

Ideas-fuerza para armonizar la legislación antidiscriminatoria en México

Jesús Rodríguez Zepeda (UAM-Iztapalapa)

Ponencia presentada en el Foro regional: “Armonización legislativa en materia de igualdad y no discriminación”, organizado por el Gobierno del Estado de Zacatecas, la Comisión Especial sobre la No Discriminación de la Cámara de Diputados de la LXI legislatura del Congreso de la Unión, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y el Consejo Estatal para Prevenir y Eliminar toda forma de Discriminación. Zacatecas, Zacatecas, 9 de junio de 2010.

No evaluaré en esta presentación los casos específicos de legislación local o de armonización legislativa en las entidades federativas que, a partir de la promulgación de la reforma constitucional de 2001 relativa a la no discriminación y los derechos y cultura indígenas, se desarrollaron o se desarrollan en México. Tampoco evaluaré la manera en que la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, legislada y promulgada en 2003, se ha reflejado o traicionado como modelo en esas 16 entidades de la República en las que registramos algún tipo de legislación específica en materia del derecho a la no discriminación.

Aunque tales tareas son necesarias, creo que es igualmente importante, y acaso menos socorrido, el intento de establecer algunas ideas-guía o ideas-fuerza para este tipo de procesos y que, en algunos casos ya han sido desatendidas o ignoradas con consecuencias nocivas para las posibilidades de garantizar el, con todo, novísimo derecho a la no discriminación en nuestro país. Me refiero a la necesidad de fijar algunos criterios que, desde luego, serán novedosos por su articulación o conjunto que por sí mismos por separado, y que tratan de mantener, al menos, el estatuto constitucional del mencionado derecho frente a las frecuentes trivializaciones, desatenciones institucionales o derivas meramente administrativas o presupuestales que dañan tal estatuto.

Son muchas las razones que pueden concurrir en un deficiente proceso de armonización legislativa como el del derecho a la no discriminación en las entidades federativas, aunque sólo aludiremos a algunas de las más significativas. Para ello, debemos partir de la constatación de que, en sentido estricto, se trata de un doble proceso, es decir, en primer

lugar, se trata de una vía de armonización que ha de ir de la Constitución y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación a las legislaciones estatales, tanto en su nivel constitucional como legal (aunque sólo es referente normativo obligado para las entidades federativas la cláusula constitucional, y sólo un modelo deseable aunque no obligado el segundo). En segundo término, debería entrar en esta armonización la ruta que va de los principales instrumentos internacionales en materia de no discriminación con los que México está comprometido (y que según opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen un nivel de obligatoriedad por encima de leyes generales, federales y locales) a las mismas legislaciones locales. En realidad, la tarea es aún más ardua, porque a esta doble vía de armonización, deberíamos agregar un tercer tipo de armonía o ensamble, éste no obligado ni legal, pero sí deseable y productivo, a saber, el de la alineación de la legislación mexicana en materia de no discriminación con algunas experiencias nacionales emblemáticas en esta materia que generan normas modelo o buenas prácticas institucionales que mucho mejorarían la legislación e institucionalización de la tarea antidiscriminatoria en México. Trataré de ofrecer ejemplos para todos los casos mencionados.

En primer lugar, todo proceso de armonización legislativa requiere una conceptualización jurídica precisa, clara y con vías lógicas de garantía o aplicabilidad.

Si esto es cierto en general, lo es más en el caso de la antidiscriminación, pues los riesgos de imprecisión, de saturación conceptual, de confusión con otras tareas similares o de caídas en discursos edificantes o retóricos sin viabilidad institucional son muy fuertes y deben evitarse de manera sistemática. En este contexto, las definiciones conceptuales deben ser precisas y no ambiguas o polisémicas. En primer lugar, el concepto político o crítico de discriminación, que ha de entenderse siempre, *“como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”*,¹ no debería ser confundida con otras prácticas sociales nocivas o perversas, como la desigualdad socioeconómica o la ausencia de reconocimiento político para la diversidad cultural o identitaria, a efecto de poder dotar de precisión jurídica a las

¹ Cfr. Rodríguez Zepeda, Jesús, *Un marco teórico para la discriminación*, México, CONAPRED, 2007.

cláusulas antidiscriminatorias de toda legislación reglamentaria que, siguiendo el modelo de la Constitución, prohíbe de entrada toda práctica de esa índole.

Ahora bien, toda cláusula de este tipo debe incluir tanto la prohibición de la discriminación genérica o universalista (protección para toda persona, es decir, la no discriminación como derecho humano o derecho fundamental) como la referencia a las causas o motivos más frecuentes y destacados de la discriminación (lo que Ariel Kaufman denomina formas de “discriminación propia”²): raza o etnia, sexo, edad, religión, preferencia sexual, discapacidad, nacionalidad, etcétera, aunque no un largo etcétera. Esta combinación entre discriminación genérica y formas de discriminación propia en la definición legal misma de discriminación permite equilibrar el universalismo normativo propio de la doctrina moderna de los derechos fundamentales con la evidencia sociológica de que determinados grupos, y no otros, padecen con una aplastante frecuencia estadística actos discriminatorios, frente a los cuales el Estado debe ofrecer una protección específica.

Destaca también, en el contexto de esta primera exigencia de precisión conceptual, el riesgo representado por la tendencia a incluir como formas de discriminación propia un amplio listado de prácticas discriminatorias por grupo e incluso formas hipotéticas de discriminación, con un entendible afán de exhaustividad, que trata de no dejar fuera de la protección legal del derecho antidiscriminatorio a grupos o prácticas sociales en situación de desventaja inmerecida. Esto es a lo que denomino, precisamente, “saturación conceptual”, es decir, la tendencia, en general bienintencionada, a incluir tantas formas de discriminación propia en la legislación como sea posible, al margen de su presencia sociológica o su significación política efectivas. En este sentido, he podido constatar, por ejemplo, propuestas que prohíben la discriminación por “...identidad indígena, identidad de género [o] expresión de rol de género...” que en realidad son subespecies de la discriminación por “origen étnico o nacional” por “sexo” o por “género”, estas últimas sí estandarizadas y reconocibles con facilidad en toda legislación significativa en la materia. Se puede entender por qué se presenta esta sobreabundancia de grupos o prácticas discriminatorias en las propuestas de ordenamiento legal (por ejemplo, por compromisos políticos con grupos militantes, por rechazo a los conceptos jurídicos abstractos que

² Cfr. Kaufman, Ariel, *Dignus inter Pares: Derecho antidiscriminatorio y democracia constitucional*, en prensa.

impiden la visibilización de la diversidad de grupos o prácticas discriminados, o por cierta necesidad de estar a tono con los últimos desarrollos académicos, etcétera), pero, en un sentido estricto, la norma, precisamente por su carácter general, no debería sujetarse a tales niveles de especificidad, mismos que tienden a hacerla caótica y, en última instancia, inaplicable. De hecho, la norma admite las especificaciones pertinentes en el caso de su tratamiento institucional (ya sea por parte de una autoridad administrativa o una jurisdiccional), precisamente en el terreno de la interpretación jurídica. El riesgo añadido de incluir conceptos como el de “expresión de rol de género” (por cierto, con el anglicismo “rol” de por medio) es que justificaría en casos de fuerte diferenciación conceptual como en el de la diversidad sexual, la necesidad de incluir todas las variaciones de la diversidad sexual con posibilidad de ser nombradas (homosexualidad, lesbianismo, transexualidad, etcétera) para supuestamente dar contenido explícito o desarrollo normativo a la frase “preferencias sexuales”. Esta prevención explica por qué no encontramos, en el derecho antidiscriminatorio comparado, una lista demasiado amplia de grupos protegidos, y sí, más bien, una suerte de núcleo duro de grupos objetos de tal protección. Contra lo que se cree con frecuencia, la especificación de casos o condiciones posibles en un texto legal no aumenta su capacidad de cobertura normativa, sino que, por el contrario, conlleva el riesgo de, mientras se hace de la norma un texto farragoso y de cada vez más difícil garantía, se amplíe la variedad de casos reales o concebibles que quedan fuera de la lista y para los que siempre existirá un sujeto social promotor.

Igualmente, los conceptos jurídicos de discriminación y no discriminación deben evitar toda ambigüedad que lleve a confundirlos con otras prácticas antijurídicas o con otras expresiones de la desigualdad o de la limitación de libertades fundamentales. En este sentido, debe tenerse claro que si bien la discriminación, como desigualdad de trato, se presenta con notable frecuencia, anudada con la desigualdad socioeconómica o con la práctica de determinados delitos, la ley no debe tomar a estos últimos fenómenos como formas de discriminación. Desde luego, el caldo de cultivo de las prácticas discriminatorias está alimentado, entre otras cosas, por la desigualdad económica, la violencia criminal o la supresión de libertades, pero eso sólo muestra que la agenda antidiscriminatoria, y en particular el derecho antidiscriminatorio, debe verse como parte de una agenda democrática de la igualdad y la libertad y no como una presencia esencialista que se expresa en

múltiples expresiones o avatares. Esto tiene que ver con lo que el propio Ariel Kaufman denominó, en sus principios de derecho antidiscriminatorio, “principio de especialidad”, que aconseja que en el caso de concurrencia de actos discriminatorios y de prácticas antijurídicas aún más lesivas para la persona (los crímenes de odio, por ejemplo), la vía legal aconsejable sea la persecución jurisdiccional de esos delitos.

Igualmente, y para terminar este rubro, debemos señalar el riesgo de incluir en la norma antidiscriminatoria enunciados retóricos o reivindicaciones de grupos que tiendan a hacer de ésta un discurso político más que una norma justiciable o garantizable. Debe entenderse, en este contexto, que la norma ha de contener conceptos precisos y operacionables, ser clara y legible para un ciudadano medianamente informado y, sobre todo, ser capaz de abrigar acciones institucionales igualmente claras y precisas de defensa o protección, de promoción, de educación y de acción afirmativa o compensatoria.

En segundo lugar, el proceso de legislación local (donde no existe norma) y la reforma en vías de armonización legislativa (donde ya hay) deben conducir siempre a la construcción de una autoridad propia, especializada y con atribuciones suficientes en materia de no discriminación. Desde luego, los diseños institucionales pueden variar según cada caso local, pero lo que no es recomendable es que la autoridad creada, culturalmente emparentada en su concepto, por cierto, con la tradición del Ombudsman o de las autoridades garantistas, quede sujeta a los designios y criterios de autoridades ordinarias que podrían gravitar negativamente en la acción institucional antidiscriminatoria. De este modo, aunque son conocidos los endémicos apuros económicos de los gobiernos federal y locales y las prioridades de gasto público larga y hasta inercialmente asentadas en nuestro sistema político, la construcción legislativa antidiscriminatoria tiene que hacerse considerando siempre la deseabilidad de la existencia de una autoridad, con al menos autonomía presupuestal, técnica y de gestión, capaz de coordinar la política nacional o local, según sea el caso, en materia antidiscriminatoria. En este contexto, debe atajarse la muy frecuente inclinación a convertir a las comisiones de derechos humanos en sucedáneos de este tipo de instituciones requeridas.

En este caso particular, debemos recordar que la lucha legal e institucional contra la discriminación, a diferencia de la protección convencional de los derechos humanos en

México, también ejerce su acción en el terreno privado, pues se parte del supuesto de que los actos discriminatorios no son exclusivos de la esfera pública. Esta es una diferencia crucial con las atribuciones de las Comisiones de Derechos Humanos, cuya acción fundamental se da en relación con organismos públicos, pues su supuesto fundamental es que sólo el Estado viola derechos humanos. Según la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, el Consejo General para Prevenir y Eliminar la Discriminación puede conducir procedimientos de queja y denuncia por actos de discriminación y, si es el caso, establecer medidas administrativas como resultado de sus investigaciones. Esto convierte a la institución en materia de lucha contra la discriminación en una autoridad administrativa federal, estatuto distinto al de cualquier comisión de derechos humanos. Así, el elemento distintivo más notorio de la legislación y la autoridad en materia de discriminación es su carácter de coordinador de las políticas públicas para integrar y promover socialmente a los grupos que padecen discriminación. Por ello, se dice que su función es coordinar las acciones del gobierno en esta materia. En México, si una comisión de derechos humanos se convirtiera en un organismo gubernamental perdería gran parte de su legitimidad, pues empezaría a actuar como una suerte de autoridad pública (cosa que no está en su concepto legal mismo). Los estados de la Federación tienen la potestad de legislar para reglamentar los ordenamientos constitucionales. El de no discriminación no es la excepción. Un estado cualquiera podría, a semejanza del proceso federal, desarrollar una legislación en materia de no discriminación sin entrar en contradicción con su legislación e institución locales de protección de los derechos humanos. Habría que decir, para concluir este argumento, que la lucha contra la discriminación y la protección y promoción de los derechos humanos son tareas complementarias y no excluyentes. Su propósito común es lograr el más amplio estatuto de igualdad para la ciudadanía y la protección de su integridad y capacidades de desarrollo, aunque para ello tienen prioridades, atribuciones y tareas claramente diferenciadas, tanto en México como en otras legislaciones nacionales y en la legislación internacional.

En tercer lugar, la institución prevista por la ley para conducir las obligaciones antidiscriminatorias debe tener capacidad legal para operar con eficiencia institucional en dos ámbitos cruciales del proyecto antidiscriminatorio: en el terreno de la denominada Acción afirmativa y en la sanción o penalización de actos específicos

de discriminación. La Acción afirmativa supone la conducción de políticas compensatorias y de creación de oportunidades especiales dirigidas a grupos históricamente discriminados; acción que, debido a la temporalidad estricta a que está sujeta la realización de su propio cometido nivelador, no se debe confundir con la generación de un programa multicultural o con cualquier otra forma de asentamiento definitivo de derechos especiales de grupo. De este modo, la Acción afirmativa tiene que verse como una estrategia de política pública más que como un derecho fundamental y cuya operación requiere presupuesto y capacidad de acción de la autoridad antidiscriminatoria. En efecto, uno de los rasgos distintos de una autoridad antidiscriminatoria con eficiencia social es su capacidad o atribución legal ya sea para dirigir de manera directa o sea para convocar y estimular que otras instancias públicas, sociales y privadas lo hagan, la puesta en práctica de medidas de acción afirmativa. Este tipo de tareas no pueden, desde luego, ser conducidas por los *Ombudsman* (u *Ombudsperson*) sino por una autoridad pública capaz de diseñar y aplicar políticas públicas como parte esencial de su perfil institucional. En este contexto, la debilidad presupuestal tanto de la institución garante del derecho a la no discriminación como de los proyectos y políticas de claro perfil antidiscriminatorio (como, por ejemplo, los que se relacionan de manera directa con la atención de los grupos históricamente discriminados) debilita y hace de hecho sólo declarativa la apuesta de un Estado democrático constitucional acerca de este derecho.

Las facultades de penalización de los actos antidiscriminatorios es un tema que en México requiere atención inmediata. Gilberto Rincón Gallardo, primer presidente del CONAPRED, solía criticar que en México fuera “más fácil multar a una persona por no dar kilos de a kilo o litros de a litro que multar a quien violara la primera garantía individual de la Constitución, la de no discriminación”. Personalmente no soy un devoto de la idea de introducir a los códigos penales el delito de discriminación, aunque una buena aplicación jurisdiccional de este tema (que por cierto no hemos tenido en ningún caso) podría generar algún resarcimiento; sin embargo, de lo que sí estoy convencido es de que la construcción de una cultura de la no discriminación tiene que pasar por aumentar la capacidad sancionadora del Estado frente a los actos discriminatorios concretos. Los ejemplos internacionales varían, aunque en todos ellos las conductas discriminatorias son susceptibles de algún tipo de sanción relevante y significativa.

Aunque la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación no concede al CONAPRED atribuciones legales más allá de la conciliación entre particulares para atacar la discriminación en el mundo privado, una estrategia estructuralmente orientada aconseja la promoción de reformas legales que permitan a la institución no sólo reforzar las sanciones administrativas y agregar sanciones económicas contra los funcionarios públicos que incurran en conductas discriminatorias, sino establecer penalizaciones similares para los sujetos discriminadores del dominio privado. En este sentido, ni las instituciones educativas, ni las corporaciones, ni las iglesias, ni organizaciones similares deberían quedar fuera del escrutinio y acción del Estado para luchar contra la discriminación, y esta acción debería contener sanciones administrativas y económicas capaces de concretar de manera inmediata la defensa de las personas que sufren actos discretos de discriminación, a la vez que de manera mediata se desincentiva la comisión de futuros actos discriminatorios.

Desde luego, estas ideas-fuerza suponen la necesidad de discutir los principios del derecho antidiscriminatorio a la luz de los contextos particulares en que se pretenda legislar. Sin embargo, creo que tienen la virtud de funcionar como las luces de las pistas de aeropuerto por las noches: esas luces no alumbran todo el camino, pero nos enseñan por donde es erróneo transitar.