentales como la libertad de asociación, la libertad de expresión y los derechos a la vida privada, al trabajo, a la educación y a la atención médica. Aunque el grado de institucionalización de esta discriminación varía de un país a otro, no hay casi ningún lugar en el mundo donde estas personas sean tratadas con plena igualdad ante la ley.[31]

Asimismo, esta organización señala que las preferencias sexuales, el género y la raza (así como las identificaciones/expresiones de género) son aspectos que se encuentran fundamentalmente ligados

30 Datos tomados de: International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *Sexual Minorities and the Work of the United Nations. Special Rapporteur on Torture,* 2001, pp. 3-11. Véase www.iglhrc.org

31 Amnistía Internacional, *Crímenes de odio, conspiración del silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual,* Amnistía Internacional, Madrid, 2001, pp. 16-17.

a la identidad humana; por ello, las prácticas, normas y leyes que tienen como objetivo presionar para que se altere, niegue o renuncie a ellas, o castigar a los individuos por no hacerlo, atentan contra un aspecto inherente de la persona y de su dignidad humana.

Amnistía Internacional también observa que los actos de discriminación a los que están expuestos estos grupos pueden tener lugar, de igual forma, en ámbitos privados, como la familia, los amigos, las relaciones de pareja o la comunidad inmediata:

> "Me encerraron en una habitación y lo trajeron todos los días para que me violara, para que me quedase embarazada y tuviera que casarme con él. Lo hicieron hasta que me quedé embarazada".
>
> Este escalofriante relato de violación y embarazo forzado nos recuerda la violencia que sufrieron las mujeres durante los recientes conflictos en los Balcanes o el África Central. Pero este acto de tortura no se cometió bajo custodia ni en un conflicto armado: le sucedió a una adolescente en su *apacible* hogar, en Zimbabwe. Quienes ordenaron la violación no eran comandantes militares enemigos, sino los propios padres de la joven, que estaban tan decididos a *corregir* el lesbianismo de su hija que hicieron que fuera violada una y otra vez por un hombre mayor que ella.[32]

Sobre este punto, se subraya la responsabilidad que tiene el Estado de proteger y salvaguardar los derechos humanos de todas las personas, independientemente de si las violaciones se cometen en el ámbito público o en el privado.

Otro aspecto que es importante destacar se relaciona con la atención a y la discusión de los derechos humanos y la no discriminación por preferencias sexuales e identidad/expresión de género a escala internacional, específicamente con el Sistema de las Naciones

32 *Ibid.,* p. 51.

Unidas. De acuerdo con Amnistía Internacional, "las cuestiones relativas a la sexualidad y la orientación sexual rara vez figuran en las agendas de las organizaciones intergubernamentales y en los mecanismos de derechos humanos de la ONU".[33] En 2003, la delegación de Brasil presentó ante la Comisión de Derechos Humanos en las Naciones Unidas una propuesta de resolución que condenara la discriminación con base en la orientación sexual; sin embargo, por una votación de 24 contra 22 (con seis abstenciones), la Comisión decidió posponer la discusión sobre su aprobación para la reunión del siguiente año; en 2004, la pospuso de nuevo, esta vez sin someterla a votación; en 2005 tampoco hubo discusión y la propuesta fue retirada de la agenda de la Comisión.[34]

Discriminación por preferencia sexual e identidad/expresión de género en México

En una sociedad como la mexicana –en la que se desarrollan procesos sumamente complejos y contradictorios; estructurada en torno a una cultura tradicional y conservadora, pero inevitablemente tocada por la modernidad y las dinámicas que ésta produce; donde las desigualdades sociales y económicas son de una gravedad que abruma; donde prevalecen un desprecio por las leyes por demás preocupante, instituciones deficientes, órganos de procuración de justicia marcados por la impunidad, entre muchos otros problemas– la discriminación por preferencia sexual e identidad/expresión de género presenta características y dimensiones sumamente complicadas:

33 *Ibid.,* p. 66.

34 International Gay and Lesbian Human Rights Commission, *Revised 2005. Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations, Comisión de Derechos Humanos,* 2004, www.iglhrc.org.

> Llevada a su extremo, la lógica discriminatoria conduce a convertir en amenaza y enemigo a quien en realidad no es más que la víctima a quien se vulnera. Por eso, el daño de la discriminación a quienes la padecen suele ser muy grande y, en ocasiones, sin que esto sea metafórico, mortal. Lo que muestran los llamados crímenes de odio, contra los homosexuales, por ejemplo, es que la mentalidad discriminadora no sólo busca aislar o marginar a quien considera diferente sino que, en la medida en que lo distinto parece representar una amenaza para sus propios valores y certidumbres, puede llegar al deseo de aniquilamiento.[35]

Uno de los primeros problemas que aparecen cuando se investiga esta cuestión es la falta de información confiable acerca de cuántas personas son objeto de tratos discriminatorios y sobre cuáles son las problemáticas que enfrentan; sin embargo, tampoco se puede decir que ésta sea inexistente. En 2003, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México presentó un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos, en el cual la participación de las organizaciones de la sociedad civil fue de suma importancia.

En este documento se elaboró un apartado sobre la situación de las preferencias sexuales y expresiones de género, en el que se estima que el número de *gays*, lesbianas, bisexuales, travestis y transgéneros oscila entre 2.5 y 8% de la población. Se plantea que hay una mayor presencia política de las organizaciones, pero que se mantiene su invisibilidad jurídica; y se afirma que estas personas y grupos enfrentan serias violaciones a sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, y carecen de un organismo estatal que proteja de manera específica sus derechos.[36]

35 Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, *op. cit.,* nota 22, p. 129.

36 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México,* México, 2003, p. 182.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 174

Otro dato con el que se cuenta aparece en la investigación de Julia Flores y Yolanda Meyenberg titulada *Ciudadanos y cultura de la democracia. Reglas, instituciones* y *valores de la democracia,* publicada por el Instituto Federal Electoral en 2000. En dicho estudio se realizó la pregunta: "¿Estaría dispuesto o no a permitir que en su casa vivieran personas: de otra raza, de otra religión, homosexuales, con ideas políticas distintas a las suyas o enfermos de sida?", la mayoría de las personas respondieron que *no* estarían dispuestas a vivir con homosexuales (66.5%, frente a 28.9% que respondió que sí), después con enfermos de sida (57.5%, frente a 35.3% que respondió que sí), seguido de personas de otra religión (48.1% no y 48.9% sí), con ideas políticas distintas (44.5% no y 50.8 sí), y de otra raza (39.8% no y 55.9% sí).[37] Estos datos no sólo permiten apreciar las tendencias de desprecio que prevalecen contra las preferencias sexuales distintas a las aceptadas socialmente en la población mexicana, sino que también muestran que las tendencias sociales en México son de poca tolerancia hacia la pluralidad de ideas y la diversidad social.

Recientemente se puede encontrar más información sobre este problema en la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, que presentaron el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la Secretaria de Desarrollo Social (Sedesol) en mayo de 2005. En esta encuesta se tocan diversos aspectos relacionados con la discriminación hacia homosexuales, de los cuales destacamos los siguientes:

37 Julia Flores Dávila y Yolanda Meyenberg, *Ciudadanos y cultura de la democracia. Reglas, instituciones y valores de la democracia,* Instituto Federal Electoral, México, 2000, p. 41.

- Sobre la proporción de personas que no estarían dispuestas a permitir que en su casa vivieran otras con determinadas características, la mayoría contestó que no viviría con homosexuales (48.4%).
- De los grupos que han sufrido algún acto de discriminación por su condición en el último año, los homosexuales son la mayoría (42.8%).
- De quienes se han sentido más discriminados en el trabajo, los homosexuales son los segundos (40.1%), después de las personas con discapacidad (53.4%).
- Cuando se pregunta a qué persona elegiría para un trabajo si tuviera como opción a dos igualmente capacitadas, sólo 11% respondió que elegiría a una persona homosexual.[38]

Como se puede ver, en México manifestarse, identificarse o ser asociado/a con una preferencia sexual no convencional coloca a las personas en condiciones de vulnerabilidad y las expone a diversos riesgos, situaciones de discriminación y violaciones a sus derechos humanos. Se debe decir con claridad que en este país lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales y transgéneros se encuentran en diferentes situaciones de desventaja inmerecida y tienen que enfrentar en su vida cotidiana diversas clases de problemas por motivo de su preferencia sexual o su identidad/expresión de género, lo cual los coloca en condiciones de vulnerabilidad y les impide la apropiación y ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Al final, lo que se vulnera es su dignidad humana, con todo lo que ello implica.

38 Datos tomados de la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México,* Conapred-Sedesol, México, 2005.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 176

Comentarios finales

Este trabajo representa un primer acercamiento al tema de la discriminación por motivo de preferencia sexual o identidad/expresión de género. Como todo asunto humano, se trata de un problema complejo, en el que se deben considerar diversos aspectos y perspectivas, y respecto del cual las posibles propuestas de solución requieren de un análisis minucioso. Sin embargo, no se puede negar la necesidad de atenderlo y de ir generando condiciones de cambio en el marco, mucho más amplio, de la lucha contra la discriminación y la protección de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que los cambios sociales y culturales son procesos lentos y complicados, la defensa y promoción de los derechos humanos, así como las medidas para enfrentar la discriminación, son elementos que pueden contribuir a mejorar las condiciones sociales, políticas y económicas en una sociedad que aspira a la democracia, más allá de las votaciones, donde democracia implica justicia y verdadero respeto a las personas y su dignidad humana.

Bibliografía

Amstrong, Nancy

1987 *Deseo y fición doméstica. Una historia política de la novela*, trad. de María Coy, Cátedra-Universidad de Valencia-Instituto de la Mujer, Madrid, 299 pp.

Brito Domínguez, Myriam

2000 *La construcción del discurso sobre la mujer doméstica,* tesis de licenciatura, Universidad Autónoma Metropolitana, Azcapotzalco, México, 112 pp.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 177

Brown, Mildred y Chloe Ann Rounsley
1996 *True Selves. Understanding Transsexualism,* Jossey-Bass, San Francisco.

Carbonell, Miguel
2004 *Los derechos fundamentales en México,* Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

Carmona Tinoco, Jorge
2001 "Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez (coords.), *Derechos humanos. Memorias del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Flores Dávila, Julia y Yolanda Meyenberg
2000 *Ciudadanos y cultura de la democracia. Reglas, instituciones y valores de la democracia,* Instituto Federal Electoral, México.

Foucault, Michel
1998 *Historia de la sexualidad*, tomo 1, "La voluntad de saber", Siglo XXI, México.

Rodríguez Zepeda, Jesús
2004 *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?,* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

Serret, Estela
2004 "Mujeres y hombres en el imaginario social. La impronta del género en las identidades", en Ileana García Gossio (coord.), *Mujeres y sociedad en el México contemporáneo: nombrar lo innombra-*

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 178

ble, Cámara de Diputados-Instituto Tecnológico de Monterrey-Porrúa, México.

2002 *Identidad femenina y proyecto ético,* Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco-Programa Universitario de Estudios de Género, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México.

2001 "Género y feminismo", *Diálogo y debate,* núms. 15-16, enero-julio, México, pp. 86-100.

2001 *El género y lo simbólico. La constitución imaginaria de la identidad femenina,* Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco, México.

ZÚÑIGA REYES, ALEJANDRA

2003 *Apoyo y atención para personas transgenéricas en el "Grupo Eon, Inteligencia Transgenérica". Entre la teoría y la práctica*, tesis de licenciatura, Facultad de Psicología, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Documentos

AMNISTÍA INTERNACIONAL

2001 *Crímenes de odio, conspiración del silencio. Tortura y malos tratos basados en la identidad sexual,* Amnistía Internacional, Madrid.

COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

2001 *La discriminación en México. Por una nueva cultura de la igualdad. Informe general de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación,* Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 179

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
2004, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y Secretaría de Desarrollo Social
2005 *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México,* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y Secretaría de Desarrollo Social, México.

International Gay and Lesbian Human Rights Commission
2004 *Revised 2005. Sexual Rights and Sexual Orientation at the United Nations, Comisión de Derechos Humanos,* www.iglhrc.org

2001 *Sexual Minorities and the Work of the United Nations. Special Rapporteur on Torture,* www.iglhrc.org.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México
2003 *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México,* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 181

Acceso a la justicia y discriminación en los grupos indígenas

por Tomás Antonio Herrera Castro

Introducción

Actualmente el sistema de justicia es una de las prioridades entre las reformas del Estado. Durante los últimos 10 años los avances en torno a su estructura y funcionamiento forman parte de los grandes logros conquistados en este sentido. No obstante, existen algunas áreas poco abordadas, entre ellas la efectividad de los derechos de algunos grupos excluidos, es decir, el interés que muestra la reforma judicial en el efectivo e igualitario acceso a la justicia de los grupos discriminados.

El objetivo del presente trabajo consiste primordialmente en destacar el problema del acceso no igualitario a la justicia por parte de dichos grupos. Para ello partiré de las siguientes preguntas, las cuales guiarán mi escrito: ¿existe un acceso no igualitario a la administración de justicia en nuestro país?, ¿la reforma judicial ha contribuido al acceso igualitario al sistema de justicia por parte de los grupos discriminados?, ¿en qué medida la reforma judicial en México ha otorgado oportunidades para mejorar el acceso igualitario a la justicia y la defensa efectiva de los derechos entre los sectores más desprotegidos?

Sin embargo, una vez respondidas las cuestiones anteriores, quedarán algunas más por resolver: ¿cuál es la reforma judicial que necesita el país para limitar el acceso no igualitario a la justicia?, ¿cómo es posible disminuir la desigualdad existente en México en cuanto a la protección efectiva de los derechos de los grupos tradicionalmente discriminados?

A fin de contestar, o por lo menos esbozar algunas respuestas en torno a las anteriores interrogantes, propongo desarrollar este trabajo desde un planteamiento muy específico: los obstáculos en el acceso a la justicia que enfrentan los grupos discriminados.

Dicha temática pretende ser abordada desde aproximaciones teóricas y empíricas que arrojen algunas ideas para su posterior investigación. No obstante, considero que el presente trabajo no se basa en ideas sin fundamento, de ahí las referencias a situaciones reales de nuestro sistema judicial.

En el primer apartado abordaré algunos aspectos teóricos sobre la justicia, la igualdad y la no discriminación; posteriormente presentaré una descripción muy general sobre el papel que ha tenido la reforma judicial en nuestro país; después destacaré los principales actores sociales y motivaciones que impulsan la mencionada reforma de la justicia y expondré el lugar que se le ha otorgado al efectivo acceso igualitario de los grupos discriminados –concretamente de los grupos indígenas. Para finalizar, enunciaré algunas propuestas y reflexiones útiles con vistas a futuras líneas de investigación.

Igualdad, acceso a la justicia y no discriminación

El tema de la igualdad y la justicia puede ser abordado desde muy diversas perspectivas, aunque en esta ocasión me centraré primordialmente en sus relaciones con el derecho a la no discriminación.

Según John Rawls, la justicia goza de dos principios estrechamente relacionados con la igualdad. El primero dice que "cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás"; el segundo, que "las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen con empleos y cargos asequibles para todos".[1]

El primero retoma el principio constitucional de igualdad ante y entre todos los individuos, estableciendo como condición general que dicho derecho fundamental sea similar o semejante al de todos los demás. El segundo complementa la idea de igualdad y considera que en situaciones en las cuales impere la desigualdad social o económica será necesaria una protección mayor a fin de que las mencionadas desigualdades puedan ser superadas y, en consecuencia, se encuentren en igualdad de circunstancias.

Llaman la atención los comentarios que en torno a este tema efectúa Miguel Carbonell al considerar que los "empleos o cargos" deben ser asequibles para todos, como un fundamento del principio de igualdad de oportunidades hacia todos los bienes socialmente relevantes, ya sea desde su aspecto formal o desde el práctico, mismo que tiene como finalidad generar las condiciones para la existencia y la posibilidad de acceso a todos los satisfactores sociales.[2]

En los siguientes apartados hablaré de las oportunidades creadas por el Estado referentes al acceso a la justicia y al establecimiento de condiciones para conseguir la igualdad de ventajas y beneficios.

1 John Rawls, *Teoría de la justicia,* trad. de María Dolores González, FCE, México, 1997, pp. 67-68.

2 Miguel Carbonell, *Igualdad y Constitución,* "Cuadernos de la igualdad", núm. 1, CONAPRED, México, 2004, pp. 11-12.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 184

En una sociedad desigual y discriminadora como la nuestra es menester que el Estado construya los mecanismos y medidas de protección necesarios para garantizar que los gobernados puedan acceder en igualdad de condiciones a la justicia.[3]

Si relacionamos el derecho de acceso a la justicia con el derecho a la no discriminación, le otorgamos una mayor potencia y, posiblemente, una mayor eficacia. Por una parte, el Estado está obligado a garantizar el derecho fundamental del acceso a la justicia, y por la otra se obliga a crear las condiciones necesarias para que por ninguna circunstancia se le otorgue un trato discriminatorio a alguna persona por sus condiciones particulares.

El trato no discriminatorio en el acceso a la justicia implica fundamentalmente que el Estado otorgue a todos los individuos la misma posibilidad de oportunidades y recursos para satisfacer sus necesidades. Así, si queremos dejar atrás la discriminación en estos aspectos, es necesario hacer efectivos los derechos de las personas sin ninguna distinción.[4]

Por otra parte, para limitar –y si es posible eliminar– un aspecto más de la discriminación, resulta imprescindible que el Estado perfeccione los mecanismos de justicia y elimine los obstáculos que la imposibilitan. Pero, ¿cuáles son dichos obstáculos?

Una pregunta similar fue planteada por Mauro Cappelletti y Bryant Garth en torno a la posibilidad de hacer efectivos los derechos de los individuos, quienes consideraban que si bien existe un

3 Entendemos por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en alguna diferencia o característica individual, tenga por objetivo impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad de oportunidades con otras personas (art. 4 de la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*).

4 Véase Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?,* col. "Cuadernos de la igualdad", núm. 2, Conapred, México, 2004.

establecimiento de los derechos en documentos legales, no resultan suficientes si los mismos carecen de mecanismos para su aplicación efectiva.[5]

Sus estudios, junto con los de otros investigadores, se convirtieron en el parteaguas de una nueva aproximación multidisciplinaria al fenómeno jurídico del acceso a la justicia. Actualmente dichas reflexiones siguen arrojando un gran número de estudios de similar naturaleza y que de cierta forma justifican las actuales reformas judiciales. En el apartado correspondiente a los obstáculos de la justicia profundizaré en este tema.

A continuación destacaré en términos muy generales el camino y las motivaciones que ha tomado la reforma judicial y el posible abordaje del acceso igualitario a la justicia entre los grupos tradicionalmente discriminados.

La reforma judicial en México

En este apartado abordaré el proceso de reforma judicial y el posible interés que ha presentado para crear las condiciones que busquen el efectivo acceso a una justicia igualitaria, particularmente para los grupos discriminados.

La reforma judicial es un proceso continuo y en constante crecimiento en México y otros países.[6] No obstante, a partir de 1994, este proceso se presentó con mayor magnitud en nuestro país, ya

5 Véase Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos,* trad. de Mónica Miranda, FCE, México, 1996.

6 Un estudio sobre las reformas en México hasta 1994 lo encontramos en Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano,* FCE, México, 1996; para una visión general sobre la situación en América Latina, véase Luis Pásara (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina,* IIJ-UNAM, México, 2004.

que se instrumentaron diversos cambios legales, estructurales y de funcionamiento en el Poder Judicial.[7]

En pocas palabras, el sistema de justicia mexicano se modernizaba a fin de responder a las nuevas necesidades a nivel nacional, y en consecuencia las entidades federativas han hecho lo propio en la estructura legal de sus propios sistemas judiciales; durante los últimos 10 años realizaron cambios relevantes en gran parte de sus instituciones de justicia.[8]

Al igual que a escala federal, los poderes judiciales locales instrumentaron diversos cambios: creación de consejos de la judicatura, aumento gradual del presupuesto de cada Poder Judicial, que crea las condiciones necesarias para lograr mayor independencia; además, el nombramiento de los encargados de administrar la justicia se profesionaliza a través de la carrera judicial, se transparentan sus actividades y se buscan las condiciones para mejorar la eficiencia y la eficacia de los servicios de justicia, entre otros temas relacionados.[9]

La reforma o el neoinstitucionalismo judicial no se ha enfocado únicamente a situaciones macroestructurales y de perfeccionamiento en el impacto colectivo del servicio que ofrecen. También se ha ocupado de la modernización y simplificación continua de los procedimientos judiciales, así como del mejoramiento en la actividad de los diversos auxiliares de la justicia.[10] Puede decirse que a

7 Para los nuevos retos de la justicia, véase Héctor Fix-Fierro, *La reforma en México. Entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática*, en Luis Pásara, *op. cit.*, pp. 249-287.

8 Hugo Alejandro Concha Cantú y José Antonio Caballero Juárez, "La reforma judicial en las entidades federativas", en José María Serna de la Garza (ed.), *Estado de derecho y transición jurídica,* IIJ-UNAM, México, 2002.

9 Héctor Fix-Fierro, "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene?, ¿hacia dónde va?", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 2, julio-diciembre de 2003, México, pp. 251-324.

10 Juventino Castro y Castro, "Proposiciones de gran reforma procesal en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 4, julio-diciembre, México, 2004.

nivel federal y en casi todas las entidades federativas encontramos una capacitación permanente a través de las escuelas judiciales u otras instituciones universitarias que complementan y actualizan sus estudios.[11]

Ante la creciente demanda de servicios de administración de justicia y desde una política de apertura y utilización de la alternatividad, se han formalizado diversos mecanismos de acceso a la justicia mediante los llamados "métodos alternativos de resolución de conflictos", de los cuales la experiencia en nuestro país es muy reciente.[12]

Por otra parte, existen algunos programas de modernización y mejoramiento de los servicios jurídicos gratuitos, mejor conocidos como "defensoría de oficio" y que actualmente carecen de calidad y profesionalización, sin olvidar la falta de incentivos para mejorarlos.[13]

Asimismo, sumamos a los esfuerzos gubernamentales la participación de algunos organismos o agencias internacionales que se han convertido en parte importante para el proceso de modernización de la justicia.[14] Unos determinan el estado actual de ésta, otros proponen posibles soluciones, algunos otros las ejecutan, y unos más determinan el grado de eficacia de dichos programas.[15]

11 José Ramón Cossío Díaz, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México,* col. "Cuadernos de la reforma de la justicia", núm. 4, IIJ-UNAM, México, 1996.

12 Véanse las publicaciones virtuales del Proyecto para la Mediación en México, promovido por ABA/USAID, en www.mediacionenmexico.com

13 Amador Rodríguez Lozano, "La *Ley Federal de Defensoría Pública*", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 2, enero-junio de 2000, México, pp. 239-250.

14 Entre estos organismos internacionales tenemos a USAID, Nacional Center for State Courts, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, y la Konrad Adenauer Siftung.

15 Diversos proyectos de investigación de instituciones universitarias en nuestro país se enfocan en la reforma de la justicia, por ejemplo en el CIDE, la UNAM y el ITAM.

El interés de diversos actores en la reforma judicial demuestra la gran importancia que tiene la justicia en el debate nacional, principalmente en torno a sus decisiones y mensajes enviados a la estabilidad económica, el control gubernamental, el respeto de los derechos fundamentales, las políticas sobre seguridad ciudadana y la conflictividad surgida en un contexto de diversidad cultural de los gobernados.[16]

Así pues, podemos afirmar que los potenciales beneficiarios son precisamente todos los usuarios de la justicia. Sin embargo, surgen las siguientes preguntas: ¿los anteriores ejes de la reforma judicial benefician en igualdad de condiciones a todos los usuarios?, ¿son considerados y resultan beneficiados los sectores discriminados?

Antes de contestar las anteriores preguntas es necesario determinar cuáles son las motivaciones principales que han impulsado la reforma judicial, es decir, es menester destacar cuáles son los principales móviles que han guiado al gobierno, los organismos internacionales y otros actores sociales a apoyar esta reforma en nuestro país, y así, posteriormente, determinar el lugar y los beneficios que obtienen los sectores discriminados en dicho proceso.

Los móviles de la reforma judicial en nuestro país

Poder político y apertura de mercados

Podemos decir que la reforma judicial se presenta con mayor eficacia en un contexto donde México se abre al mercado global, donde

16 Es importante destacar que los puntos mencionados en este párrafo resultan ser una preocupación común entre autores de diversos países del continente. Véase, por ejemplo, Jorge Correa Sutil, "Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America. Any Hope of Equality?", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional* y *Política,* Program Sela 99, del 17 al 20 de junio de 1999, Chile, en www. islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf

el factor económico comienza a dar un giro determinante en la peculiar forma de gobernar en nuestro país.[17] Durante mucho tiempo, el papel autoritario del gobierno mexicano asumía la potestad de casi todos los problemas que afectaban al grueso de la sociedad. El Poder Ejecutivo era la arena donde se presentaban los conflictos o controversias de mayor relevancia entre las distintas entidades y actores sociales del país.[18]

En la medida en que disminuye el papel intervencionista del gobierno emergen y destacan algunos órganos que le otorgan una nueva lógica a la conflictividad social.[19] En este contexto el Poder Judicial asume una gran relevancia, pues los tribunales se convierten en una de las entidades con mayor recurrencia para hacer efectivos los derechos. Dicho de otra forma, en las arenas jurisdiccionales se busca la distribución de los satisfactores sociales según criterios judiciales específicos.

No es ocioso afirmar que los tribunales se convierten en los jueces de las crisis económicas producidas por los cambios estructurales de la economía nacional, además de que son las causas directas de la eliminación de algunos pequeños, medianos o grandes empresarios, cuyo efecto se puede apreciar en el aumento de los litigios mercan-

17 De acuerdo con los planteamientos de Richard E. Messick, podemos decir que la economía de mercado necesariamente trae consigo el aumento de los conflictos judiciales y, a su vez, una mayor complejidad en los mismos. En ese sentido, la reforma judicial en nuestro país atiende específicamente a esas nuevas problemáticas y necesidades. Véase Richard E. Messick, *The World Bank Research Observer,* vol. 14, núm. 1, febrero de 1999, pp. 117-136, en www.web.worldbank.org

18 Algunos autores reflexionaron sobre el lugar que ocupaba el Poder Judicial previamente a las reformas de 1987. Véase Héctor Fix-Fierro, "La reforma judicial en México...", *op. cit.*, pp. 251-257.

19 Entre 1987 y 1994 tuvo lugar una etapa de transición donde se presentaron las condiciones para que el Poder Judicial pasará de ser un poder de tercera a un tercer poder, aunque después de la reforma de 1994 se suscitaron los cambios de mayor envergadura. Véase Héctor Fix-Fierro, *ibid.,* pp. 257-269.

tiles y laborales (tanto del sector privado como del público) que muchas veces trascienden más allá de lo jurisdiccional.[20]

Democracia y Poder Judicial

Ante la apertura de mercados y la preparación de un sistema de justicia adecuado a sus nuevas necesidades, el discurso de la democracia comienza a jugar un papel primordial contra el viejo estilo de gobernar en nuestro país, mientras que la apertura democrática se perfilaba y la reforma judicial gozaba ya de sus principales cimientos.

Lo interesante de este vínculo es la instrumentación de algunos principios de la democracia en la estructura y funcionamiento de los poderes judiciales. En ese sentido, el papel del Poder Judicial no se circunscribe únicamente a la idea restringida de la boca de la ley sino, en cierta medida, a buscar que el impacto de sus acciones y resoluciones se adecuen legítimamente al discurso de la democracia.

La democracia liberal otorga un lugar estratégico a toda la estructura estatal, de modo que las relaciones sociales están imbuidas de derechos y obligaciones donde el Poder Judicial se convierte en el árbitro de las disputas entre los individuos, en la medida en que busca proteger y salvaguardar los derechos.[21]

20 No obstante la preparación del Poder Judicial para el impacto que generaría la apertura de mercados, los riesgos y consecuencias negativas no se hicieron esperar: un gran número de comerciantes y trabajadores afectados sobrecargaron los juzgados, generándose nuevos movimientos sociales como el Barzón. Posteriormente, la decisión en torno a la capitalización de los intereses demostró muy pronto, en términos generales, quiénes serían los principales beneficiados de la misma. Véase Héctor Fix Fierro, *ibid.,* pp. 253 y 254.

21 Hugo Alejandro Concha Cantú, "Una aproximación a la administración de justicia en México", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. 1, IIJ-UNAM, México, pp. 65-91; y Miguel Carbonell Sánchez, "Un nuevo papel del Poder Judicial y la transición a la democracia en México", *Derechos Humanos. Órgano*

En un discurso de democracia plena se presenta al Poder Judicial como un sujeto sin ideología, como un virtuoso de la resolución de controversias y de la producción normativa; un poder donde los jueces independientes no buscan sus particulares intereses, sino que sólo persiguen la imparcialidad en las disputas y así, finalmente, logran su función social en la resolución de conflictos.

Sin embargo, la vieja idea de la igualdad ante la justicia sigue vigente. Todo parece indicar que han sido muy limitados los esfuerzos realizados en torno a la instrumentación de políticas públicas concienciadoras de los juzgadores –en el sentido de reconocer las desigualdades sociales y de grupo– que en cierta medida reproducen discursos y resoluciones discriminatorias en perjuicio de algunos grupos.

En términos generales, los esfuerzos de la reforma judicial se concretizan principalmente en la independencia y transparencia de los tribunales. Actualmente parece ser que la designación de juzgadores y la profesionalización de la carrera judicial buscan cumplir con dichos principios.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que algunos juzgadores confundan independencia con intereses de naturaleza distinta a lo que les compete.

Seguridad y justicia

Además de la apertura del mercado y el discurso democratizador existe un motivo más para ejecutar la reforma judicial: es el referido al ámbito de la justicia penal. Mientras que los gobiernos locales y federal aplican políticas de eficiencia y eficacia en diversas áreas de

Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, núm. 63, septiembre-octubre de 2003, México, pp. 43-49.

la seguridad pública, los malos elementos son arrojados a las calles y algunos alimentan a la policía de seguridad privada, al tiempo que otros prefieren dedicarse a delinquir profesionalmente.[22]

En tanto se limpian las corporaciones policíacas de malos elementos, la delincuencia aumenta y se perfecciona. En este contexto, la demanda ciudadana de la reforma penal busca atacar aquellos riesgos o *consecuencias perversas* producidos por el propio sistema de seguridad pública y el de justicia penal, justificándose, por consiguiente, la necesidad de buscar alternativas que eliminen la creciente delincuencia y los conflictos sociales.

A la fecha existe un gran debate en torno a la reforma del sistema de justicia penal, principalmente en lo referente a la inseguridad y a la constante violencia. Además, la reforma penal busca mayor eficacia en la justicia, claro ejemplo de lo cual es la instrumentación de los juicios orales en nuestro país.[23]

Esta nueva lógica de la justicia penal debe encontrar en qué medida pueden resultar beneficiados algunos grupos discriminados. Respecto de los juicios orales existen críticas sobre la posibilidad de que, para algunos grupos discriminados, devengan excluyentes y limitadores en el acceso a la justicia. Sin embargo, existen opiniones en contra que proponen mayores beneficios, principalmente en lo referente al trato directo de los juzgadores con los procesados.[24]

22 Algunas reflexiones iniciales sobre esta idea las podemos encontrar en Tomás Herrera Castro, "El Estado de derecho bajo una concepción edípica", revista *Eureka,* IIJ-UNAM, México, 2003. www.juridicas.unam.mx/inst/becarios/eureka/1/

23 Actualmente la reforma de la justicia penal tiene algunos temas pendientes. Véase Carlos Nataren Nandayapa, "¿Legislar en la coyuntura? Consideraciones sobre la reforma procesal penal en las entidades federativas", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 6, julio-diciembre de 2005, pp. 115-128.

24 Un interesante documental sobre esta temática resulta muy sugerente para esta discusión. Véase Roberto Hernández, *El túnel,* CIDE, 2004.

Conflictividad cultural

A partir de la reforma de 1994 la naturaleza de los conflictos planteados ante el Poder Judicial se multiplicó, ya que se crearon instituciones que le otorgaban una nueva perspectiva al sistema de justicia. Entre estas innovaciones figuran las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

Aunado a lo anterior se presentaron asuntos que debido a su naturaleza difícilmente se tratarían en la Suprema Corte de Justicia; tal es el caso de los conflictos producidos en torno a los grupos indígenas, mismos que se introducen en el tratamiento jurisdiccional y, sobre todo, en el reconocimiento de la heterogeneidad de la sociedad mexicana.[25]

En tal contexto se produce la modificación del artículo 1 de la *Constitución Federal,* que posiblemente marcará el inicio de una nueva cultura contra la discriminación y el reconocimiento de la diversidad.[26]

En la práctica, el reconocimiento y la aceptación de las diferencias culturales han sido muy difíciles y complejos. Basta con echar un vistazo a los resultados de la reciente encuesta sobre dis-

25 Jorge Alberto González Galván, "La Corte y los indígenas", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto de 2003, México, pp. 725-733.

26 El artículo 1 de la *Constitución* establece: "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. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por el 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." Dichos puntos se introdujeron paulatinamente en las constituciones locales de cada entidad federativa.

criminación, los cuales muestran que nuestra sociedad es demasiado intolerante y discriminadora a pesar de los esfuerzos realizados por algunas instituciones.[27]

Es posible observar que el interés que han tenido los actores involucrados en la reforma judicial es muy significativo. No obstante, no existe un gran compromiso con algunos sectores sociales, en particular con los sectores discriminados.

A manera de hipótesis inicial, creo que la reforma judicial se motiva por cuatro principios rectores que la guían y perfilan: apertura de mercados, democracia, combate a la inseguridad y un reciente interés en los conflictos generados por la diversidad y las diferencias.[28]

A pesar de los posibles argumentos que pudieran brotar contra esta clasificación, considero que más allá de las generalidades sobre la reforma judicial, surge una nueva interrogante: ¿ha producido la reforma judicial mayor igualdad ante la ley y ha garantizado la tutela efectiva de los derechos de grupos discriminados?

Mi hipótesis sugiere que los sectores más desfavorecidos y discriminados no han formado parte de la agenda de la reforma: ésta se ha enfocado principalmente a la modernización de un sistema judicial que beneficie la economía global, los procesos de democratización, la seguridad pública y la complejidad de litigios en torno a una sociedad heterogénea.

27 Véase la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, col. "Cuadernos estadísticos sobre discriminación", núm. 1, CONAPRED, México, 2005.

28 Sin embargo, sabemos que se ha otorgado un gran presupuesto por organismos internacionales a fin de generar un efectivo acceso a la justicia entre algunos grupos discriminados. El Banco Mundial aprobó dos préstamos por un monto total de 330 millones de dólares para México a fin de ampliar el acceso a los servicios estatales de justicia y apoyar la educación básica de los pobres y los grupos vulnerables, que incluye a mujeres, jóvenes y grupos indígenas, entre otros. Véase www.web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS

Lo cierto es que los esfuerzos por aminorar las desventajas que el sistema de justicia produce entre algunos grupos discriminados han sido muy limitados. A continuación intentaré desarrollar dicha idea con algunas referencias y situaciones concretas con el fin de apoyar las reflexiones anteriores.

¿Garantiza la reforma judicial un acceso igualitario a la justicia a los grupos discriminados?

En términos generales, el sistema de justicia busca beneficiar en igualdad de circunstancias a todos las personas; sin embargo, tal apreciación peca de ingenua, pues bajo la idea de igualar sin reconocer las diferencias, los grupos desfavorecidos y discriminados no gozan en igualdad de condiciones de los beneficios que se pregonan en torno a la justicia.

La reforma al sistema de justicia no sólo radica en los grandes cambios y la transformación del Poder Judicial que requiere una sociedad global; también debe tomarse en cuenta la igualdad en las controversias judiciales donde algún actor social considerado como discriminado participe.

Me refiero a la oportunidad de que los juzgadores, más allá de procurar justicia de manera automática, consideren ciertos asuntos como paradigmáticos, es decir, cuya interpretación, resolución y aplicación de las leyes sea un tema de gran relevancia que no afecte tan sólo directamente al interesado, sino a todo aquel que se encuentre en circunstancias similares.

Desde estas reflexiones surge una nueva pregunta: ¿cuáles son las oportunidades y desventajas que el actual sistema de justicia presenta para alcanzar la igualdad en el acceso a la justicia y en la tutela de los derechos?

Para contestar las anteriores preguntas, en el siguiente apartado me centraré exclusivamente en destacar algunos de los principales obstáculos para el efectivo acceso a la justicia, en esta ocasión entre los grupos discriminados.

Adicionalmente, corroboraré dichas barreras con casos recientes sobre posibles situaciones de actos de discriminación.

Barreras de acceso a la justicia

Antes de definir el acceso a la justicia partiré de lo que Mauro Cappelletti y Bryan Garth consideran los dos propósitos básicos que todo sistema judicial debe poseer para hacer valer los derechos y resolver los conflictos de las personas: "Primero, el sistema de justicia debe ser igualmente accesible para todos; segundo, debe dar resultados individual y socialmente justos".[29]

En cuanto al acceso a la justicia, aunque se han dado en nuestro país grandes avances, considero que existe todavía una gran tarea por resolver, principalmente en lo concerniente a los grupos discriminados.[30]

A continuación abordaré algunas de las principales barreras que se convierten en condiciones de desigualdad y limitaciones para hacer efectivos los derechos de los discriminados en torno al acceso a la justicia.

Seguidamente presento una clasificación muy general sobre lo que inicialmente considero como las principales barreras al acceso

29 Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *op. cit,* p. 10.

30 Algunos autores destacan los avances que en torno al acceso a la justicia goza nuestro país. Véase Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón, "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en varios autores, *Justicia. Memoria del* IV *Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, UNAM, Mexico, pp. 11-142.

a la justicia, y posteriormente doy información sobre algunos casos que pudieren resultar más ilustrativos para nuestros fines.[31]

Según la clasificación de autores como Luisa Carmen Roche se puede hablar de tres obstáculos que impiden el acceso a la justicia: los inherentes al funcionamiento del sistema judicial, los propios de la representación legal y los propios del grupo discriminado.

Obstáculos inherentes al funcionamiento del sistema judicial. Aun cuando la garantía formal del acceso a la justicia se presenta en nuestras leyes e instituciones jurídicas, y a pesar de los esfuerzos realizados por los diversos actores sociales involucrados en el perfeccionamiento de las mismas, considero que en términos reales sigue habiendo obstáculos latentes en torno a los grupos discriminados, principalmente en cuanto a los costos, la cuantía y la eficacia de la justicia.

El alto costo de la justicia existe a pesar de que el Estado garantiza la gratuidad de la misma. En la realidad se dan factores que impiden o neutralizan dicho beneficio.[32]

No obstante su prohibición formal, los costos de la justicia deben ser vistos desde dos perspectivas; por una parte, existen aquellos que son generados al intentar recurrir a la autoridad; por la otra,

31 Luisa Carmen Roche *et al*, *Los excluidos de la justicia en Venezuela,* Tribunal Supremo de Justicia-Banco Mundial, Venezuela, 2001; y Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *op. cit*.

32 El segundo párrafo del artículo 17 de la *Constitución* establece que: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales", asimismo, la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en el siguiente sentido: "La garantía de gratuidad de las costas judiciales debe ser interpretada en el sentido de que ninguna persona debe erogar ninguna cantidad de dinero en calidad de honorarios o como contraprestación a los funcionarios que intervienen en la administración de justicia", Tesis P. LXXXVII/97, en SJF, tomo V, mayo de 1997, p. 159.

los que se producen en el tribunal. La oportunidad de acceder a los tribunales y de recurrir a la justicia se complica para ciertas personas debido fundamentalmente a sus limitaciones económicas.

Tomemos como ejemplo la ubicación de las instituciones jurídicas: en las zonas urbanas se goza de un fácil acceso y desplazamiento para acudir a ellas; sin embargo, en algunas zonas rurales el potencial justiciable debe pasar una odisea para trasladarse y pretender hacer efectivos sus derechos. En este sentido, se encuentra en clara desventaja y desigualdad.[33]

Además, los tiempos que tardan los trámites y la falta de una solución oportuna son un impedimento más para el acceso efectivo a la justicia.

Por ejemplo, un juicio ante cualquier autoridad jurisdiccional implica necesariamente un tiempo para su tramitación, a fin de procurar a los litigantes condiciones para obtener las pruebas necesarias a sus intereses. Sin embargo, la ineficacia del sistema provoca que los tiempos mínimos legales no sean respetados ni por las autoridades ni por algunos particulares.[34] En este contexto, no olvidemos que los litigantes más experimentados y en mejores condiciones econó-

33 Actualmente el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán, en ejercicio de la facultad que le confieren la fracción III del artículo 35, y la fracción I del 75, de nuestra *Constitución,* propuso al Congreso estatal una reforma a la *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán,* respecto de la modificación de la competencia, en razón del crecimiento poblacional, la mayor complejidad de las relaciones sociales y el proceso de desarrollo del estado. Recordemos que en ese estado existe un gran número de grupos indígenas con amplias necesidades del servicio de justicia. Véase www.tsjyuc.gob.mx

34 En este sentido, y como una limitante al acceso a la justicia, la Corte menciona lo siguiente: "El derecho del gobernado de que se le imparta justicia en los términos y plazos que fijan las leyes es correlativo de una obligación consistente en que él se sujete a los requisitos que exijan las leyes procesales, ya que la actividad jurisdiccional implica no sólo un quehacer del órgano jurisdiccional, sino también la obligación de los particulares de manifestar su voluntad de contribuir al procedimiento, y por su falta de interés es que debe actualizarse la caducidad de

micas aprovechan cualquier oportunidad para retrasar un juicio; resulta muy común que en la práctica de la abogacía se alarguen los juicios mediante diversos medios.[35]

Los casos que podemos observar son muy variados. En algunos estados de la República existe una gran cantidad de causas penales pendientes de resolución fuera de sus tiempos legales, situación que se convierte en una barrera más para la justicia en condiciones de igualdad, en comparación con otros asuntos de similar naturaleza.[36]

A pesar de los grandes esfuerzos que el mismo sistema de justicia y algunos organismos internacionales han realizado para combatir y eliminar la corrupción, el problema es un obstáculo para la ejecución efectiva de las leyes, que va más allá de lo institucional.

La situación se complica para individuos pertenecientes a grupos vulnerables o discriminados cuando el litigante corrupto actúa en una situación privilegiada en detrimento de su contra-

la instancia, en virtud de que se crearía un problema para el delicado y costoso mecanismo de la administración de justicia, además de que los juicios pendientes por tiempo indefinido producen una afectación en el orden social". Tesis P. XLI/98, SFJ, tomo VII, mayo de 1998, p. 66.

35 Los sobornos, llamados "chicanadas" o retribuciones, no son otra cosa que corrupción judicial, estrechamente relacionada con la posible discriminación de algunos sujetos, en tanto no se les otorgue una justicia eficiente y eficaz.

36 Sobre lo anterior, entre enero de 2001 y junio de 2005, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) gestionó la libertad de 3,745 personas por delitos del fuero federal (235) y del fuero común (3,510). En esta labor se logró la libertad de 2,517 de ellas, lo que representa el 67.21%. de los indígenas actualmente recluidos en franca violación de sus derechos, en especial de aquellos que por primera ocasión se encontraban involucrados en asuntos de carácter penal, dedicados a las labores propias del campo, de escasos recursos económicos y en su mayoría analfabetos. Algunos de ellos fueron consignados, juzgados y sentenciados sin haber tenido la asistencia de un perito traductor y sin que los operadores del sistema de justicia valoraran las expresiones propias de la diferencia cultural en la conducta considerada como delictiva por la ley. Véase www.cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=832

parte; además, quienes poseen cierto capital y gozan de un estatus en determinado juzgado tienen mayor oportunidad de formar redes de corrupción que un litigante ocasional o en desventaja económica.[37]

Una barrera más contra el efectivo acceso a la justicia es la falta de instancias jurisdiccionales y de personal capacitado para conocer asuntos cuya naturaleza requiera una especialización en torno a las problemáticas inherentes a los grupos discriminados.

No obstante, considero que no se ha avanzado lo suficiente en el compromiso gubernamental y de los actores sociales involucrados en la reforma de la justicia, en lo referente a los principios de calidad y especialización cuando los potenciales justiciables son sujetos pertenecientes a los grupos discriminados, pues diversos funcionarios desconocen gran parte de los instrumentos internacionales creados en torno a la protección de los derechos de dichos grupos.

Lamentablemente esta legislación no cumple con sus objetivos y la potencial justiciabilidad de los derechos de los indígenas se ve obstaculizada por la barrera del desconocimiento de la ley, precisamente por la ineficiencia de los funcionarios jurisdiccionales.[38]

Cotidianamente en el Distrito Federal se presentan casos concretos en los cuales algún miembro de un grupo indígena se ve envuelto en conflictos legales, donde asumirse como indígena puede traer consecuencias discriminatorias debido al desconoci-

37 Véase Luis Rubio, "Las dos caras del Poder Judicial", *Reforma,* 13 de febrero de 2005, en: www.cidac.org/vnm/db/modules.php?/name=News&file=article&sid=2918

38 Existe un documental sobre las barreras del acceso a la justicia que destaca las historias de vida de 13 mujeres indígenas. En este trabajo se presentan los atropellos a los cuales son sometidas.Véase Concepción Núñez Miranda, *Deshilando condenas, bordando libertades,* Grupo de Estudios de la Mujer Rosario Castellanos, Instituto Nacional de las Mujeres, Ojo de Agua Comunicación, México, 2004.

miento de los sistemas normativos y de la legislación estatal por parte de los operadores y auxiliares de la justicia.[39]

Obstáculos propios de la representación legal y los auxiliares de la justicia. La exigencia de representación legal y la asistencia de personal con conocimientos especializados (peritos) y otro tipo de auxiliares de la justicia resultan sumamente necesarias en determinados juicios; sin embargo, la realidad demuestra que existen limitaciones e incluso falta de dichos auxiliares en ciertas instituciones de justicia, produciéndose por consiguiente una traba más para el efectivo acceso a ella.

Estos impedimentos se traducen, en términos generales, en la nula o ineficiente asistencia de representación legal o en la deficiente asistencia de peritos especializados en determinada materia, lo cual en el caso de algún miembro de un grupo discriminado se convierte en un obstáculo para la justiciabilidad de sus derechos. Por ejemplo, tenemos aquellas causas referidas a la eficacia y eficiencia de los litigantes en torno a la normatividad sobre cuestiones indígenas.[40]

En este orden de ideas, los abogados egresados de los diversos centros universitarios del país no gozan –salvo algunas excepciones–

39 Un interesante trabajo sobre estas problemáticas lo encontramos en Rebeca Igreja Lemos, "Derecho y diferencia étnica: la impartición de justicia hacia los indígenas migrantes en la ciudad de México", en María Teresa Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas,* CIESAS-Porrúa, México, 2004, pp. 409-473.

40 Son muy pocos los abogados que poseen conocimientos sobre la normatividad indígena. En ese sentido la calidad del servicio que pueden ofrecer es muy restringida. Algunos casos de limitaciones y desconocimiento de la normatividad interna de un grupo indígena los podemos encontrar en Victoria Chenaut, "Prácticas jurídicas e interlegalidad entre totonacas en el distrito judicial de Papantla, Veracruz", en María Teresa Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, op. cit.*, pp. 237-297.

de los mínimos conocimientos sobre cuestiones de derecho a la no discriminación.[41]

Obstáculos propios del grupo o los individuos discriminados. Los individuos pertenecientes a un grupo discriminado no recurren al sistema judicial por factores externos a su estructura, como el desconocimiento de sus derechos y la falta de conciencia sobre ciertas conductas que presumiblemente puedan ser violatorias de los derechos fundamentales, debido al nulo conocimiento de la justiciabilidad de ciertas conductas contrarias a la dignidad de las personas consideradas como discriminadas.[42]

En el mismo sentido podemos hablar de aquellas situaciones en las cuales, aun siendo identificables, no existe una disposición para acudir a la autoridad, mismas que se justifican generalmente por la percepción de desconfianza en esta última, la formalidad o complicación de los procesos, así como la prepotencia e intimidación que usan los funcionarios o auxiliares de la justicia.[43]

41 Existen muy pocos programas académicos en las universidades de nuestro país que contemplen el derecho a la no discriminación o la inclusión de algunos grupos en el sistema judicial. Resalta el caso de la UNAM, con el Programa México Nación Multicultural, cuyo objetivo es incidir en todas las áreas de formación, investigación y difusión de esta casa de estudios en conjunto con la sociedad, estimulando la reflexión, el diseño y la definición de estrategias adecuadas para asumir plena y democráticamente el carácter multicultural de la nación mexicana. Véase www.nacionmulticultural.unam.mx

42 Cappelletti llama a esta situación "eficiencia legal", dividiéndola en tres niveles. En el primero se refiere al problema de reconocer que existe un derecho que se puede hacer valer legalmente; en el segundo habla de aquella situación donde las personas tienen conocimientos limitados sobre cómo hacer valer una reclamación; finalmente, el tercero tiene que ver con la disposición psíquica de la gente a recurrir a los procedimientos jurídicos. Véase Cappelletti y Garth, *op cit.,* p. 18.

43 María Teresa Sierra es autora de un brillante trabajo sobre la discriminación que practican algunos jueces en ciertas comunidades indígenas. Véase la ponencia de María Teresa Sierra en XX Congreso Internacional de la Latin American Studies Association, del 17 al 20 de abril de 1997, Guadalajara, México.

No obstante la limitada recurrencia ante los organismos encargados de velar por los derechos fundamentales, y precisamente sobre el derecho a la no discriminación, considero que en la realidad los problemas antes mencionados se concretizan en un sinnúmero de casos de discriminación. Y aunque parezca que son prácticamente nulos, se sabe que éstos no están llegando a las instituciones respectivas por las barreras provenientes de los propios grupos discriminados.[44]

Finalizaré con un ejemplo. Existe la creencia, muy difundida entre la ciudadanía, de que los operadores y auxiliares de justicia son corruptos y en cierta medida generan situaciones de discriminación contra algunos sectores desprotegidos. Sin embargo, lo anterior no está necesariamente ligado a las experiencias y contactos directos de los sujetos con la autoridad, ya que esta creencia proviene de diversos factores no necesariamente propios del sistema de justicia.[45]

A pesar de los esfuerzos realizados por diversas organizaciones públicas y privadas sobre el derecho a la no discriminación, es posible presentar algunas reflexiones dirigidas principalmente a la responsabilidad que le compete al sistema de justicia, donde uno de sus fines primordiales es el mejoramiento de la igualdad efectiva ante la justicia entre todos los sectores de la sociedad.

44 De los informes del CONAPRED y de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal se desprende que no se presentó queja alguna sobre un posible caso de discriminación en relación con el acceso a la justicia. Esto no significa que no existan, pero considero que hay muchas personas que no han reconocido en qué situaciones se encuentran en un caso de discriminación. Véase el *Informe Anual de Actividades y Ejercicio Presupuestal 2004 del CONAPRED*, mayo de 2005.

45 Parece ser que las actitudes, las percepciones y los valores que tienen los mexicanos sobre el sistema de justicia, específicamente sobre los tribunales, son muy negativos: de una escala de 0 a 10, dichas instituciones alcanzaron la calificación de 5.98. Véase Hugo Alejandro Concha Cantú, *Cultura de la Constitución en México,* IIJ-UNAM, México, 2004.

Conclusiones

Según lo dicho hasta ahora podemos observar que el problema del efectivo acceso a la justicia en igualdad de condiciones nos invita a reflexionar sobre la situación de los grupos discriminados en México.

Aunque de forma muy general pudimos observar que las reformas ejecutadas en pos de la modernización y el mejoramiento del sistema de justicia buscan impactar en situaciones muy específicas: la apertura económica del país, la democratización de las instituciones, la búsqueda de mayor eficacia en la seguridad pública y la respuesta efectiva al actual reconocimiento de la diversidad cultural de nuestro país.

También vimos que existen diversas instituciones preocupadas por el constante mejoramiento del acceso a la justicia. Sin embargo, considero que hay intereses muy reducidos para fomentar la accesibilidad a la justicia entre los grupos específicamente identificados.

A pesar de esto las limitaciones que impiden el acceso igualitario a la justicia siguen siendo una tarea pendiente en las políticas públicas encaminadas a la disminución de la no discriminación. En ese sentido, podemos decir que la actual reforma jurídica abre las puertas y permite que se presenten los cimientos para un efectivo acceso a la justicia, pero considero que sigue pendiente una gran labor.

Las tradicionales barreras de la justicia se complican al presentarse entre algunos individuos pertenecientes a grupos discriminados. No obstante, en esta ocasión me refiero exclusivamente a los grupos indígenas, aunque no se descartan situaciones similares entre otros colectivos.

Creo que las barreras no se reducen a limitaciones puramente institucionales, sino también a situaciones propias de los grupos dis-

criminados, donde las experiencias y percepciones fundadas o infundadas, así como la falta de conciencia de violación de un derecho, se convierten en potenciales obstáculos para acudir a la justicia.

Por lo anterior propongo que los diversos actores sociales interesados en la reforma judicial busquen dar continuidad a sus proyectos, poniendo énfasis en los grupos discriminados y vulnerables. Por otra parte, es necesario pensar alternativas para el mejoramiento de su defensa legal. En cuanto a los auxiliares y operadores de la justicia, sería conveniente una concientización y enseñanza continúa sobre los derechos de los grupos discriminados.

Bibliografía

Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant

1996 *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos,* trad. de Mónica Miranda, Fondo de Cultura Económica, México.

Carbonell Sánchez, Miguel

2004 *Igualdad y Constitución,* col. "Cuadernos de la igualdad", núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

2003 "Un nuevo papel del Poder Judicial y la transición a la democracia en México", *Derechos Humanos. Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México,* núm. 63, septiembre-octubre, México.

Castro y Castro, Juventino

2004 "Proposiciones de gran reforma procesal en México", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 4, julio-diciembre, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 206

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

2005 *Informe Anual de Actividades y Ejercicio Presupuestal* 2004, Conapred, México.

2005 *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación, col.* "Cuadernos estadísticos sobre discriminación", núm 1, Conapred, México.

Concha Cantú, Hugo Alejandro

2004 *Cultura de la Constitución en México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

sf "Una aproximación a la administración de justicia en México", en Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Concha Cantú, Hugo y José Caballero Juárez

2002 "La reforma judicial en las entidades federativas", en José María Serna de la Garza (ed.), *Estado de derecho y transición jurídica,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Cossío Díaz, José Ramón

1996 *Jurisdicción federal y carrera judicial en México,* col. "Cuadernos de la reforma de la justicia", núm. 4, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Chenaut, Victoria

2004 "Prácticas jurídicas e interlegalidad entre totonacas en el distrito judicial de Papantla, Veracruz", en María Teresa Sierra (ed.),

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 207

Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Porrúa, México.

FIX-FIERRO, HÉCTOR

2004 "La reforma en México. Entre la eficacia autoritaria y la incertidumbre democrática", en Luis Pásara (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

2003 "La reforma judicial en México, ¿de dónde viene?, ¿hacia dónde va?", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 2, julio-diciembre, México.

FIX-FIERRO, HÉCTOR y SERGIO LÓPEZ AYLLÓN

SF "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en varios autores *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional,* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR y JOSÉ RAMÓN CASSÍO DÍAZ

1996 *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano,* Fondo de Cultura Económica, México.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO

2003 "La Corte y los indígenas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año XXXVI, núm. 107, mayo-agosto, México.

HERNÁNDEZ, ROBERTO

2004 *El túnel,* Centro de Investigación y Docencia Económicas, México.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 208

IGREJA LEMOS, REBECA

2004 "Derecho y diferencia étnica: la impartición de justicia hacia los indígenas migrantes en la ciudad de México", en María Teresa Sierra (ed.), *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas,* Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Porrúa, México.

NATAREN NANDAYAPA, CARLOS

2005 "¿Legislar en la coyuntura? Consideraciones sobre la reforma procesal penal en las entidades federativas", *Reforma Judicial,* Revista *Mexicana de Justicia,* núm. 6, julio-diciembre, México.

NÚÑEZ MIRANDA, CONCEPCIÓN

2004 *Deshilando condenas, bordando libertades,* Grupo de Estudios de la Mujer Rosario Castellanos, Instituto Nacional de las Mujeres, Ojo de Agua Comunicación, México.

PÁSARA, LUIS, compilador

2004 *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

RAWLS, JOHN

1997 *Teoría de la justicia,* trad. de María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México.

ROCHE, LUISA CARMEN

2001 *Los excluidos de la justicia en Venezuela,* Tribunal Supremo de Justicia-Banco Mundial, Venezuela.

RODRÍGUEZ LOZANO, AMADOR

2000 "La *Ley Federal de Defensoría Pública*", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 2, enero-junio, México.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS

2004 *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?,* col. "Cuadernos de la igualdad", núm. 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

RUBIO, LUIS

2005 "Las dos caras del Poder Judicial", *Reforma,* 13 de febrero, México.

SIERRA, MARÍA TERESA

1997 Ponencia presentada en el XX Congreso Internacional de la Latin American Studies Association, del 17 al 20 de abril, Guadalajara, México.

FUENTES ELECTRÓNICAS

CORREA SUTIL, JORGE

1999 "Access to Justice and Judicial Reforms in Latin America. Any Hope of Equality?", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política,* Program Sela 99, del 17 al 20 de junio, Chile, en www. islandia.law.yale.edu/sela/jcorre.pdf

HERRERA CASTRO, TOMÁS

2003 "El Estado de derecho bajo una concepción edípica", en revista *Eureka,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Univer-

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 210

sidad Nacional Autónoma de México, México, en www.juridicas.unam.mx/inst/becarios/eureka/1/

MESSICK, RICHARD E.
1999 *The World Bank Research Observer,* vol. 14, núm. 1, febrero, Oxford, en www.web.worldbank.org

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 211

La discriminación a los indígenas sujetos a proceso penal en el Distrito Federal *Un análisis al* Código Penal *y de* Procedimientos Penales, *así como a los órganos encargados de procurar, administrar e impartir justicia en el Distrito Federal, a la luz del derecho a la no discriminación*

por Luis Manuel Reyes Alcázar

Introducción

El presente trabajo reflexiona sobre un tema muy poco investigado: los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en especial, los derechos procesales en los que pueden verse envueltos.

Debido a que la lengua materna de la mayoría de estas personas es la indígena, su uso del idioma español se restringe, generalmente, a lo básico, y por tanto se encuentran en clara desventaja al ser procesadas en una lengua y por un sistema ajeno al suyo. La situación se agrava con la serie de prejuicios que la

mayor parte de los mexicanos tienen con respecto a este sector, en especial los servidores públicos encargados de impartir y administrar justicia.

Quizás por desconocimiento de la diversidad cultural, por negligencia o por poca convicción en la función que desempeñan, lo cierto es que dan por sentado que por el simple hecho de que una persona sea mexicana y hable algo de español entiende lo que se le está diciendo y comprende los alcances de la imputación y las consecuencias que ésta pudiera arrojar.

Lo peor del caso sucede cuando la conducta desplegada por un individuo sujeto a indagatoria y posteriormente a proceso penal deriva de una práctica cultural propia de su comunidad que, dentro del sector social dominante, se considerada ilícita y constituye un delito. Sin embargo, desde la óptica de la comunidad a la cual pertenece dicha práctica es considerada válida –incluso puede ser una suerte de ritual. Entonces se produce un choque entre la cultura y el concepto de legalidad que cada uno maneja.

Parte de la importancia de este tema es redundar en el hecho de que se requiere conocer la diferencia cultural existente entre los códigos de conducta y comportamiento de los pueblos y comunidades indígenas y los del sector social dominante. Esto no implica que se dejen de aplicar las disposiciones que castigan las conductas delictuosas, sino que cuando la conducta derive de una práctica cultural, ésta se tome en consideración para entender el motivo por el cual se actuó de tal modo y así pueda determinarse el daño causado al bien jurídico protegido y las consecuencias de no hacerlo, así como para fijar la mayor o menor pena que pudiera imponerse.

Estos conceptos resultan trascendentes en el desarrollo de la vida jurídica de un Estado, pues debe procurarse la igualdad entre

las personas, más cuando se trata de procesos jurisdiccionales, lo que no exime de responsabilidad a cierto sector social.

Por ello, es importante analizar la capacidad de las instituciones encargadas de impartir y administrar la justicia, y lograr propuestas que garanticen a toda persona el trato igualitario, independientemente de su lengua y origen, ya que se trata de derechos mínimos legalmente reconocidos que certifican la existencia del Estado de derecho y refuerzan la democracia en un Estado pluricultural.

Todo esto se puede analizar desde la óptica del derecho a la no discriminación para reafirmar el reconocimiento a la diversidad cultural y a la tolerancia, y como medio para reclamar la instrumentación y consolidación de medidas positivas que garanticen el trato igualitario en la sociedad y concretamente en el acceso a la jurisdicción del Estado.

En el presente trabajo se lleva a cabo un breve análisis de la estructura de las comunidades indígenas y del reconocimiento de sus derechos colectivos en los ámbitos nacional e internacional. Principalmente se analiza qué tipo de acceso a la jurisdicción del Estado gozan los miembros de los pueblos indígenas y, por lo tanto, las garantías mínimas que deben considerarse para lograrlo.

También se efectúa un breve examen de la legislación procesal penal en el cual se contemplan las garantías del derecho al intérprete y a que se conozcan sus diferencias culturales en el momento de ser procesados y juzgados, para garantizar así una equitativa jurisdicción del Estado.

Por último, se resalta la forma ineficaz en que se contemplan tales derechos en la norma secundaria y se señalan las condiciones discriminatorias en los órganos encargados de procurar y administrar justicia.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 214

Diversidad cultural y pueblos indígenas

La cultura, lo diverso y la igualdad

Mucho se habla de la cultura como un factor de identidad en cualquier comunidad. Se trata de un discurso que ha cobrado mucho auge desde que la multiculturalidad o pluriculturalidad –contenida en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*–, ya no es completamente vista desde el folclore ni desde la curiosidad por el *indio* como reducto del mundo prehispánico, como antecedente de nuestra cultura nacional, como alguien que debía ser conservado e integrado gradualmente a la modernidad para sacarlo del *atraso* cultural y social.

Estos prejuicios aún existen en diversos sectores de la sociedad y lo más lamentable es que son recurrentes y notorios en los órganos encargados de procurar y administrar justicia. Tales ámbitos gubernamentales actúan desde la perspectiva de la cultura dominante y desde leyes y principios contenidos en las normas secundarias, las cuales todavía no reconocen plenamente la pluralidad étnica de la sociedad mexicana.

Cultura

El presente trabajo toma el principio de la *Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural,* adoptada por la trigésimo primera sesión de la Conferencia General de la UNESCO, contenido en la parte relativa a sus consideraciones, el cual determina que "la cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los

modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias".[1]

La cultura toma mayor relevancia cuando se trata de entes colectivos que con el paso del tiempo y a pesar de las guerras, conquistas y adversidades logran subsistir y reproducir sus rasgos esenciales, no sin antes haber sufrido transformaciones y evoluciones en su estructura y funcionamiento, producto del contexto histórico.

Lo diverso

En esencia nada es igual, lo *diverso* implica lo *diferente.* Para entender lo diferente necesitamos partir de conocer lo que consideramos igual y reconocer la existencia de rasgos distintivos de cada cosa, de cada ente o de cada ser que marcan esa diferenciación.

Así pues, los individuos no son iguales, aunque quizás coincidentes o semejantes en ciertos rasgos físicos o emocionales. A nivel colectivo se puede observar que una comunidad puede parecer semejante a otra en organización, ideales o fines, pero ser diferente en la forma de operar internamente, de materializar ideales y de lograr ciertos fines. La diversidad implica la diferencia entre un elemento y otro. Por diversidad cultural debe entenderse la diferencia de rasgos o elementos sociales o culturales de una sociedad respecto de otra.

El miedo a lo diferente genera actitudes de destrucción y anulación del otro fundamentadas generalmente en prejuicios y que establecen estereotipos y estigmas de lo que no se considera igual. El miedo surge del desconocimiento del otro y de la falta de sensi-

1 Esta definición fue adoptada conforme a las conclusiones de la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales (Mundiacult, México, 1982), de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (Nuestra Diversidad Creativa, 1995) y de la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo (Estocolmo, 1998).

bilización ante la problemática que le aqueja. En ocasiones, este miedo puede derivar en una relación de subordinación, creando las condiciones necesarias para que la sociedad o sector dominante reproduzca los beneficios de no considerar al otro ni de reconocer sus derechos, generándose así lo que algunos autores llaman el "pacto de dominación".[2]

Entonces, lo diferente es mal visto por los sectores más conservadores, se convierte en algo inconveniente debido a la posibilidad de perder privilegios; y las personas diferentes buscan recuperar los espacios que les han sido arrebatados y continúan luchando por el reconocimiento de esa diferencia, porque a partir de ella se generan las condiciones de igualdad necesarias para el desarrollo y para que puedan abandonar la marginación en la que viven.

La igualdad

Seguiremos a Francisco Rubio Llorente para definir a la igualdad: "La igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones".[3]

Así pues, se busca una construcción de igualdad en sentido estricto (ya sea como valor o como principio) y de igualdad sustancial[4] entendida como un principio básico y fundamental de toda

2 Véase Viviane Brachet-Márquez, *El pacto de dominación. Estado, clase y reforma social en México (1910-1995)*, Colmex, México, 1996, p. 54.

3 Citado por Miguel Carbonell, *Igualdad y Constitución, col.* "Cuadernos de la igualdad", núm. 1, Conapred, México, 2004, p. 19.

4 Miguel Carbonell realiza un análisis sobre lo que implica la igualdad en sentido estricto y la igualdad sustancial, entendida la primera como valor o como principio, poniendo como ejemplo el consagrado en las constituciones emanadas

sociedad moderna que garantiza y hace asequibles a todo individuo las prerrogativas características de un Estado democrático.

Esta igualdad se construye a partir del reconocimiento de los elementos culturales diferentes dentro de una sociedad en la que se garantice la reproducción de sus elementos propios, los cuales dan vida y cohesión a esa colectividad, como la lengua, las formas de organización interna, el pensamiento y las instituciones, entre otros, y donde dichos elementos sean tomados en consideración en los ámbitos público y privado de la vida.

Debido a lo anterior, se busca crear las condiciones necesarias que reconozcan a la igualdad dentro de la sociedad y garanticen el libre ejercicio de los derechos en el marco normativo y en la expresión y manifestación de los aspectos culturales.

Sobre el concepto de pueblo

Pueblo

Uno de los elementos que conforman al pueblo son las comunidades, esto es, el conjunto de individuos que tienen rasgos culturales propios (lengua, costumbres, instituciones e ideales), además de una historia compartida, expectativas comunes y propuestas de proyectos significativos, como un fin común.

El pueblo es el conjunto de comunidades que comparten ciertos elementos culturales, una historia, expectativas, propuestas significativas, instituciones propias y un fin común, y que se encuentran asentadas en un territorio determinado.

---

durante el siglo XXI. La igualdad sustancial, explica, es el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer, o incluso a exigir, la instrumentación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa. Véase Miguel Carbonell, "Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos en México", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción,* CNDH, México, 2003, pp. 12-13.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 218

Estado

El concepto de Estado ha generado revuelo y discusión entre las comunidades nacional e internacional respecto del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues se ha confundido –de manera premeditada– con el concepto de pueblo, creándose con ello una serie de prejuicios sobre el reconocimiento de los derechos específicos de esta colectividad.

Si bien en un determinado lugar pueden asentarse diversos pueblos o comunidades que no necesariamente comparten elementos culturales ni fines ni expectativas, lo que los hace partícipes de la vida colectiva es el ordenamiento jurídico que pretende integrarlos en un todo llamado "Estado", que puede definirse como "la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio".[5] De esta definición se desprenden los elementos de población, territorio y poder, que también se presentan en el concepto de pueblo, con la diferencia de que el pueblo es la expresión de la organización de la población.

En relación con el poder, en un pueblo existe generalmente la legitimación hacia las instituciones que se forman en su interior a fin de ejercer el mandato de la comunidad para el bien colectivo. Sin embargo, en el Estado la legitimación se da desde la ley misma, que es el elemento de coerción para mantener el orden de sus integrantes sin tener necesariamente en cuenta su opinión.

El indio y el indígena

En este apartado deben aclararse distintos términos que se han estudiado desde el punto de vista antropológico y que sirven para efectos del presente trabajo.

5 Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho,* Porrúa, México, 1994, p. 98.

El indio

El término "indio" es producto de un error histórico que a través de los siglos ha tenido un significado peyorativo y de devaluación de la identidad y de los rasgos de quienes han sido llamados de esta manera. Durante mucho tiempo se ha asociado a personas que viven marginadas, en cierta situación de "inferioridad y atraso cultural", y ha servido para justificar la jerarquía y dominación constante del llamado "ladino" o "mestizo" sobre las razas originarias de estas regiones, así como para atomizar sus derechos con el supuesto afán de integrarlos a la sociedad mayoritaria, es decir, de *civilizarlos.*

Para intentar definir dicha palabra, Alfonso Caso partió del hecho de que las poblaciones indígenas viven en comunidades que se distinguen unas de otras con bastante facilidad. Él consideraba al indio como un miembro de un grupo social delimitado, pero redujo su concepto a algo subjetivo e introdujo cuestiones raciales al diferenciar su comunidad de las formadas por blancos y mestizos.[6] Sin embargo, las cuestiones meramente culturales fueron rebasadas ya que este autor no considera su evolución histórica, al contrario de lo que hace Eric Wolf, quien sostiene que desde esta perspectiva se va más allá de las cuestiones culturales y se abarca la estructura de la comunidad y de las relaciones existentes entre sus diferentes partes.[7] Así, de acuerdo con Rodolfo Stavenhagen, "la calidad de lo indio se encuentra en esas comunidades corporativas, cerradas, cuyos miembros están ligados por ciertos derechos y obligaciones, que tienen formas de control social propias, jerarquías políticas y

6 Véase Alfonso Caso, "Definición del indio y lo indio", en *América indígena,* vol. VIII, Instituto Indigenista Interamericano, México 1948, p. 5.

7 Erick Wolf, *The Indian in Mexican Society,* The Alpha Kappa Delta, Alabama, 1960, p. 30.

religiosas particulares"[8], y según Wolf, "estas unidades corporativas son el resultado de la política colonial española y se han transformado sucesivamente bajo el impacto de influencias externas".[9]

El indígena

Este término se aplica a aquellas personas que reconocen pertenecer a un pueblo o comunidad indígena. Sirve para puntualizar dicho significado el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo: "La conciencia de su identidad deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se considerarán como indígenas y por tanto a quienes se aplicará el *Convenio*". Así, se establece que el elemento de identidad es un rasgo indispensable para determinar la condición de pertenencia de un sujeto a un pueblo considerado indígena.

Pueblo indígena

Según el artículo 1, numeral 1, inciso b del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se entiende por pueblo indígena "a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas".

8 Rodolfo Stavenhagen *et al*, "Clases, colonialismo y aculturación", en *Ensayos sobre las clases sociales en México,* décima edición, Nuestro Tiempo, México, 1980, p. 115.

9 Erick Wolf, *op. cit*.

Usos y costumbres, sistemas normativos o derecho indígena

Instrumentos internacionales como el *Convenio 169* de la OIT se refieren a los usos y costumbres de los pueblos indígenas, tema en el cual profundizaré más adelante y que ha generado un amplio debate, pues se ha hablado incluso de un "derecho consuetudinario", término que considero poco apropiado y atomizador del derecho indígena ya existente.

A diferencia de los usos y costumbres que implican prácticas simples y comportamientos aislados, los sistemas normativos surgen en una sociedad determinada para regular su situación interna, y poseen un conjunto sistemático de principios rectores de la vida comunitaria, mismos que permiten la subsistencia de esa sociedad, así como la debida integración de cada uno de sus miembros y la realización de un fin común.

En el caso de los pueblos y comunidades indígenas este sistema no suele ser rígido. Por el contrario, se adapta a la necesidad, pero siempre con el afán de salvaguardar y fortalecer aquellos rasgos identitarios, así como las columnas y ejes principales que dan vida a su sociedad.

Al hablar de los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas nos referimos a un derecho propio que la misma colectividad se ha encargado de mantener. Se afirma, entonces, que es propiamente un sistema jurídico y un derecho, ya que estas normas internas de la colectividad indígena revisten obligatoriedad hacia su interior y, por tanto, sus miembros deben respetarlas y observarlas, pues de lo contrario existe una posibilidad de sanción, que si bien no es meramente la coerción como la conocemos, es decir, el uso de la fuerza pública implica quizás, a su modo de ver, otra forma más ejemplar de sancionar.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 222

Por ello, considero necesario hablar del derecho indígena, el cual se encuentra plenamente reconocido por instrumentos internacionales y por la *Constitución*, aunque en la legislación secundaria se pretenda atomizar este derecho llamándolo simplemente "usos y costumbres".

Aspectos de los pueblos y comunidades indígenas en el Distrito Federal

En la República Mexicana existen 62 pueblos indígenas reconocidos y ubicados de acuerdo con un criterio etnolingüístico, es decir, de manera oficial se sabe que existen 62 lenguas.

Uno de los principales problemas que sufren los pueblos indígenas es la migración, impulsada por la pobreza en la cual se encuentran y por las circunstancias históricas de dominación, además de su lucha constante con la sociedad moderna que pretende integrarlos al sector mayoritario y sacarlos así de su "atraso cultural". Este fenómeno migratorio generalmente se dirige hacia los grandes centros de población, en el caso de México hacia las ciudades capitales de mayor relevancia, como son Guadalajara, Monterrey y el Distrito Federal.

El Distrito Federal es la entidad que, de acuerdo con los censos realizados desde 1995, tiene mayor población indígena cuantitativamente hablando. Es allí donde existe el mayor número de lenguas indígenas, así como una gran interculturalidad que vuelve todavía más compleja a la capital y presenta mayores retos para los gobiernos y los ciudadanos. Asimismo, "podemos decir que en el DF no sólo se hablan todas las lenguas del país, sino que en cada una de las delegaciones de la ciudad se reproduce dicha pluriculturalidad".[10]

10 Dirección de Atención a Indígenas, *Situación de la niñez indígena en el DF*, Dirección General de Equidad y Desarrollo Social del Distrito Federal, México, 2002, en www.equidad.df.gob.mx/indigenas/situacion_ninez.html

Magdalena Gómez comenta que los indígenas migrantes continúan reproduciendo los elementos o rasgos culturales que les proporcionan cohesión e identidad, y aun cuando se encuentran alejados de sus pueblos natales "reproducen estructuras familiares y de organización de sus lugares de origen [...] conservan fuertes vínculos con sus comunidades a las que vuelven periódicamente y sobre todo cuando les son asignados cargos. Es común que reproduzcan las reuniones o asambleas comunitarias, si bien con algunas variantes".[11] Esto hace más compleja la situación del reconocimiento de sus derechos colectivos.

A pesar de la marginación imperante en sus comunidades de origen, los indígenas migrantes llegan a la ciudad de México para encontrarse en situaciones sumamente complicadas: un ambiente y una cultura completamente diferentes a los suyos, pobreza y dificultades para comunicarse adecuadamente con quienes los rodean, etcétera. Por ello, no sólo tienen que enfrentar la imposición de condiciones de vida y de trabajo, la discriminación y el rechazo a sus costumbres, tradiciones y lenguas, sino también un proceso de desarraigo y, como consecuencia, el riesgo de la pérdida de la identidad y la cultura.

Tales circunstancias no habían sido consideradas por los distintos órganos de procuración y administración de justicia. Actualmente sólo se ha logrado la instrumentación de medidas para garantizar el respeto a la diferencia, las cuales aún no son suficientes debido a los prejuicios y estigmas existentes respecto de la población indígena, así como por el desconocimiento de sus aspectos culturales.

11 Magdalena Gómez, "Hacia un reconocimiento de una sociedad pluricultural", en *Memoria del Foro sobre Legislación Indígena en el Distrito Federal,* Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México, 2001, p. 6.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 224

Si bien en la legislación penal del Distrito Federal existe el reconocimiento a la diversidad cultural mediante el derecho al traductor y a que el juzgador conozca la diferencia cultural del individuo, esto no se observa cabalmente en la práctica y continúan dándose prácticas discriminatorias, las cuales surgen a partir del desconocimiento o de los prejuicios de los servidores públicos encargados de aplicar la norma, con lo que se genera que se vulnere el derecho fundamental del individuo indígena.

El reconocimiento internacional y nacional de los derechos humanos de los pueblos

El reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas tuvo un proceso muy peculiar, producto de la constante lucha en que se han encontrado ante la sociedad mayoritaria. Si bien en el ámbito nacional este reconocimiento permanece inacabado, hay elementos importantes que son retomados para exigir el pleno goce y ejercicio de sus derechos colectivos, como lo es la garantía de acceso a la plena jurisdicción del Estado.

Marco internacional

Convenio 169 de la OIT *sobre pueblos indígenas y tribunales en países independientes,* de 1989

Este instrumento internacional fue suscrito y ratificado por el gobierno mexicano, por tanto tiene plena validez. Para efectos del presente trabajo me limitaré a mencionar los artículos relevantes, relativos al derecho a la plena jurisdicción del Estado y al del reconocimiento de los usos y costumbres. Dichas disposiciones son las contenidas en los artículos 8 numeral 1; 9; 10 numeral 1; y 12.

Marco nacional

Artículo 2 constitucional

Derivado de la llamada "reforma indígena" de agosto del 2001, el artículo 2 constitucional contiene los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Para efectos del presente trabajo se consideran relevantes los contenidos en su apartado A, fracciones II y VIII.

Considero relevante destacar que este artículo constitucional ya menciona a los sistemas normativos y, sobre todo, reconoce que para garantizar el derecho a la plena jurisdicción del Estado en los juicios en los cuales los indígenas sean parte es menester tomar en consideración sus costumbres y especificidades culturales.

En la fracción VIII del artículo se establece tajantemente el derecho de los indígenas a ser asistidos por un defensor y traductor que conozca su lengua y su cultura. Sin embargo, el problema surge cuando un indígena habla o entiende el idioma español, pues entonces no se sabe si debe garantizársele uno u otro derecho. Lo cierto es que puede contar con ambos, independientemente de su nivel de entendimiento o habla de la lengua castellana, cuestión que más adelante se retomará.

Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas

Esta *Ley* es una disposición secundaria de carácter federal y obligatoria en los tres ámbitos de gobierno. En ella se reconocen las lenguas indígenas como lenguas nacionales, igual de válidas que el español.

También se estipula que para cualquier asunto o trámite de carácter público serán válidas las lenguas indígenas, sin limitación alguna, tanto de manera verbal como escrita. En ese sentido, se establece que en todos los juicios en que los indígenas sean parte se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades cultura-

les; asimismo, el Estado deberá garantizar que dispongan de manera gratuita de defensores e intérpretes –no traductores como se señala en el artículo 2 constitucional, en virtud de que este concepto es más reducido– que conozcan su lengua y su cultura, obligación que se hace extensiva a los estados y municipios.

El derecho a la no discriminación y los indígenas

Concepto de derecho a la no discriminación y marco normativo

Discriminar significa separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra o, según el diccionario de la Real Academia Española, "dar trato de inferioridad, diferenciar a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera".

Para efectos del derecho a la no discriminación, discriminar implica algo más que distinguir: es diferenciar y dar trato preferente o desigual a las personas sin causa justificada y por ciertas características consideradas prejuicios que estigmatizan a la persona o el colectivo, provocando la vulneración de sus derechos fundamentales. Este concepto sirve para fundamentar el presente trabajo, y su marco normativo es el artículo 2 constitucional, que incluye la cláusula de la no discriminación, y la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*.

El indígena como sujeto de discriminación

Como ya se ha dicho, a lo largo del tiempo el indígena ha sido objeto de una discriminación derivada de la relación de dominación y subordinación de la cual ha sido sujeto y que ha generado una serie de prejuicios en su contra, así como la creación de estereotipos que terminan por estigmatizar a este grupo de la población.

Además, siguen existiendo en nuestra sociedad factores que impiden la eliminación de estos estigmas, como el desconocimiento de su naturaleza y realidad social y la falsa creencia de que por el sólo hecho de ser mexicanos o de encontrarse en una sociedad mayoritaria deben ajustarse a la cultura, reglas y convenciones establecidas en ésta y, por tanto, abandonar su condición y cultura indígenas, reproduciéndose –de manera inconsciente o no– actitudes discriminatorias que anulan sus derechos fundamentales, como reproducir sus costumbres y, principalmente, su lengua.

Estas circunstancias se agravan al enfrentarse el indígena a un sistema jurídico creado para una sociedad homogénea, con una cultura y unos elementos culturales compartidos como la lengua y que, por tanto, implican una mejor posibilidad de comunicación y con ello mayor facilidad de acceder a la justicia.

También se enfrentan a la posición acomodaticia de las autoridades, que ante la necesidad de *sacar* su trabajo, hacen uso de ciertas facultades concedidas por la ley para certificar circunstancias de las cuales ni siquiera tienen conocimiento, pero que les permiten trabajar libremente y violentar los derechos de las personas.

Los derechos fundamentales de los indígenas sujetos a proceso penal en la legislación local del Distrito Federal y las instituciones encargadas de administrar e impartir justicia

Todo derecho fundamental contenido en la norma constitucional debe regularse en la norma secundaria, a fin de garantizar su correcta aplicación.

La legislación penal del Distrito Federal se queda corta ante lo dispuesto en el artículo 2 constitucional en cuanto a la regulación

de las garantías mencionadas anteriormente, ya que no garantiza plenamente el acceso a la jurisdicción del estado, pues la manera en que se encuentra redactada no reconoce el derecho de todo indígena a contar con un traductor ni con un defensor que conozca su lengua y su cultura.

Ante esta situación se puede ver la posición comodina de las autoridades encargadas de la procuración y de la administración de justicia, pues a cuatro años de la entrada en vigor de la reforma constitucional no han creado aún las condiciones ni las instituciones que procuren el pleno ejercicio del derecho en cuestión. Si bien han adoptado medidas tendentes a sofocar la demanda de traducciones e interpretaciones, ello no garantiza el pleno cumplimiento de este derecho, ya que en el interior de estas instituciones sigue existiendo la falta de sensibilidad y conocimiento a propósito del tema del respeto a los derechos indígenas que derivan de la diferencia cultural.

El derecho al traductor y la situación de vulnerabilidad del indígena ante la norma que lo establece

Los artículos 83, 183, 269 fracción IV, y 285 bis del *Código de Procedimientos Penales* establecen el derecho a que la persona que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano (extranjero o perteneciente a un pueblo indígena) cuente con un traductor. Por su parte, el artículo 9 del referido *Código* en su fracción VI establece, en cuanto a los derechos de las víctimas, que en caso de que dicha persona pertenezca a un grupo étnico o no hable o entienda el idioma castellano deberá asistírsele con un traductor. Así pues, el legislador contempla el derecho a contar con un traductor en lengua indígena, independientemente de si el interesado habla o entiende suficientemente el idioma castellano.

En el caso de los artículos citados en primer lugar, si bien no resultan discriminatorios *per se,* sí dejan a la persona indígena sujeta a proceso penal en una situación de vulnerabilidad, ya que no establecen el medio por el cual pueda definirse si una persona habla o entiende suficientemente el idioma mayoritario. De ahí que queda a capricho de la autoridad que se determine con base en su criterio, muchas veces sesgado por el desconocimiento de la rama de la lingüística y por una serie de prejuicios existentes respecto de que independientemente de su condición de indígenas creen que el idioma español es el oficial. Por tanto, al pretender entrevistarse y *constatar* que la persona entendió y contestó los cuestionamientos, continúa el procedimiento o el proceso, violentando con ello el derecho fundamental del indígena al acceso pleno a la jurisdicción haciéndose entender por medio del intérprete intercultural y con el uso de su lengua.

En este caso la ley pudiera no resultar discriminatoria, pero sí llegar a propiciar la conducta nociva hacia las personas indígenas con base en el desconocimiento de éstas y de los prejuicios existentes hacia ellas derivados del proceso histórico de la construcción del indio, así como de la formación de los encargados de la administración e impartición de justicia, dándose el fenómeno de la discriminación institucional.

Este fenómeno se consolida ante la renuencia de estos órganos a sensibilizarse ante las características, necesidades y derechos de la población indígena, y se trata de una actitud que se reproduce al ser los mismos funcionarios que niegan la existencia de este sector quienes se encargan de capacitar y preparar a los nuevos funcionarios.

El derecho a que sean tomadas en consideración sus especificidades culturales

El tema de las especificidades culturales se ha visto generalmente como una situación de prerrogativas o privilegios hacia los indíge-

nas sujetos a procesos penales y aducidos de una forma tal que, ante el desconocimiento de lo que en realidad significa, ha generado una reacción de desagrado o rechazo tanto por parte de la sociedad en su conjunto como de los encargados de administrar justicia.

Asimismo, resultaba común en la práctica que el supuesto atraso cultural de los indígenas sujetos a proceso se convirtiese en causa de justificación de su conducta o, en su defecto, como atenuante para la sanción, creando con ello una situación de minusvalía o de degradación del individuo indígena.

La necesidad de conocer la diferencia cultural del indígena sujeto a proceso penal

Para el efecto de garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción estatal, y por tanto de la justicia, es menester que se reconozca la diferencia cultural, porque ésta determina la conducta de los individuos y establece si es válida y legal.

El derecho o garantía para la realización de otro derecho va más allá del reconocimiento aislado de costumbres proyectadas por un individuo. "No se habla de analizar y juzgar a individuos sólo por sus hábitos personales, sino por ser sujetos portadores de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad".[12]

Cabe destacar que no todos los indígenas sujetos a un proceso penal requieren de un peritaje para resolver una controversia, ya que no en la totalidad de los asuntos se presenta una diferencia cultural o alguna circunstancia normada por la comunidad. Es decir, sólo aquellos casos en los cuales exista un factor cultural relacionado con el ilícito requerirán la intervención del perito antropólogo o del

12 Yuri Escalante Betancourt, *La experiencia del peritaje antropológico,* INI, México, 2002, p. 9.

perito práctico cultural. Con ello pretende hacerse ver el hecho de que el individuo en su colectividad tiene unas instituciones propias y un ordenamiento social distinto al dominante, y por ende debe reconocerse su diferencia cultural a fin de aclarar lo relativo a los conceptos de lo prohibido o lo permitido en su sociedad.

El peritaje antropológico es efectuado por un licenciado en antropología, quien se entiende que posee las herramientas y el conocimiento para poder explicar los rasgos culturales existentes en una comunidad determinada. Al igual que el perito práctico, fungirá como el puente intercultural que proporcione herramientas analíticas que permitan acercar y hacer entendibles los sistemas normativos de ambas culturas al órgano encargado de procurar o impartir justicia. El peritaje práctico-cultural es llevado a cabo por la persona perteneciente al pueblo indígena que posee los conocimientos de su cultura y, por tanto, se encuentra en la posibilidad de transmitirlos al órgano respectivo.

La necesidad de ajustar la legislación penal y los órganos de investigación y de administración e impartición de justicia a lo dispuesto por el artículo 2 constitucional

Si bien la legislación penal local del Distrito Federal establece el derecho al traductor, así como a que se conozca la diferencia cultural del individuo indígena sujeto a proceso penal, aún no contempla el derecho a contar con un defensor que conozca la lengua y la cultura indígenas de las cuales se trate.

Esta circunstancia quizás no sea considerada como discriminatoria, sino únicamente violatoria de los derechos constitucionalmente reconocidos. Sin embargo, deja en una situación de desventaja a los indígenas sujetos a cualquier indagatoria o proceso penal, ya que debido al desconocimiento de la realidad y la problemática

indígenas, así como a la falta de sensibilidad de los servidores encargados de procurar e impartir justicia, aumenta la posibilidad de crear tratos discriminatorios hacia este sector derivados de los prejuicios y estigmas surgidos en torno de dicha población. Además, la justicia sigue estando en manos de personas que sin la formación ni el criterio correctos defienden a quienes desconocen como diferentes y procuran un trato igualitario.

Asimismo, al no existir un criterio establecido en la norma secundaria que disponga que una persona por el sólo hecho de ser indígena tenga derecho al intérprete, dejando a criterio de la autoridad en turno la determinación de si una persona habla y entiende suficientemente el idioma castellano, se fomenta la posibilidad de anular el ejercicio de un derecho reconocido como lo es el uso de la lengua. Con ello se genera una potencial violación a este derecho con base en las premisas falsas que generalmente fundamentan la negación del derecho del traductor, como es el prejuicio de que todo individuo que entiende algunas palabras o frases también entiende un sistema complejo de comunicación diferente al suyo, circunstancia que únicamente estaría justificada siempre y cuando se diera un estudio pormenorizado en el cual se concluyera que la persona en cuestión habla o entiende el idioma castellano efectivamente.

Al no existir en la norma penal secundaria un esquema mediante el cual se defina la necesidad y el motivo por los cuales se debe evaluar la diferencia cultural del individuo indígena sujeto a proceso penal, y ante la falta de sensibilización y conocimiento de esta realidad por parte de los órganos encargados de procurar y administrar justicia, se crea una situación potencial de negación de este derecho partiendo del punto de vista sesgado de que todo individuo es igual en derechos y obligaciones y que el desconocimien-

to de la norma no exime de su cumplimiento, o en su defecto se continúan reproduciendo criterios que estigmatizan a la población indígena al considerarla atrasada culturalmente.

Estas actitudes discriminatorias aún se continúan reproduciendo, y al carecerse de los mecanismos o instrumentos apropiados para combatirlas se provoca que el avance en cuanto al reconocimiento de estos derechos pueda llegar a perderse, por lo que es importante abordar esta problemática desde el punto del derecho a la no discriminación, ya que ello nos permite no sólo reclamar las prácticas no igualitarias sino establecer los mecanismos adecuados para alcanzar la igualdad.

Por último, considero indispensable que se adopten las medidas necesarias a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos sin discriminación ni limitación alguna a los pueblos y comunidades indígenas, partiendo de la ley primaria y pasando por la secundaria hasta que se lleve a la práctica cotidiana el respeto de sus derechos fundamentales.

Conclusiones

El desconocimiento de la diversidad cultural existente en México orilla a los servidores públicos encargados de administrar e impartir justicia a violar continuamente los derechos procesales fundamentales de los diversos pueblos indígenas que migran al Distrito Federal.

La negación y el desconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, y por tanto de sus lenguas, costumbres y sistemas normativos, además de la idea de que todo mexicano por el simple hecho de serlo habla y entiende el español y los códigos de conducta impuestos por la sociedad dominante, provocan en la capital de nuestro país la continua violación de sus derechos fundamentales

cuando se ven envueltos en procesos penales, como la negación de un traductor y del peritaje antropológico o del práctico-cultural.

Es menester reconocer que el abogado requiere del apoyo de la antropología jurídica para poder comprender la estructura y composición de la nación mexicana, y por ende de sus principales actores sociales, como lo son los pueblos indígenas, los cuales durante mucho tiempo han sido relegados de nuestra sociedad y tratados como simples curiosidades carentes de derechos, ya que dada la complejidad que revisten no habían tenido las mismas oportunidades de acceso pleno a la jurisdicción estatal ni a procesos justos y equitativos con respecto al grueso de la sociedad.

Urge incluir en la norma secundaria el derecho reconocido a que todo indígena, por el sólo hecho de serlo y de poseer una lengua materna distinta al español, se le proporcione un intérprete y a que cuando el delito que se le impute sea producto de la diferencia cultural se le proporcione un perito antropólogo o uno práctico-cultural, así como que este medio de prueba sea realmente valorado por el juzgador.

Bibliografía

Bailón Corres, Jaime

2000 *Pueblos indios, élites y territorio,* El Colegio de México, México.

Brachet-Márquez, Viviane

1996 *El pacto de dominación. Estado, clase y reforma social en México (1910-1995),* El Colegio de México, México.

Carbonell, Miguel

2004 *Igualdad y Constitución,* col. "Cuadernos de la igualdad", núm. 1, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

2003 "Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos en México", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción,* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

CASO, ALFONSO

1948 "Definición del indio y lo indio", en *América Indígena,* vol. VIII, Instituto Indigenista Interamericano, México.

DÍAZ-POLANCO, HÉCTOR

2004 *El canon Snorri. Diversidad cultural y tolerancia,* Universidad de la Ciudad de México, México.

ESCALANTE BETANCOURT, YURI

2002 *La experiencia del peritaje antropológico,* Instituto Nacional Indigenista, México.

ESCALANTE BETANCOURT, YURI *et al*

1998 *Derechos religiosos y pueblos indígenas. Memoria del Encuentro Nacional sobre Legislación y Derechos Religiosos de los Pueblos Indígenas de México,* Instituto Nacional Indigenista, México.

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO

1994 *Introducción al estudio del derecho,* Porrúa, México.

GÓMEZ, MAGDALENA, coordinadora

1997 *Derecho indígena,* Instituto Nacional Indigenista-Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, México.

MARTÍNEZ SIFUENTES, ESTEBAN

2001 *La policía comunitaria. Un sistema de seguridad pública comunitaria indígena en el estado de Guerrero,* colección "Derecho Indígena", Instituto Nacional Indigenista, México.

STAVENHAGEN, RODOLFO *et al*

1980 "Clases, colonialismo y aculturación", en *Ensayos sobre las clases sociales en México,* décima edición, Nuestro Tiempo, México.

WOLF, ERICK

1960 *The Indian in Mexican Society,* The Alpha Kappa Delta, México.

FUENTES ELECTRÓNICAS

DIRECCIÓN DE ATENCIÓN A INDÍGENAS

2002 , *Situación de la niñez indígena en el DF*, Dirección General de Equidad y Desarrollo Social del Distrito Federal, diciembre de 2002, México, en www.equidad.df.gob.mx/indigenas/situacion_ninez.html

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 237

La no discriminación indígena: asignatura pendiente del Estado mexicano

por Mauricio González Camacho y Luis Calvo Reyes

Introducción

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) convocaron a la sociedad mexicana el 17 de mayo de 2005 a un encuentro sin precedente, sin exclusión o restricción de ninguna especie, sin importar el origen étnico, el sexo, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, las condiciones de salud, el embarazo, la lengua, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otro aspecto, al primer Diplomado sobre el derecho a la no discriminación, con el objeto de generar una perspectiva de convivencia basada en la inclusión, el respeto a la diferencia, la igualdad de oportunidades y la inalienabilidad de los derechos fundamentales en el sector público. Sin duda, resulta un esfuerzo trascendental que tres instituciones que gozan de un reconocido prestigio y de una gran calidad moral coadyuven a la construcción de una sociedad tolerante a través de este llamado.

El inicio de esta actividad académica, creada como un espacio de reflexión y análisis respecto del fenómeno de la discriminación y su dimensión, no podía ser postergable por su dirigente moral, como llamó el doctor Diego Valadés a don Gilberto Rincón Gallardo, titular del CONAPRED, cuando en nuestro país se presentaban dos importantes sucesos vinculados a este tema. Nos referimos a la expresión del presidente Vicente Fox Quesada al llamar a los afroamericanos "negros", y al resultado de la *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México,* realizada por la Secretaría de Desarrollo Social y el CONAPRED. Concretamente, la *Encuesta* sirve para conocer las particularidades de la exclusión social, sus niveles y manifestaciones, reflejo de un fenómeno social en la vida cotidiana de los mexicanos. Arrojó resultados que muestran la dura batalla que debe librarse durante los próximos años contra la discriminación. Un ejemplo del estudio es que, después de los adultos mayores, los indígenas ocupan el segundo lugar como grupo desprotegido, razón suficiente para exponer algunas consideraciones al respecto en el presente trabajo.

A través de la *Encuesta,* México muestra el reconocimiento de la discriminación como barrera del progreso. Su concepción sobre la discriminación se traduce en el trato diferente o negativo hacia las personas; en general, 60% de los encuestados percibió que no se han respetado sus derechos y que el principal factor resulta el económico.

Esto fue reconocido enérgicamente por Gilberto Rincón Gallardo cuando, al inicio de los trabajos del diplomado, señaló que "la discriminación está vinculada a la pobreza como dos hermanas gemelas". La encuesta reportó que en nuestro país predomina la pobreza, la desigualdad y la escasa solidaridad. El 80% de la población mexicana considera que la discriminación es tan grave como la pobreza, y ocho de cada 10 mexicanos refieren que es tan problemática como la injusticia que provoca la pobreza.

La discriminación es como un tétrico fantasma que vive a través de hábitos y tradiciones; todos los días adopta formas diferentes y aparece con rostros inéditos, habita entre los niños que viven en la calle, lo mismo que en las grandes empresas, se desliza silenciosamente en el aula, en la charla cotidiana, en los discursos de Estado, en las prisiones, las fábricas, los medios masivos de comunicación o los asilos, viola los derechos de las personas y les roba oportunidades de desarrollo. Este ladrón es, sobre todo, un terrorista de la vida personal de hombres y mujeres, pues les impide crecer libremente en un medio justo y tolerante; de ahí que sea responsabilidad del Estado y de la sociedad prevenir y eliminar la discriminación. De ahí, también, que sea preciso abrir diversos frentes para el ataque directo a este cáncer social.*

El presente trabajo pretende desarrollar desde una perspectiva jurídica la problemática profunda de las relaciones sociales desiguales, empleando diversos métodos de la investigación jurídica: sistemático, el histórico, el inductivo-deductivo, el analítico y el hermenéutico.

Tolerancia y no discriminación

Diversidad ideológica: fuente de variedad de los conceptos fundamentales

Que la discriminación viola los principios de igualdad de derechos y de respeto a la dignidad humana; que dificulta la participación en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural del país; que constituye un obstáculo para el aumento del

* Este párrafo es una transcripción, apenas modificada, de Gilberto Rincón Gallardo, "Presentación", en Fernando Rey Martínez y Miguel Carbonell, *El derecho fundamental a no ser discsriminado por razón de sexo*, col. Miradas núm. 1, Conapred, México, 2005, p. 5, (nota del editor).

bienestar de la sociedad y de la familia; y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de los individuos para prestar servicios al país y a la humanidad, son de cierta manera pronunciamientos generales y simplistas. Es más, las normas específicas son verdaderamente escasas, ya que en muchos casos las referencias legales tienen que ver con la no distinción, sin utilizar el término "discriminación". Las lagunas que en ocasiones existen deberían resolverse o compensarse con la aplicación de las definiciones, distinciones y detalles derivados de los instrumentos internacionales aplicables o de otros ordenamientos de jurisdicción nacional, o incluso de alguna tesis jurisprudencial; sin embargo, esto no ocurre principalmente por no haber resolución en el tema.

Discriminación

Intentando acercarnos no a una resolución del problema sobre la imprecisión, sino a la conveniencia de incluir definiciones, partimos de la conceptualización etimológica. Según la Real Academia Española, el término "discriminación" deriva del latín *discriminatio,* "acción y efecto de discriminar". A su vez, "discriminar" proviene del latín *discriminare,* que se traduce por "seleccionar", "excluir". Este concepto no implica una separación debida a un trato desfavorable, sino diverso, aunque originalmente se entendió en sentido negativo a causa de prejuicios, generalmente como pertenencia a una categoría social distinta. En lo jurídico, el término implica un trato de marcada inferioridad por motivos raciales, religiosos, políticos, de preferencia sexual o de género, edad, pertenencia étnica, ideológica, entre otros. "Por discriminar se entiende alterar o modificar la igualdad entre personas, sea por reducción, exclusión o restricción".[1]

1 Patricia Kurczyn Villalobos, *Proyecto de genoma humano y las relaciones laborales,* col. "Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y

En una visión más profunda de la doctrina y de la legislación social, las acciones discriminatorias deben dividirse en: a) negativas, esto es, que propician un trato diferente y peor a miembros de un grupo, trato fundado en razones específicas y contrarias a la libertad y la igualdad que proclaman los derechos humanos; y b) positivas, las cuales en esa diferenciación suponen el reconocimiento. El primer caso puede aplicarse para suprimir derechos; el segundo para otorgar privilegios, pero en ambos se producen alteraciones en los derechos sin justificación legal.

En nuestra tan criticada legislación nacional no figura de forma expresa la discriminación en sentido positivo; sin embargo, sí se dirige a los actos discriminatorios que constituyen violaciones directas de los derechos humanos fundamentales. Ningún país puede afirmar haber consolidado el derecho a no ser discriminado, pero en algunos más que en otros la adopción de políticas para provocar un cambio de pautas culturales requiere de proyectos, estructuras, instituciones, órganos y mecanismos que no solamente logren sancionar las conductas discriminatorias, sino que alienten comportamientos que practiquen la igualdad de oportunidades y de trato. "Si entendemos la discriminación como un trato diferenciado que daña la dignidad humana aun cuando se esconde tras el respeto formal de las libertades y la igualdad legal o política, debemos decir que una sociedad no puede considerarse plenamente democrática si no es capaz de ofrecer una protección efectiva de los derechos inalienables de la persona, toda vez que éstos constituyen los pilares insustituibles de cualquier democracia que se considere legítima".[2]

Derechos Humanos", núm. 3, IIJ-UNAM, 1998, en www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad3/

2 Gilberto Rincón Gallardo, *La discriminación en México: por una cultura de la igualdad. Informe general de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación,* Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, México, 2001, pp. 21 y 22.

Ahora bien, no bastan las definiciones lexicográficas. Otras concepciones de tipo político-social aceptan que el término alude al trato de inferioridad, pero que también se deben apreciar las condiciones de resultado, es decir, el daño que cualitativa o cuantitativamente se produce en aquellos que padecen la discriminación. Esta concepción aborda la cuestión en un sentido más técnico. La discriminación entonces se prevé como un fenómeno cultural, una conducta culturalmente aceptada que de manera sistemática y socialmente extendida, y fundada en el desprecio, se despliega contra una persona o un grupo basándose en un prejuicio negativo o en un estigma relacionado con una desventaja innecesaria y que, intencionalmente o no, daña derechos y libertades fundamentales.

La *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* define a la discriminación (para los efectos de esa ley) del siguiente modo: "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 de la igualdad real de oportunidades de las personas".

Mientras que la *Constitución Política* prohíbe la discriminación en el tercer párrafo del artículo 1, la *Ley* la define como "distinción", "exclusión" o "restricción", sin que se use el término "segregación" en ninguno de los dos ordenamientos. Ambos coinciden en los motivos con excepción del sexual, mencionado por la *Ley* pero omitido por la *Constitución,* que habla de "género", como una muestra evolutiva de la apertura estatal hacia estas nuevas categorías.

Cabe añadir que mientras la *Constitución* alude a "capacidades diferentes", la *Ley* dice claramente "discapacidad". Este último ordenamiento agrega acertadamente como motivos de discriminación la

condición económica, la lengua y el embarazo, pero equipara innecesariamente la xenofobia y el antisemitismo, cuando son dos modalidades de discriminación por motivos étnicos o de origen. Además, amplía el término sobre las "preferencias" referidas en la *Constitución,* usando textualmente el de "preferencias sexuales".

El hecho de que se hayan utilizado conceptos como "capacidades diferentes" en vez de "discapacidad" o que se haga referencia a las "preferencias" en general, sin añadir, por ejemplo, el adjetivo "sexuales", como hacen otras constituciones en el mundo (Sudáfrica, Ecuador, Argentina, o Brasil, entre muchas otras), o que no se diga nada acerca de la lengua, son sin duda algunas deficiencias. No obstante, no podemos dejar de reconocer la enorme aportación jurídica, política y, en última instancia, civilizatoria de esta cláusula, pues al prohibir la discriminación en su primer enunciado constitucional, nuestra nación acepta la incidencia y el daño social de las prácticas discriminatorias y declara su compromiso para su prevención y eliminación.

La *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* enumera en su artículo 9 algunas conductas consideradas discriminatorias: aquéllas contrarias al derecho a la libertad de elección de empleo, de educación, de cónyuge o pareja, de servicios médicos, de acceso a la procuración e impartición de justicia, de expresión de ideas o religión, de igualdad en diversos campos, entre ellos el laboral, entre otras.

El impulso de esta *Ley* introdujo en el debate público uno de los problemas sociales más lesivos para la dignidad de millones de personas, un problema que durante mucho tiempo recibió muy escasa atención. Actualmente la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, que ella misma creó, son las principales herramientas generadoras de acciones educativas, informativas, tutelares y de protección

contra la discriminación y a favor de un trato recíproco e igualitario entre las personas, independientemente de su condición.

Resulta evidente que en nuestra *Constitución* la prohibición de la discriminación lleva implícitas referencias sobre la igualdad, contenidas en las normas tanto de garantías individuales como sociales y laborales, procurando garantizar el cumplimiento de la igualdad jurídica. No obstante, en la práctica las cosas son distintas y muchas veces esa intención se entorpece de múltiples y variadas formas.

Igualdad

Este término deriva del latín *aequalitas,* que hace referencia a la conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad. La Real Academia Española la define como "correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo".

La igualdad plantea una situación en la que todos los seres humanos son libres de desarrollar sus capacidades personales y tomar decisiones sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales, y en la que se tienen en cuenta, valoran y potencian por igual las distintas conductas, aspiraciones y necesidades de hombres y mujeres.

Históricamente, la igualdad ha sido motivo y motor de distintas luchas humanas. Platón reconoció una misma naturaleza para todos los hombres (entiéndase hombres y mujeres) y consideró lógico que tuvieran las mismas oportunidades a través de una educación igualitaria, lo que para la época pareció ridículo por no concordar con el contexto histórico.

Por su parte Aristóteles, en su indagación acerca de los orígenes de la sociedad, llegó a la conclusión de que éstos se hallan en la unión de los géneros para la reproducción. La mujer, que en ese

contexto histórico era la materialización de la desigualdad ya que era concebida con el mismo estatus que los esclavos, era un ser apto, al igual que el hombre para poder construir sociedades a través de hijos perfectos.

En realidad Aristóteles se refirió muy poco a la mujer, pero enfatizó las situaciones en las cuales la igualdad es relevante:

> A) aquellas en que uno se encuentra frente a una acción de dar o hacer, de la que haya que establecer correspondencia antecedente con un tener o con un recibir. Relación bilateral de reciprocidad. El problema de la igualdad se presenta como problema de equivalencia de cosas (justicia retributiva). Casos de retribución bien-bien (salario-trabajo, precio-mercancía); casos de retribución mal-mal (delito-castigo, daño-indemnización). B) aquella en la cual uno se encuentra frente al problema de asignar ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes; en términos jurídicos, derechos o deberes, a una pluralidad de individuos de determinada categoría. Relación multilateral y unidireccional. El problema de igualdad se presenta como problema de equiparación de personas (justicia atributiva).[3]

Thomas Hobbes, por su parte, afirmó que todos los hombres son iguales, y que su desigualdad únicamente puede justificarse a través de la ley civil, así que fue el primer filósofo que puso en entredicho el valor universalista de la igualdad. Y es que hablamos de un valor del individuo en tanto ente genérico; que supone la presencia de una pluralidad sin la cual no habría necesidad de una proposición que lo sostenga. Es decir, ¿en función de quién o de qué se concibe la igualdad? De hecho, cuando la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 establece que "todos los hom-

3 Juan Antonio Cruz Parcero, *El principio de igualdad,* conferencia en el Diplomado sobre el derecho a la no discriminación, IIJ-UNAM, México, 19 de mayo de 2005.

bres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" se trata de algo descriptivamente falso. Los hombres no somos iguales. O como irónicamente enuncia Orwell: "Todos somos iguales, pero unos más iguales que otros".[4]

Principio de igualdad y de no discriminación

Para mantener una idea de bienestar y de justicia como un logro ético se han establecido históricamente diversos criterios[5] del tipo de "a cada quien lo suyo", "a cada uno según su mérito, su capacidad, su talento, su esfuerzo, su trabajo, según el resultado, su necesidad, su rango, según su condición", etcétera. Pero ninguno de estos criterios ha ayudado realmente a establecer una relación de igualdad justa.

La igualdad real debe reconocer la desigualdad, considerando a todos los seres humanos iguales respecto de determinadas cualidades, base de la dignidad humana, de su naturaleza, de su libertad, de su razón, de su capacidad jurídica, etcétera.

El principio de igualdad es un valor que debe entenderse como un enunciado normativo que aplica reglas de justicia en las que se da un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Respetar una regla de justicia en la que la ley es igual para todos no enaltece la igualdad sino la legalidad. Si el criterio de lo justo se concibe como un teorema matemático, su aplicación en ciertos casos llevaría a una injusticia.

La igualdad parte del reconocimiento de la diversidad de situaciones de hecho, donde en parte existe igualdad y en parte diferencias. La diversidad no se contrapone a la igualdad, sino a la homogeneidad o a la identidad.

4 George Orwell, *Rebelión en la granja,* Destino, Barcelona, 1999, p. 174.

5 Juan Antonio Cruz Parcero, *op. cit.*

Las concepciones de igualdad encuentran interpretación en enunciados tales como "igualdad frente a la ley" o "igualdad de oportunidades", que se refieren, en el primer caso, al ejercicio y goce por parte de los ciudadanos de algunos derechos fundamentales previstos en la ley. La igualdad de oportunidades, por su parte, implica una combinación de aspectos constitucionales y redistributivos. Por un lado, atendiendo a aspectos procedimentales tales como la proscripción de limitaciones arbitrarias contra oportunidades, y por el otro, definiendo principios en los cuales esos procedimientos se hagan realidad. Los requisitos para satisfacer la igualdad de oportunidades son:

- Imparcialidad, es decir, que el sujeto sea considerado de acuerdo con la norma establecida y no quede a merced de factores aleatorios tales como la simpatía o la situación de privilegio.
- Igualdad en la posesión y el disfrute de los mismos derechos básicos de carácter político y económico.
- Igualdad de participación de los iguales en cualquier ámbito. Las normas que regularían esta igual participación no serían las mismas para unos que para otros. Aristóteles consideraba no equitativa una norma cuando recompensaba a los iguales con participaciones desiguales o a los desiguales con participaciones iguales.
- La igualdad proporcional, que establece que los grados de beneficio o carga estén en función uniformemente creciente de la característica especificada. Es decir, cuanto más se produzca la característica mayor será el beneficio o carga. Así, los sujetos deben ser tratados en proporción a su desigualdad o en proporción a la diferencia del grado asignado

a cada uno, igualmente correlacionado con el grado en que difieren respecto a la característica especificada por la norma.

- Participación desigual atinente a disparidades convenientes. De esta forma, por ejemplo, la riqueza es pertinente para la imposición fiscal. Por tanto, un impuesto gradual sobre la renta se considera igualitario, pero un impuesto que grave igual a ricos y pobres no se considera aceptable en términos de igualdad.[6]

En este sentido, Ginsberg señala que para que sea igualitaria una diferencia de trato se "exige una justificación en función de las diferencias pertinentes y suficientes entre los aspirantes".

Los grados de desigualdad en la asignación económica pueden llevar a distribuciones no igualitarias. No hay que olvidar que la igualdad de oportunidades se refiere a que las posibilidades para ocupar todas las posiciones sociales, incluso las más atractivas, deben distribuirse de forma igualitaria entre todos aunque, eso sí, sobre una base competitiva que prescinda de diferencias tales como el estatus social o los recursos económicos. Pero la igualdad de oportunidades presupone también la asignación igual de derechos, a la vez que requiere la aplicación de otra norma igualitaria de distribución, es decir, la igualdad de satisfacción de ciertas necesidades fundamentales necesita, por su parte, normas no igualitarias de asignación, esto es, privilegios para los económicamente más frágiles. De hecho, quienes carecen de ciertos atributos físicos o educativos no poseen las mismas posibilidades para las posiciones superiores que los que están mejor dotados.

6 Morris Ginsberg, *On Justice in Society,* Ithaca-Cornell University Press, Nueva York, 1965, p. 79.

En este sentido, disentimos de la opinión de autores como Pennock, quien afirma que la igualdad de oportunidades debe consistir en el hecho de que "el menos capaz y el más capaz reciban igual ventaja en la carrera del éxito".[7]

El equilibrio de los principios de igualdad frente a la ley, así como la igualdad de oportunidades y de recursos, son condiciones necesarias para que la igualdad en sí misma cuente con el sentido equitativo que requiere.

Como ya se ha dicho, la no discriminación se funda como un derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidades y vulnerabilidad actuales causados por prácticas discriminatorias previas. El principio de igualdad sólo es posible si existe el principio de no discriminación.

El derecho a la diferencia

Los hombres son iguales pero no idénticos. La igualdad y la libertad son las condiciones indispensables para que seamos diferentes unos de otros.

La igualdad concede el derecho a ser distinto, es la necesidad de reconocer al otro como *otro,* diferente y diferenciado de nosotros. Esto nos obliga a asumir también un aspecto que a veces queda

7 J. Roland Pennock, *Liberal Democracy: its Merits and Prospects,* Rinehart, Nueva York, 1950, p. 81.

olvidado: la dificultad en concebir la propia particularidad como legítima, el propio derecho a ser otro, a ser diferente.

La globalización ha intentado formar sociedades planetarias donde ha perdido importancia el reconocimiento de una diversidad cultural que por fortuna no se ha logrado extinguir ni en México ni en otros países. Reconocer la existencia de una cultura diversa no sólo implica aceptar tonos de piel, modas, gustos estéticos o hábitos alimentarios; conlleva mucho más. Los miembros de la otra cultura pueden concebir la naturaleza humana de modos muy diferentes, y lo que perciben como necesidades humanas básicas puede diferir enormemente con nuestros puntos de vista.

No resulta sencillo abordar el tema de qué punto de vista es el correcto cuando se presentan diferencias e incluso incompatibilidades en la forma de concebir el universo y al hombre dentro de él. Lo mismo sucede con otros temas cruciales del debate actual, como la problemática de los pueblos y las comunidades indígenas en la posibilidad del reconocimiento de sus sistemas normativos, usos y costumbres, como legítimos instrumentos jurídicos para la resolución de problemas y conflictos en el interior de dichas comunidades, aunque tales sistemas sean paralelos al sistema jurídico nacional o, incluso, lo sustituyan dentro de ciertos límites.

Por una parte, los criterios absolutos ofrecen una base firme e incontrovertible desde el punto de vista racional: aceptar o condenar derechos, normas, valores y costumbres de otras culturas. Desde esta posición, se sostiene que existen principios que cualquier persona debiera aceptar sea cual sea su contexto cultural, con tal de que los examine racionalmente y sin prejuicios. Por la otra, los criterios relativistas afirman que los actos deben ser evaluados tomando en cuenta su significado y los elementos que los componen. De esta forma, una conducta a la luz de una cultura puede ser buena o no, tomando como base el contexto social en el que surja.

Coincidimos en que "el absolutismo conduce a una posición intolerante frente a la diversidad",[8] a diferencia de las posiciones alternativas, que admiten que el mejor conocimiento es falible, es decir, que siempre cabe la posibilidad del error.

La tolerancia

Los factores asociados al fenómeno de la discriminación son:

- Prejuicios: actitudes basadas en una idea superflua, generalizada y errónea sobre la realidad.
- Estigmas: marcas o características desacreditadoras.
- Estereotipos: modelos rígidos con respecto a las características orales, intelectuales o físicas de un determinado grupo.
- Intolerancia: actitudes o predisposiciones que perjudican a grupos o personas.

Los principios orientadores para la no discriminación son la igualdad de oportunidades, de trato y la acción afirmativa. De los dos primeros se ha proporcionado una definición en párrafos anteriores, en tanto que cuando nos referimos a la acción positiva o afirmativa aludimos a acciones encaminadas a la igualdad. Una de ellas es la tolerancia.

En un arrebato de optimismo, Confucio soñó con una época de tolerancia universal en la que los ancianos vivirían tranquilos sus últimos días, los niños crecerían sanos, los viudos, las viudas, los huérfanos, los desamparados, los débiles y los enfermos encontrarían amparo, los hombres tendrían trabajo y las mujeres hogar, las

8 León Olivé, *Multiculturalismo y pluralismo,* Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 50.

cerraduras serían innecesarias pues no habría bandidos ni ladrones, y se dejarían abiertas las puertas exteriores. Este paraíso se llamaría "la gran comunidad".

Desde que el mundo es mundo se sueña con la tolerancia, quizás porque se trata de una conquista que brilla a la vez por su presencia y por su ausencia. Se ha dicho que la tolerancia es fácil de aplaudir, difícil de practicar, y muy difícil de explicar. Aparece como noción escurridiza, pues de entrada presenta dos significados sumamente distintos: permitir el mal y respetar la diversidad. Su significado clásico ha sido "permitir el mal sin aprobarlo". ¿Qué tipo de mal? El que supone no respetar las reglas que posibilitan la sociedad. Si algunos no respetan esas reglas comunes, la convivencia se deteriora y todos salen perdiendo. Por ello, quien ejerce la autoridad, el gobernante, el padre de familia, el profesor, el policía, el árbitro, está obligado a defender el cumplimiento de la norma común.

Defender una ley, una norma o una costumbre implica casi siempre no tolerar su incumplimiento. Pero se dan situaciones que hacen aconsejable permitir la posición de fuera de juego y "hacer la vista gorda". Esas situaciones constituyen la justificación y el ámbito de tolerancia entendida como permiso para el mal. Hacer la vista gorda es un giro insuperable, porque expresa algo tan complejo como disimular sin disimular, darse y no darse por enterado. Esa es precisamente la primera acepción de tolerancia, prerrogativa del que tiene la sartén por el mango y que libremente modera el ejercicio del poder.

Los clásicos llamaron "clemencia" a la tolerancia política. Séneca escribió el tratado *De clementia* para influir sobre Nerón, quien empezaba a mostrar su cara intolerante. El filósofo estoico profundizó en la naturaleza del poder y presentó un verdadero programa de gobierno: el príncipe, como alma que informa y vivifica

el cuerpo del Estado, debe gobernar con justicia atemperada por la clemencia, que es moderación condescendiente del poderoso.

En *El mercader de Venecia,* Shakespeare realiza un elogio insuperable de la clemencia: bendice al que la concede y al que la recibe; es el semblante más hermoso del poder, porque tiene su trono en los corazones de los reyes; sienta al monarca mejor que la corona, y es un atributo del mismo Dios.

De forma parecida, Cervantes hace decir a Don Quijote que debe frenarse el rigor de la ley, pues "no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo". Y da este sabio consejo a Sancho, gobernador de la ínsula Barataria: "Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia".

Decidir cuándo y cómo conviene hacer la vista gorda es un arte difícil que exige conocer a fondo la situación, evaluar lo que está en juego, sopesar los pros y los contras, anticipar las consecuencias, pedir consejo y tomar una decisión. Se arriesga el propio prestigio de la autoridad, la posible interpretación de la tolerancia como debilidad o indiferencia y la creación de precedentes peligrosos. Por ello, el ejercicio de la tolerancia se ha considerado siempre como una manifestación muy difícil de prudencia en el arte de gobernar. Marco Aurelio reconoció que recibió de su antecesor, el emperador Antonino Pío, la experiencia para distinguir cuándo hay necesidad de apretar y cuándo de aflojar.

Existe una tolerancia propia del que exige sus derechos. La oposición de Gandhi al gobierno británico de la India no fue visceral sino tolerante, fruto de una necesaria prudencia. En sus discursos repetía incansablemente que "dado que el mal sólo se mantiene por la violencia, es necesario abstenernos de toda violencia". Y que "si respondemos con violencia, nuestros futuros líderes se habrán

formado en una escuela de terrorismo". Además, "si respondemos ojo por ojo, lo único que conseguiremos será un país de ciegos".

¿Cuándo se debe tolerar algo?, ¿hasta dónde? La respuesta genérica es: siempre que, de no hacerlo, se estime que ha de ser peor el remedio que la enfermedad. Debe permitirse un mal cuando se piense que impedirlo provocará un mal mayor o impedirá un bien superior. La tolerancia se aplica a la luz de la jerarquía de bienes. Ya en la Edad Media se sabía que era propio del sabio legislador permitir las transgresiones menores para evitar las mayores. Pero la aplicación de este criterio no es nada fácil. Hay dos evidencias claras: que es menester ejercer la tolerancia y que no todo puede tolerarse. Compaginar ambas evidencias es un arduo problema. John Locke, en su *Carta sobre la tolerancia,* asegura que "el magistrado no debe tolerar ningún dogma adverso y contrario a la sociedad humana o a las buenas costumbres necesarias para conservar la sociedad civil".[9] Un límite tan expreso como impreciso, pero quizás el único posible. Hoy lo traducimos por el respeto escrupuloso a los derechos humanos, ilustrísimo y pomposo nombre para un cajón de sastre donde como ya hemos visto caben, si nos empeñamos, un sinnúmero de interpretaciones dispares.

La segunda acepción de tolerancia es "respeto a la diversidad". Se trata de una actitud de consideración hacia la diferencia, de una disposición a admitir en los demás una manera de ser y de obrar distinta de la propia, de la aceptación del pluralismo. Ya no se trata de permitir un mal, sino de aceptar puntos de vista diferentes y legítimos, de ceder en un conflicto de intereses justos. Y como los conflictos y las violencias son algo cotidiano, la tolerancia es un valor que necesaria y urgentemente hay que promover.

9 Véase John Locke, *Carta sobre la tolerancia,* Tecnos, Madrid, 1994.

Este respeto a la diferencia tiene un matiz pasivo y otro activo. La tolerancia pasiva equivaldría al "vive y deja vivir", así como a cierta indiferencia. En cambio, la tolerancia activa viene a significar solidaridad, una actitud positiva que antiguamente se llamó "benevolencia". Los hombres, dijo Séneca, deben estimarse como hermanos y conciudadanos, porque "el hombre es cosa sagrada para el hombre".[10] Su propia naturaleza pide el respeto mutuo, porque "ella nos ha constituido parientes al engendrarnos de los mismos elementos y para un mismo fin".[11] Séneca no se conforma con la indiferencia: "¿No derramar sangre humana? ¡Bien poco es no hacer daño a quien debemos favorecer!"[12] Por naturaleza, "las manos han de estar dispuestas a ayudar",[13] pues sólo nos es posible vivir en sociedad: algo "muy semejante al abovedado que, debiendo desplomarse si unas piedras no sostuvieran a otras, se aguanta por este apoyo mutuo".[14] La benevolencia nos prohíbe ser altaneros y ásperos, nos enseña que un hombre no debe servirse abusivamente de otro hombre, y nos invita a ser afables y serviciales en palabras, hechos y sentimientos.

En sus *Meditaciones,* el emperador Marco Aurelio nos confirma que "hemos nacido para una tarea común, como los pies, como las manos, como los párpados, como las hileras de dientes superiores e inferiores. De modo que obrar unos contra otros va contra la naturaleza".[15] Igual que nuestros cuerpos están formados por miembros diferentes, la sociedad está integrada por muchas personas diferen-

10 Véase Séneca, *Sobre la clemencia,* Gredos, Madrid, 1988.

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 *Idem.*

14 *Idem.*

15 Véase Marco Aurelio, *Meditaciones,* Gredos, Madrid, 1994.

tes, pero todas llamadas a una misma colaboración. Por eso, "los hombres con los que te ha tocado vivir, estímalos, pero de verdad".[16] Esta comprensión hacia todos debe llevarnos a pasar por alto lo evidentemente opuesto, lo modesto y hasta lo desagradable, no con desprecio, sino con intención positiva: "Si puedes, corrígelo con tu enseñanza; si no, recuerda que para ello se te ha dado la benevolencia. También los dioses son benevolentes con los incorregibles".[17] Con resonancias socráticas, Marco Aurelio también dirá que "se ultraja a sí mismo el hombre que se irrita con otro, el que vuelve las espaldas o el hostil a alguien".[18]

Voltaire, al finalizar su *Tratado sobre la tolerancia,* eleva una oración en la que pide a Dios que nos ayudemos unos a otros a soportar la carga de una existencia penosa y pasajera; le pide que las pequeñas diversidades entre los vestidos que cubren nuestros débiles cuerpos, entre todas nuestras insuficientes lenguas, entre todos nuestros ridículos usos, entre todas nuestras imperfectas leyes, entre todas nuestras insensatas opiniones, no sean motivo de odio y de persecución.

Asimismo, el discurso final de Charles Chaplin en *El gran dictador* es un canto a la tolerancia, donde parece que oímos la vieja melodía de Confucio:

> Me gustaría ayudar a todo el mundo si fuese posible; a los judíos y a los gentiles, a los negros y a los blancos […]. La vida puede ser libre y bella, pero necesitamos humanidad antes que máquinas, bondad y dulzura antes que inteligencia […]. No tenemos ganas de odiarnos y despreciarnos: en este mundo hay sitio para todos […]. Luchemos por abolir las barreras entre las naciones, por terminar con la rapacidad, el

16 *Idem.*
17 *Idem.*
18 *Idem.*

odio y la intolerancia […]. Las nubes se disipan, el sol asoma, surgimos de las tinieblas a la luz, penetramos en un mundo nuevo, un mundo mejor, en el que los hombres vencerán su rapacidad, su odio y su brutalidad.

Normas internacionales sobre discriminación vigentes en México

La comunidad internacional, en su lucha contra la discriminación, ha abierto un espacio público internacional para generar compromisos que consoliden los acuerdos referentes a la protección de los individuos y de las poblaciones, así como el reconocimiento de sus derechos.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la ONU, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 1 señala: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos".[19] Y añade en su artículo 7 que "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta *Declaración* y contra toda provocación a tal discriminación".[20]

En la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT), y en la *Declaración de Filadelfia* de 1944 se percibe el mismo principio de igualdad en dignidad y derechos al dejar claro que "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a buscar su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades".[21]

19 *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* artículo 1.

20 *Ibíd.,* artículo 7.

21 *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo* y *Declaración de Filadelfia.*

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 258

El *Convenio 111* de la OIT, ratificado por México el 11 de septiembre de 1961, trata el tema de la discriminación en materia de empleo y ocupación en su artículo 1, en los siguientes términos:

1. A los efectos de este *Convenio,* el término discriminación comprende:
   a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, o con otros organismos apropiados.
2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
3. A los efectos de este *Convenio,* los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.[22]

La *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por el gobierno mexicano el 23 de marzo de 1980, manifiesta en sus considerandos:

> Que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y de respeto de la dignidad humana; dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural del país; constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia;

22 *Convenio 111* de la Organización Internacional del Trabajo.

y entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.[23]

Esta *Convención,* basada en las consideraciones de sexo, con referencia exclusiva a la mujer, comprende la discriminación en los mismos términos que los convenios de la OIT en relación con el tema laboral:

Parte I

Artículo 1. A los efectos de la presente *Convención,* la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por 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.

Artículo 2. Los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir por todos los medios apropiados, sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y con tal objeto se comprometen a:

a) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
b) tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, practicada por cualquier persona, organización o empresa.[24]

23 *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

24 *Idem.*

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 260

El Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN), en su "Declaración de principios", que constituye el anexo i, alude a la discriminación en los siguientes términos:

> Eliminación de la discriminación en el empleo por causa de raza, sexo, religión, edad y otros conceptos, con la salvedad de ciertas excepciones razonables, tales como, en su caso, requisitos o acreditaciones para el empleo, así como prácticas establecidas o reglas que rijan las edades de retiro que se establezcan de buena fe, y medidas especiales de protección o de apoyo a grupos particulares, diseñadas para contrarrestar los efectos de la discriminación.[25]

Además de estos compromisos con la garantía universal de la no discriminación, la ONU y diversos foros regionales, en particular la Organización de Estados Americanos (OEA), han estimado necesario elaborar pactos y acuerdos dirigidos a eliminar de manera explícita ciertas formas de discriminación que revisten formas o actitudes particulares. Estos foros incluyen tanto la participación de organismos gubernamentales como no gubernamentales.

Se trata de un encomiable esfuerzo de la comunidad internacional encaminado a eliminar las diferentes formas de discriminación con recursos normativos orientadores que procuran homogeneizar conceptos y crear instrumentos especializados a fin de proteger a grupos sociales particularmente susceptibles de sufrir discriminación. "El conjunto de instrumentos internacionales de los que México forma parte (acuerdos que versan sobre una amplia gama de derechos políticos, civiles, económicos, sociales, así como los del ámbito humanitario) suman un total de 58".[26]

25 *Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte,* "Declaración de principios", anexo i.

26 Gilberto Rincón Gallardo, *op. cit.,* p. 39.

Normas derivadas de la legislación federal y del fuero común sobre la discriminación

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001 fue la primera en la historia del constitucionalismo mexicano en incorporar una cláusula relativa a la discriminación en los siguientes términos: "Queda prohibida toda discriminación motivada por el 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".[27]

Este avance legislativo tuvo por objeto construir un régimen democrático basado en principios de igualdad *ante* la ley y *en* la ley. En el primer caso se entiende que los ciudadanos tienen la misma capacidad jurídica ante los tribunales, así como las leyes un carácter general. El segundo expresa la obligación constitucional para el legislador de respetar el principio de igualdad en el contenido de cualquier norma que sea capaz de producir. Además, el Poder Legislativo queda obligado a realizar una revisión completa de la legislación nacional con el objeto de identificar las normas que vulneren el contenido de la cláusula y adecuarlas al nuevo principio de igualdad formal.

La ley establece en todo momento la igualdad y sus pronunciamientos son simplistas. Los más socorridos versan sobre materia laboral, incluyendo algunas normas específicas que resultan escasas y de cuyo incumplimiento se originan sanciones mínimas consistentes en multas. En la legislación laboral federal *(Ley Federal del Trabajo)* no existen especificaciones o distinciones; por el contrario, las refe-

27 *Diario Oficial de la Federación,* 14 de agosto de 2001.

rencias son a la no distinción. No se utiliza el término "discriminación" y tampoco se encuentra una norma definitoria a este respecto. Por lo tanto, estas lagunas u omisiones deben ser resueltas a la luz del contenido de convenios internacionales aplicables o en otros ordenamientos como la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* o con base en algunas tesis jurisprudenciales.

Aunque la falta de definiciones origina severos problemas, las lagunas legales no justifican ninguna discriminación y deberá buscarse la salida en las normas internacionales ratificadas o en otras fuentes legales, en los principios jurídicos y en la equidad.

El *Código Penal del Distrito Federal*, publicado en la *Gaceta Oficial* el 16 de julio de 2002, es considerado puntero en su tipo, ya que ha sido el primero en tipificar la discriminación al determinar las sanciones del artículo 206, que expresa:

> Se impondrá de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil y 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; o
> iii. niegue o restrinja derechos laborales.[28]

28 Citado en Patricia Kurczyn Villalobos, *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo,* serie "Ensayos Jurídicos", núm. 18, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 44.

Discriminación indígena: en busca de la igualdad

Discriminación indígena

Históricamente continúa pendiente en el proceso de democratización de la mayoría de los países la arraigada y profunda discriminación de la cual son objeto muchas personas y pueblos indígenas. El racismo se ha nutrido del imaginario social y de la falta de una cultura de respeto a la diversidad que se mueva sobre parámetros de justicia y equidad aceptables.

A contracorriente de la visión de enaltecimiento simbólico y folclórico que posee lo *indígena,* se encuentra su escasa valoración social efectiva, que se traduce en ausencia de atención institucional y desprecio colectivo.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha señalado que a través de la historia y hasta nuestros días:

> Los rasgos físicos, biológicos, como el color de la piel, el grupo de sangre o, por otra parte, la cultura a la cual se pertenece, son causa de desigualdad, discriminación y dominación de grupos que se autodefinen como superiores o con mejores y más legítimos derechos que aquellos a los que se desvaloriza y excluye. La discriminación por motivos de raza o etnia implica una operación simultánea de separación y jerarquización: el otro racial o étnico es juzgado como diferente, y a la vez como inferior en jerarquía, cualidades, posibilidades y derechos.[29]

La arbitraria asimetría en las relaciones de poder que implican los tratos discriminatorios ha significado pobreza y exclusión social

29 Martín Hopenhayn y Álvaro Bello, *Informe de la CEPAL sobre discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe,* Chile, 2000, p. 7.

para los indígenas de México. Para entender los efectos que la discriminación ha tenido sobre la población indígena de nuestro país basta leer que "los pueblos indígenas representan el sector social que registra mayores índices de pobreza y marginación en nuestro país. Se calcula que el ingreso de la mayoría de ellos es de poco más de 3,000 pesos al año, lo cual significa 250 pesos al mes y 8.30 pesos por día, con lo que deben satisfacer sus necesidades básicas de alimentación, salud, vivienda y vestido".[30]

Informes sobre la problemática indígena[31] señalan que el mayor atraso se encuentra en las poblaciones de Chiapas, Veracruz y Puebla, seguidas de Guerrero, Oaxaca, Estado de México, Hidalgo, Michoacán, San Luis Potosí y Guanajuato, entidades que concentran el 73% de la pobreza extrema en el campo mexicano. México cuenta con la mayor población indígena de América.

Este retroceso y deterioro afecta el desarrollo humano de la población y daña principalmente a los pueblos y comunidades indígenas, aumentando su pobreza extrema y su marginación con secuelas de analfabetismo, desnutrición, bajos índices educativos y persistentes problemas de salud pública e infraestructura, abuso social y político-electoral, además de embates cotidianos contra la identidad cultural y la unidad social, ya que muchos profesionales no están preparados para entender y manejar su diversidad cultural y los programas del Estado no se promueven en sus lenguas o desde alternativas que eviten los vicios en la comunicación multicultural.

El *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006* señala aspectos sanitarios que afectan a los pueblos y comunidades y menciona la calidad

30 "Con 8.30 pesos diarios subsisten los indígenas en la pobreza", *El Financiero,* México, martes 31 de agosto de 2004, p. 33.

31 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, información recibida de los gobiernos, *México. Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas,* Cuarto Periodo de Sesiones, Nueva York, 2005, en www.onu.org

de las viviendas y de las condiciones generales microambientales como causa de enfermedades. Sería necesario reconocer que el deterioro de la calidad de vida y la mortandad se relacionan con la deficiencia de los servicios médico-sanitarios y la falta de oportunidades para el trabajo, la falta de recursos para un salario digno, seguridad social, educación y acceso a la vivienda. Además, muchos profesionales de la salud vulneran (se dice que por error en la comunicación) los derechos fundamentales de hombres y mujeres indígenas al practicar esterilizaciones forzosas o parcialmente informadas, y aparecen elementos de racismo derivados de la modificación obligatoria de sus costumbres ancestrales para imponer cambios de sanidad y alimentación.

Las acciones afirmativas a favor de la no discriminación tocan materias como la alimentación, la educación, la salud y la vivienda. Las estrategias antidiscriminación deben garantizar el respeto a los derechos colectivos por encima de los derechos particulares.

La diversidad y la lucha por el reconocimiento

Pese a que han pasado cientos de años desde la dominación colonial, aún no hemos encontrado formas idóneas de armonizar la convivencia entre las razas mestizas y la pluralidad de etnias nacionales. Las estrategias, los avances y los retrocesos han oscilado entre el exterminio y la integración forzada, pasando por el aislamiento y otras variedades de políticas indigenistas.

En la política indigenista nacional se han propuesto objetivos de etnodesarrollo y de educación bilingüe o bicultural sin que se haya alcanzado a reanimar el orden constitucional para hacer efectivamente accesibles los derechos y garantías individuales y sociales que éste promueve y consagra. La desigualdad es un fenómeno real que afecta a las comunidades indígenas en todas sus formas de expresión cultural.

Actualmente no existe un dato exacto sobre el número de indígenas que viven en México. El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI)[32] consideró las respuestas a las preguntas sobre la lengua hablada y la pertenencia a algún grupo indígena de al menos un individuo del hogar, y con ello se estimó el tamaño de la población indígena en 12.7 millones de personas en el año 2000. Esa estimación constituye una aproximación bastante cercana a la realidad en la medida en que toma en cuenta diferentes componentes sociales, culturales y demográficos sobre los pueblos indígenas.

Después de tantos años de censos observamos a una población indígena en pleno crecimiento demográfico, la cual se encuentra esparcida en las 31 entidades federativas de la República Mexicana y en el Distrito Federal. Sus miembros hablan más de 56 lenguas distintas y originarias, y se agrupan precisamente en más de 56 etnias diferentes.[33]

En cuanto a su magnitud, el grupo étnico náhuatl es el más importante y se encuentra subdividido en grupos independientes, lo mismo que el zapoteca, el mixteca, el totonaca, el otomí y el tzotzil; por otra parte, los grupos étnicos maya y mazahua, entre otros, constituyen agrupamientos únicos. Los estados mexicanos en los cuales se da una mayor concentración de grupos indígenas son Guerrero, Chiapas, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Hidalgo, Puebla, Quintana Roo, Campeche, Nayarit, San Luis Potosí y el Estado de México. Adicionalmente, no puede perderse de vista el Distrito Federal y otras entidades que, aunque en menor número, arrojan cifras significativas sobre la población indígena.[34]

32 Véase www.inegi.gob.mx/est

33 Véase www.cdi.gob.mx

34 *Idem.*

Como ya vimos, actualmente los indígenas siguen siendo una parte importante de la población mexicana que aún no ha podido obtener un mínimo satisfactorio de bienestar social. El primer intento del gobierno federal fue una teoría y práctica indigenista llena de *humanidad,* pero que desde la cosmogonía indígena constituyó un nuevo sistema de hostilidad: la tendencia a tutelar a los indígenas en lugar de alentar los cambios culturales, políticos, económicos, jurídicos e ideológicos y de proporcionarles los elementos indispensables para protegerse a sí mismos.

Según esos criterios, el indígena que aspiraba a superar sus problemas económicos y sociales, y demás carencias, debía abandonar los valores y formas de vida que le dan identidad, y participar en la cultura nacional que ni siquiera comprendía, lo que representó durante muchos años discriminación, pues esta población era considerada parte de una sociedad primitiva. El respeto a la dignidad humana fue absolutamente enunciativo, ya que la *otra* cultura los contempló como una casta inferior.

En la evolución de los esfuerzos sobre el tratamiento del Estado hacia sus comunidades indígenas, la otra alternativa era la marginación.

Este problema sobre el adecuado tratamiento de las minorías étnicas constituye el reto actual no sólo de México, sino de todo el mundo. Es menester conseguir un sistema que destaque los aspectos socioeducativo y jurídico, que evite la marginación, y que permita y garantice el acceso pleno a la justicia y a la certidumbre jurídica mediante una legislación congruente con los diversos matices de la realidad social, la costumbre, la moral, la religión y, sobre todo, que sea consecuente y adecuado con los fines del derecho como ciencia.

Las últimas reformas constitucionales en materia indígena incluyeron muchos elementos que al parecer aún han dejado insatis-

fechos a algunos sectores importantes de la población, particularmente a los principales afectados: los pueblos y comunidades indígenas. Por supuesto que a nadie escapa que la reforma adolece de serios e importantes defectos, pero también contiene aspectos muy positivos que merecen ser resaltados y suponen en última instancia una razonable plataforma de discusión para proponer futuros ajustes a la misma.

La reforma constitucional incorporó el concepto de igualdad en el goce de los derechos fundamentales; también incluyó una definición de los pueblos indígenas y estableció la conciencia de esa identidad indígena como criterio fundamental para determinar la aplicabilidad de disposiciones sobre pueblos indígenas y ya no la pertenencia o residencia dentro de un pueblo o comunidad indígena. Además de lo anterior se patentiza su autonomía, sus derechos, la promoción de la igualdad y la eliminación de cualquier práctica discriminatoria.

Estos propósitos de trato igualitario basados en el principio de igualdad resultan, aun con la reforma, insuficientes, porque no todas las personas han tenido las mismas posibilidades. De ahí que debamos enfrentar la desigualdad desde el mismo punto de partida. También se promueve la igualdad de oportunidades, que es menester construir diferenciadamente para que logre identificar a la igualdad como medida de justicia social con un beneficio común. Tampoco hay que olvidar las acciones positivas que sirvan para paliar las desigualdades de hecho y de derecho.

Por último, la prohibición de la discriminación, un punto distinto del principio de igualdad, no tiene un significado real si al constituirse el principio carece de la obligación del Estado, e incluso de la sociedad, de proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables de aquellas discriminaciones históricas, y a veces no tan históricas, que sufren.

No hay duda de que existe un acuerdo fundamental acerca de la necesidad de dar reconocimiento a los pueblos indígenas en la *Constitución.* Ello no siempre ha sido posible, pues no existen aún las posiciones bien estructuradas para hacer exigible el cumplimiento de las potenciales disposiciones.

El principal problema reside en la cultura de la intolerancia, que ha prevalecido en la ideología de la sociedad mexicana. Isidro H. Cisneros, en su obra sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas en México,[35] afirma que cuando analizamos su evolución histórica observamos que la sociedad en vías de democratización desarrolla diversas formas de intolerancia: a) *intolerancia social,* que produce discriminación, estereotipos, indiferencia, es-cepticismo, marginación de grupos vulnerables y servidumbre de género; b) *intolerancia cultural,* que se expresa en racismo, persecución de minorías, segregación, xenofobia y nacionalismo acentuado; c) *intolerancia política,* que plantea novedosas concepciones del enemigo y del conflicto político; y d) *intolerancia económica,* que proyecta formas de exclusión en el mercado y el espacio público.

Esa intolerancia ha sido el obstáculo para el reconocimiento legal de la diversidad. Pese a la importancia de éste son necesarios otros factores para alcanzar un avance moral en el respeto a esa diversidad y en el derecho a ser otro. Si el reconocimiento prospera carente de una cultura de respeto a la libertad, a la igualdad y a la diversidad, no existirán espacios suficientes para la interacción de los derechos entre mayorías y minorías y para que éstos puedan garantizarse.

35 Isidro H. Cisneros, *Derechos humanos de los pueblos indígenas en México. Contribución para una ciencia política de los derechos colectivos*, CDHDF, México, 2004, p. 63.

El sistema internacional de los derechos humanos como mecanismo contra la discriminación

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* se sustenta sobre los pilares de la igualdad entre todos los seres humanos y la no discriminación, y aunque no se trata de un instrumento jurídico vinculante, constituye para todos los Estados miembros de la ONU una norma moral y políticamente obligatoria, una afirmación de objetivos que pueden ser ignorados o despreciados sin que el Estado que lo haga tenga que pagar un alto precio político por ello. Los principios contenidos en la *Declaración* son generalmente aceptados como derecho consuetudinario, lo cual no impide que de vez en cuando surjan países que la violen o consideren que sus asuntos sobre derechos humanos son precisamente eso: *sus asuntos.*

Los dos principios sobre los que descansa esta *Declaración* no eran tan obvios en aquellos años, algo que confirman los horrores del genocidio de la Alemania nazi, que afirmaba la superioridad de una raza sobre las otras. La *Declaración* rompió con la visión jerárquica y excluyente de sociedades como esa. Se reconoció que más que una aspiración era una realidad existente, ya que hace medio siglo no se respetaban los derechos humanos, como no se respetan universalmente en la actualidad.

En la lucha por los derechos humanos de los pueblos indígenas, como en las de todos los demás pueblos del mundo, se puede apelar a la *Declaración Universal,* aunque en algunos países dichos pueblos todavía son sujetos de estatutos especiales en los cuales se les trata como a menores y no como a ciudadanos plenos (tutela estatal).

No cabe duda de que las ideas de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* tienen su origen en la lucha por las libertades fundamentales de las personas y, sobre todo, en la *Declaración de los*

Derechos del Hombre y del Ciudadano surgida de la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII.

Los pueblos indígenas del mundo, cuyos derechos continúan siendo vulnerados sistemáticamente, encuentran en la *Declaración Universal* un instrumento de defensa y de lucha que pueden enarbolar para hacer patentes sus demandas y reivindicaciones frente a los Estados que han sido cómplices por comisión u omisión de las violaciones a sus derechos humanos.

Durante el mismo año de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* 1948, se adoptó un instrumento con mayor valor jurídico internacional: la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,* generado por los horrores del holocausto desatado por la Alemania nazi. El genocidio quedó definido como "cualquier acto perpetrado con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, lo que constituye un delito internacional".[36]

Este instrumento no había sido utilizado hasta hace poco, concretamente en la guerra de Bosnia. Algunas organizaciones indígenas han invocado la *Convención*, presentándose como víctimas de actos discriminatorios y genocidas, pero la ONU no ha tomado en cuenta sus denuncias. Mucho más insistentes han sido aquellos grupos que reclaman actos que han etiquetado de "genocidio cultural" o "etnocidio". Las políticas de destrucción cultural de un pueblo, aunque no impliquen eliminación física, constituyen una instancia del genocidio y, por ende, deben ser protegidas por la ONU, que a pesar de ello no ha dado muestras de aceptar esta interpretación.

36 Rodolfo Stavenhagen, "El sistema internacional de los derechos indígenas", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas,* serie "Doctrina jurídica", núm. 59, IIJ-UNAM, México, 2001, pp. 123 y ss.

Los pactos internacionales también juegan un papel crucial en la materia. Constituyen documentos jurídicos vinculantes según el derecho internacional y tienen carácter de ley interna en el Estado que los ratifica. El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* fueron ratificados por México desde 1981. Los pueblos indígenas de los países que han ratificado estos pactos internacionales pueden exigir su cumplimiento a las autoridades correspondientes.

La primera conclusión a la que arribamos es que se confirma que si los indígenas no disfrutan plenamente todos sus derechos humanos no se debe a que requieran derechos especiales, sino a que existen deficiencias en la aplicación de los instrumentos jurídicos que consagran sus derechos humanos. Lo que haría falta es simplemente mejorar los mecanismos de aplicación de los pactos internacionales, así como de las leyes nacionales que protegen los derechos humanos.

Los dos pactos internacionales mencionados prohíben la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas, el origen social o nacional, la propiedad o el nacimiento. Por consiguiente, los indígenas que son víctimas de actos discriminatorios encuentran en los pactos elementos para su reivindicación, siempre y cuando dichos actos sean imputables a una autoridad gubernamental y no a particulares.

Consideraciones finales en torno al fenómeno de la discriminación indígena

Considerando de manera global el fenómeno de la discriminación por pertenencia étnica, ésta parece expresarse fehacientemente a través de efectos que patentizan el trato de desigualdad. Desde el punto de vista de una verdadera cultura democrática, la intoleran-

cia, el menosprecio y la estigmatización de las culturas, comunidades y personas catalogadas como inferiores por su origen étnico representa un obstáculo cada vez más infranqueable para poder comenzar a hablar de relaciones sociales, económicas, culturales y políticas sanas que propicien la inclusión, el respeto a la pluralidad y el diálogo intercultural. Sólo los mecanismos que garanticen el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el acceso a los bienes sociales básicos, podrán marcar un desarrollo pleno para toda la ciudadanía.

Dentro de las estrategias para ir resolviendo la problemática histórica indígena creemos que el ámbito internacional muestra un avance en esa difícil tarea. Se han impulsado acciones para ir ganándole terreno a la discriminación, la marginación, el racismo y la intolerancia. El solo hecho de haber permeado la conciencia de ciertos sectores de la población no indígena es un paso importante. Hablar de los derechos de los pueblos indígenas ha empezado a dejar de ser tabú.

Los indígenas de muchos países, sus movimientos y reclamos son los principales responsables de esos cambios que buscan contribuir a la protección de los derechos de los pueblos indígenas en todas partes del mundo, así como buscar el establecimiento de instrumentos jurídicos, normas y mecanismos eficientes para la protección y reconocimiento de estos derechos y coadyuvar a la resolución pacífica de controversias que afectan a los pueblos indígenas. Sin embargo, esto no quiere decir que la situación de los pueblos indígenas haya cambiado sustancialmente. Persisten la marginación, la discriminación, la explotación, el racismo y la intolerancia. Las condiciones económicas, políticas y sociales siguen siendo las mismas o se han agravado. No existe correspondencia entre los logros obtenidos a escala internacional y lo que ocurre en el interior de los paí-

ses. Por el contrario, parece existir una desvinculación entre lo internacional y lo nacional.

En el ámbito internacional se observa la tendencia a ir construyendo y adoptando instrumentos jurídicos relacionados con el respeto y la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, debe mencionarse el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,* de la OIT, que en muchos casos suscitó una fuerte polémica antes de ser ratificado por las naciones.

Creemos que esta tendencia implica que se ha roto el tradicional silencio en torno a la problemática de los pueblos originarios. Entre los avances que se han registrado a nivel internacional y la situación nacional que se sigue viviendo en muchos países, especialmente de América Latina, existe un gran abismo caracterizado por la violación constante, el desconocimiento y la falta de respeto a los derechos étnicos.

Esta situación debe de acabar pronto, porque la solución depende, en gran medida, de que se pueda o no establecer un diálogo constructivo y de tipo cooperativo entre poblaciones indígenas y poblaciones no indígenas. Si se logran asumir compromisos serios de aplicación de los instrumentos internacionales, así como introducir reformas constitucionales fundamentales e impulsar políticas, campañas, acciones, etcétera, en busca de la integración de sus respectivas sociedades, partiendo del reconocimiento y respeto de los derechos de cada uno de los pueblos que las conforman, será posible que se vayan construyendo nuevos espacios de relaciones interculturales basadas en el diálogo constructivo y en la cooperación, en el reconocimiento y en el ejercicio pleno de los derechos de todos los pueblos y culturas.

Los pueblos indígenas nunca han rechazado al mundo moderno ni han pretendido fragmentar a los países. Sólo quieren gozar de

las ventajas del desarrollo y encontrar su lugar en naciones multiétnicas, pluriculturales y multilingües de nuevo tipo, que es necesario construir. Ello significa que es necesario alcanzar la igualdad entre los pueblos que integran las naciones, es decir, el acceso a una igualdad de derechos políticos, económicos, sociales y culturales al interior de los Estados o Estados-naciones. Esta igualdad debe centrarse en la búsqueda y realización de los derechos de los pueblos que integran un Estado, entre ellos, el de hacerse oír y el de tener un lugar en la construcción y conducción del mismo. En otras palabras, que todos los individuos que lo componen partan de una igualdad de oportunidades en las condiciones de existencia material, en el ejercicio de los derechos políticos y en la conducción de los asuntos estatales e internacionales, pero con la condición de preservar su cultura e identidad.

Aspirar al desarrollo y a contrarrestar el subdesarrollo en todas sus formas pasa necesariamente por la apertura a nuevos conceptos, a otra forma de pensar y de actuar por parte de todos, que permita el reconocimiento de la sabiduría y experiencia de la inmensa población afectada, incluida la de los pueblos indígenas.

A nuestro juicio, los derechos de los pueblos deben ser considerados por la comunidad internacional entre el conjunto de pilares de la organización política mundial, pues la igualdad entre los pueblos es inseparable del futuro de la humanidad. Sin ella, el paradigma de la democracia jamás será alcanzado.

Parafraseando a Luis Cardoza y Aragón: "¿Cómo se puede ser solidario con pueblos que no comprendemos y, lo que es peor, frente a los cuales el orden mundial no está dispuesto a asumir sus luchas por el derecho a una existencia con dignidad?".[37]

37 Luis Cardoza y Aragón, *La revolución guatemalteca,* Pueblos Unidos, Montevideo, 1956, p. 200.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 276

Conclusiones

La discriminación es un fenómeno nocivo que acentúa de manera arbitraria determinadas diferencias entre personas y grupos, destruye la libertad y la prosperidad de toda la comunidad, crea rencor entre los pueblos y causa gran sufrimiento y muertes innecesarias. La discriminación no sólo es moralmente inaceptable, sino que también es científicamente falsa, ya que está comprobado que no existe justificación biológica o fisiológica para dar un tratamiento desigual a las personas.

En la lucha diaria contra la discriminación, la población indígena se lleva la peor parte. La construcción de un Estado monocultural o la negación de la pluriculturalidad es un acto a todas luces discriminatorio. Las políticas públicas deben encauzarse hacia el reconocimiento de la multiculturalidad y hacia la discriminación positiva que otorgue trato preferencial en la distribución y acceso a bienes y servicios básicos para mejorar las condiciones materiales de grupos en pobreza, para facilitar su integración a la sociedad global y compensar a los pueblos indígenas por situaciones históricas de discriminación.

Es necesario fortalecer acciones que impulsen el desarrollo sustentable de los pueblos y las comunidades indígenas y consoliden condiciones sociales, de seguridad pública y de acceso a la jurisdicción del Estado que les permitan disfrutar de los derechos humanos básicos. Para ello, es menester un análisis legislativo que configure los cambios, mecanismos y medios idóneos a fin de cumplir con el espíritu de respeto hacia todas las etnias de México, para que hagan realidad efectiva la multiculturalidad nacional.

Bibliografía

Carbonell, Miguel y Karla Pérez Portilla, coordinadores

2002 *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena. La validez del derecho indígena en el derecho nacional,* serie "Estudios jurídicos", núm. 32, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Cardoza y Aragón, Luis

1956 *La revolución guatemalteca,* Pueblos Unidos, Montevideo.

Carmona Lara, María del Carmen

2001 *Aspectos nacionales e internacionales sobre derechos indígenas,* serie B, "Estudios Comparativos", núm. 24, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Cisneros, Isidro H.

2004 *Derechos humanos de los pueblos indígenas en México. Contribución para una ciencia política de los derechos colectivos,* Comisión de los Derechos Humanos del Distrito Federal, México.

Cruz Parcero, Juan Antonio

2005 El *principio de igualdad,* conferencia en el Diplomado sobre el derecho a la no discriminación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 19 de mayo de 2005.

Cruz Rueda, Elisa

2001 "Cultura nacional y pueblos indígenas", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas*, serie "Doctrina jurídica",

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 278

núm. 59, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

GINSBERG, MORRIS
1965 *On Justice in Society*, Ithaca-Cornell University Press, Nueva York.

HOPENHAYN, MARTÍN y ÁLVARO BELLO
2000 *Informe de la CEPAL sobre discriminación étnico-racial y xenofobia en América Latina y el Caribe,* Chile.

KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA
2004 *Acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo,* serie "Ensayos jurídicos", núm. 18, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

LOCKE, JOHN
1994 *Carta sobre la tolerancia,* Tecnos, Madrid.

MARCO AURELIO
1994 *Meditaciones,* Gredos, Madrid.

OLIVÉ, LEÓN
1999 *Multiculturalismo y pluralismo,* Paidós, Buenos Aires.

ORWELL, GEORGE
1999 *Rebelión en la granja,* Editorial Destino, Barcelona.

PENNOCK, J. RONALD
1950 *Liberal Democracy. Its Merits and Prospects,* Rinehart, Nueva York.

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 279

RINCÓN GALLARDO, GILBERTO

2001 *La discriminación en México: por una cultura de la igualdad. Informe general de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación,* Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, México.

SÉNECA

1988 *Sobre la clemencia,* Gredos, Madrid.

STAVENHAGEN, RODOLFO

2001 "El sistema internacional de los derechos indígenas", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasionas,* serie "Doctrina Jurídica", núm. 59, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

KURCZYN VILLALOBOS, PATRICIA

1998 *Proyecto de genoma humano y las relaciones laborales,* col. "Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos", núm. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, en www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad3/

www.inegi.gob.mx/est

www.cdi.gob.mx

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 281

Directorio

Gilberto Rincón Gallardo y Meltis

Presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred)

Héctor Felipe fix fierro

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (iij-unam)

Emilio Álvarez Icaza Longoria

Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (cdhdf)

ensayos2007a 8/15/07 11:42 AM Page 282

Siete enfoques: trabajos finalistas del Diplomado sobre derecho a la no discriminación

del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación
se terminó de imprimir en agosto de 2007 en los talleres
de Impresora y Encuadernadora Progreso, SA.
Se tiraron 1,500 ejemplares más sobrantes para reposición.

La edición estuvo al cuidado de la
DIRECCIÓN GENERAL ADJUNTA DE VINCULACIÓN,
PROGRAMAS EDUCATIVOS Y DIVULGACIÓN
del CONAPRED.