

PROGRAMA DE CAPACITACIÓN Y FORMACIÓN  
PROFESIONAL EN DERECHOS HUMANOS

Fase de actualización permanente

**Herramientas para  
una comprensión amplia  
de la igualdad sustancial  
y la no discriminación**

## DIRECTORIO INSTITUCIONAL

### PRESIDENTE

Luis González Placencia

### CONSEJO

Mercedes Barquet Montané

Santiago Corcuera Cabezut

Denise Dresser Guerra

Manuel Eduardo Fuentes Muñiz

Patricia Galeana Herrera

Ernesto López Portillo Vargas

Nashieli Ramírez Hernández

Carlos Ríos Espinosa

José Woldenberg Karakowsky

### VISITADURÍAS GENERALES

**Primera** Mario Ernesto Patrón Sánchez

**Segunda** Rosalinda Salinas Durán

**Tercera** Luis Jiménez Bueno

**Cuarta** Guadalupe Ángela Cabrera Ramírez

### CONTRALORÍA INTERNA

Rosa María Cruz Lesbros

### SECRETARÍAS

**Ejecutiva** José Luis Gutiérrez Espíndola

**Vinculación con la Sociedad Civil e Incidencia en Políticas Públicas** José Antonio Guevara Bermúdez

### CONSULTORÍA GENERAL JURÍDICA

Fernando Francisco Coronado Franco

### DIRECCIONES GENERALES

**Quejas y Orientación** Alfonso García Castillo\*

**Administración** Irma Andrade Herrera

**Comunicación por los Derechos Humanos** Hugo Morales Galván

**Educación por los Derechos Humanos** Paz Echeñique Pascal

### DIRECCIÓN EJECUTIVA DE SEGUIMIENTO

Montserrat Matilde Rizo Rodríguez

### CENTRO DE INVESTIGACIÓN APLICADA EN DERECHOS HUMANOS

Mónica Martínez de la Peña

### SECRETARÍA PARTICULAR DE LA PRESIDENCIA

Gabriela Gutiérrez Ruz

### COORDINACIONES

**Asesores** María José Morales García

**Interlocución Institucional y Legislativa** Soledad Guadalupe López Acosta

**Tecnologías de Información y Comunicación** Rodolfo Torres Velázquez

**Servicios Médicos y Psicológicos** Sergio Rivera Cruz\*

**Instituciones de Derechos Humanos** Leonardo Mier Bueno

**Relatorías** Gerardo Sauri Suárez

**Servicio Profesional en Derechos Humanos** Ricardo A. Ortega Soriano\*

\* Encargado de despacho

Fase de actualización permanente

# **Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación\***

CLÍNICA PARA EL ANÁLISIS DE RECOMENDACIONES  
E INFORMES ESPECIALES

---

\* Adriana Ortega Ortiz, maestra en derecho por la Universidad de Toronto, con especialidad en derechos humanos de las mujeres; directora de Equidad de Género en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Sandra Serrano, profesora-investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso) sede México perteneciente a las líneas de investigación Estado de derecho, derechos humanos y democracia; y democracia, procesos políticos y representación. Es tutora de la maestría en derechos humanos y democracia que imparte dicha institución.

Regina Larrea Maccise, licenciada en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); colabora en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Juan Carlos Arjona Estévez, licenciado en derecho y maestro en derechos humanos por la Universidad Iberoamericana (UIA), campus ciudad de México; consultor independiente y profesor en varias instituciones académicas.

Todas las opiniones presentadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de las y los autores.

CONTENIDOS: Adriana Ortega Ortiz, Sandra Serrano, Regina Larrea Maccise y Juan Carlos Arjona Estévez.

COORDINACIÓN DE CONTENIDOS: Ricardo A. Ortega Soriano, encargado del despacho de la Coordinación del Servicio Profesional en Derechos Humanos; Rossana Ramírez Dagio, subdirectora de Formación Profesional; y Héctor Rosales Zarco, jefe de Departamento de Contenidos.

COORDINACIÓN ACADÉMICA DE CONTENIDOS: Luis Daniel Vázquez Valencia, coordinador de Posgrados de Investigación (Flacso México); Sandra Serrano García, profesora-investigadora (Flacso México); Mylai Burgos Matamoros, profesora de la Facultad de Derecho (UNAM/UACM), y Guillermo E. Estrada Adán, profesor de tiempo completo, Facultad de Derecho (UNAM).

EDITOR RESPONSABLE: Alberto Nava Cortez. CUIDADO DE LA EDICIÓN: Bárbara Lara Ramírez. DISEÑO DE PORTADA: Maru Lucero. DISEÑO Y FORMACIÓN: Maru Lucero y Gabriela Anaya Almaguer. CORRECCIÓN DE ESTILO: Haidé Méndez Barbosa, Karina Rosalía Flores Hernández y Leonardo Castillo. DISTRIBUCIÓN: Jacqueline Ortega Torres, Eduardo Gutiérrez Pimentel, José Zamora Alvarado y María Elena Barro Farías.

Primera edición, 2011

D. R. © 2011, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal  
Av. Universidad 1449, col. Florida, pueblo de Axotla,  
del. Álvaro Obregón, 01030 México, D. F.  
[www.cd hdf.org.mx](http://www.cd hdf.org.mx)

*Ejemplar de distribución gratuita, prohibida su venta.*

Impreso en México      *Printed in Mexico*

Se autoriza la reproducción total o parcial de la presente publicación siempre y cuando se cite la fuente.

# ÍNDICE

## Herramientas para una contención emocional en situaciones de violación a derechos humanos *Adriana Ortega Ortiz, Sandra Serrano, Regina Larrea Maccise y Juan Carlos Arjona Estévez*

Presentación .....	5
Módulo i. El principio de igualdad y no discriminación .....	7
Módulo ii. Métodos para analizar el principio de igualdad y no discriminación.....	29
Módulo iii. Análisis de recomendaciones en materia de igualdad y no discriminación.....	39
Bibliografía.....	49
Ejercicios.....	52
Autoevaluación .....	55
Clave de respuestas .....	58



## PRESENTACIÓN

**E**l Servicio Profesional en Derechos Humanos (SPDH) fue creado en 2005 con el propósito de responder a una demanda de especialización en el trabajo que desempeña la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) como organismo público autónomo.

A partir de la creación del SPDH, la Comisión ha realizado un esfuerzo significativo para la consolidación y el desarrollo de los procesos de ingreso y ascenso, capacitación, formación y evaluación anual del desempeño del personal que lo integra.

En el marco de esa transformación, durante 2010 se desarrolló un intenso diálogo interactivo con distintos actores institucionales, el cual tuvo como propósito la revisión del Programa de Capacitación y Formación del Servicio Profesional en Derechos Humanos.

Como resultado de éste, se elaboró un diagnóstico que incluyó una propuesta para el rediseño del Programa en su conjunto, tanto en su trama curricular como en los contenidos de los cursos que lo conforman. Dicha iniciativa fue aprobada por el Consejo de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en su sesión ordinaria de diciembre de 2010.

La Fase de actualización permanente, correspondiente a la Clínica para el análisis de recomendaciones e informes especiales de la CDHDF, ha sido elaborada a partir del trabajo dirigido por la Coordinación del Servicio Profesional en Derechos Humanos de la CDHDF en la que participaron las y los coordinadores académicos de las áreas modulares del SPDH y las y los autores de los cursos que componen este material, quienes serán las y los responsables de impartir los cursos presenciales a las y los miembros del Servicio.

Esta guía titulada *Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación* aborda en el primer módulo los aspectos concernientes al concepto, los alcances y la relación entre los derechos a la igualdad y a la no discriminación. En el segundo busca responder cuándo nos encontramos frente un acto discriminatorio y una situación de desventaja u opresión, a partir de la exposición de qué son, qué finalidad tienen y cómo se efectúan el *test de igualdad* y el *test estructural*. Finalmente, en el tercer módulo se expone un análisis del *Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008* (publicado por la CDHDF), realizado a la luz de lo expuesto en los módulos que anteceden en relación con los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

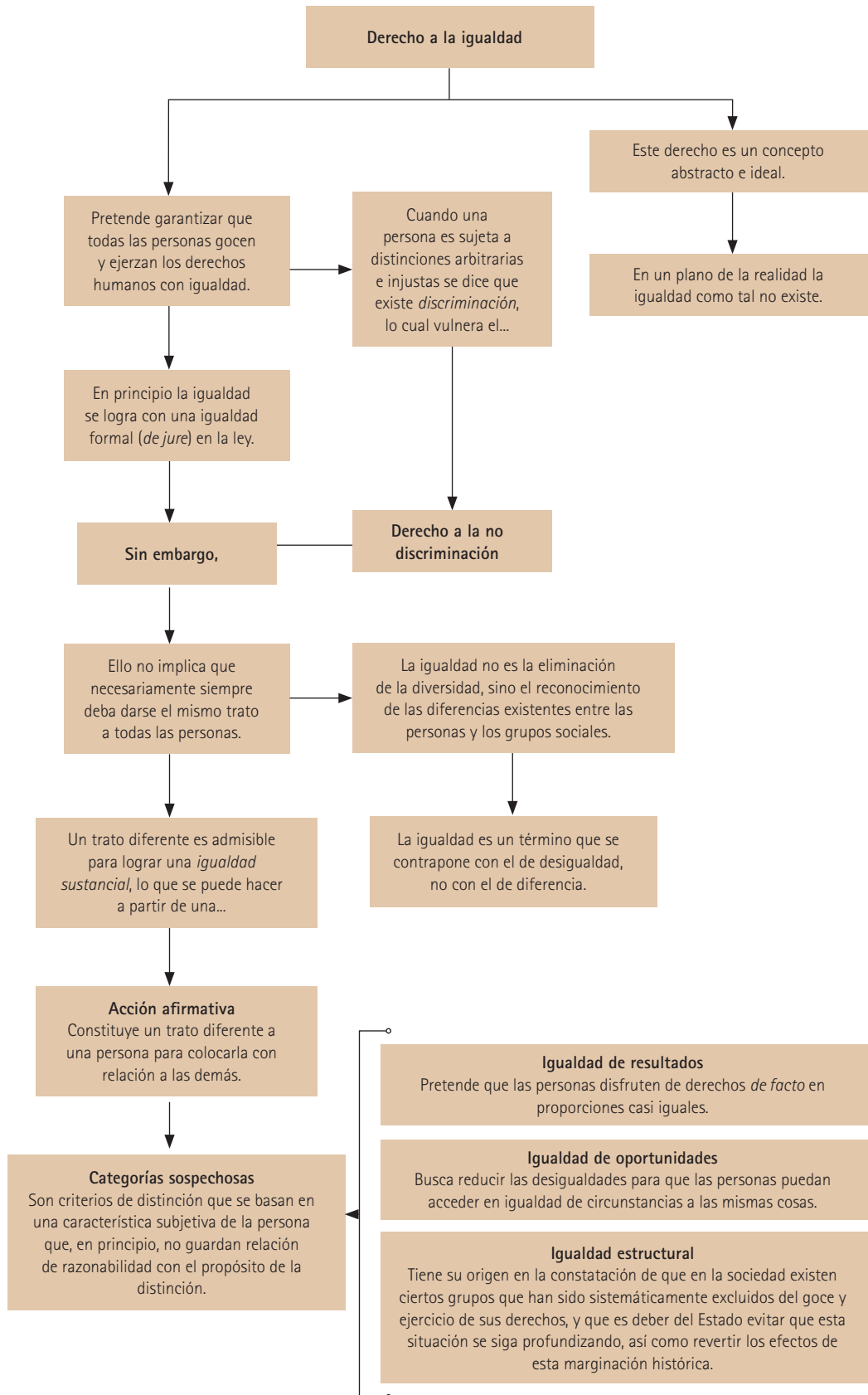
Esta primera edición representa un paso importante hacia la consolidación de una metodología *ad hoc* de enseñanza de los derechos humanos dirigida a las y los servidores públicos de los organismos públicos autónomos encargados de protegerlos, pues sin duda está encaminada a fortalecer la defensa y promoción de los derechos humanos en nuestro país.

**Coordinación del Servicio Profesional en Derechos Humanos**



## **MÓDULO I.**

# **El principio de igualdad y no discriminación**



## Definición y marco jurídico

La *igualdad* y la *no discriminación* son conceptos complementarios; el primero tiene una connotación positiva en tanto trata de garantizar que todas las personas sean iguales en el goce y en el ejercicio de los derechos, mientras que el segundo tiene un sentido negativo debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha vinculado estos dos conceptos en un principio que tiene valor jurídico de *ius cogens*:

[E]l principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

[Asimismo,] el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>1</sup>

La igualdad y la no discriminación inciden en que las personas reciban un trato homogéneo o diferente en tanto el mismo sea justo.

En el *Diccionario de Derecho Romano*, Francisco José Huber Olea define *ius cogens* de la siguiente manera: "derecho que es obligatorio para los ciudadanos, sin que se pueda derogar por los contratantes, ni pactar en su contra".

<sup>1</sup> Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párr. 173.

Con respecto a la igualdad y la no discriminación la Corte IDH apunta:

1. Constituyen un principio.
2. Son imperativos debido a que:
  - Constituyen una norma *ius cogens*.
  - Tienen carácter *erga omnes*.

Como norma de *ius cogens*, el derecho a la igualdad y no discriminación implica la existencia de obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones exigibles a todos los Estados y a todas las personas.<sup>2</sup>

Con respecto al carácter imperativo del principio de igualdad y no discriminación es relevante apuntar que éste tiene mayor obligatoriedad que la costumbre internacional, ya que una norma imperativa significa que ha sido "aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por [...] norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".<sup>3</sup>

Finalmente, debemos prestar atención al hecho de que la Corte IDH utiliza el término *principio* para calificar a la igualdad y la no discriminación. Reflexionemos brevemente en este sentido.

Con base en el texto constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) estableció que la igualdad puede ser concebida como derecho o como principio. En su acepción de *principio*, la igualdad subyace en todo el sistema jurídico mexicano. La Primera Sala reconoce que "el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación [...]".<sup>4</sup> Desde esta perspectiva, el principio de igualdad y no discriminación se convierte en un lente interpretativo de todo el sistema jurídico,<sup>5</sup> en especial de los demás derechos fundamentales, siendo que todas las personas tienen los mismos derechos y deben tener igual acceso a ellos.

Así, se trata de uno de los principios sobre los que se sustentan los derechos humanos en general y, aun cuando no existe jerarquía entre ellos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación se entiende como subyacente a todo el resto de los derechos; es decir, todo derecho debe ser ejercido en condiciones de igualdad.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en los tratados internacionales se ha dado mediante el uso de dos fórmulas, una subordinada y otra autónoma.

2 Federico Andreu-Guzmán hace esta interrelación y cita a su vez a Cherif Bassiouni. Véase Federico Andreu-Guzmán, "La prohibición de la tortura y el derecho internacional", en Juan Carlos Gutiérrez Contreras (comp.), *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, SRE/Programa de Cooperación México-Unión Europea, 2005.

3 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en la Resolución A/CONF.39/27, Viena, 23 de mayo de 1969, artículos 53 y 64. El listado de normas que son consideradas *ius cogens* son limitadas y dentro de él se encuentran las prohibiciones de agresión, genocidio, esclavitud, discriminación racial, delitos contra la humanidad, tortura; y el derecho a la autodeterminación.

4 SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xx, octubre de 2004, p. 99.

5 Cfr. SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvii, junio de 2008, p. 448.

La consagración de ambos tipos de fórmulas está presente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Así, en el artículo 1.1 de este instrumento se establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>6</sup>

Y en su artículo 24 señala: "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".<sup>7</sup>

Al primero de estos artículos se le considera de carácter subordinado porque sólo se refiere a los derechos contenidos en la Convención y debe leerse en conjunto con ellos.<sup>8</sup> En este sentido, el Estado está obligado a respetar y garantizar los derechos políticos sin hacer distinción entre hombres y mujeres. Si, por ejemplo, el Estado adopta una ley que prohíbe el voto de la mujer o le impide ser electa, estaría violando sus derechos políticos contenidos en el artículo 23 en conjunto con el artículo 1.1.

Por otra parte, el artículo 24 de la CADH, que se refiere a la igualdad ante la ley, tiene un carácter autónomo, ya que no requiere estar relacionado con otro artículo de la Convención para señalar que se ha violado, sino que basta con que el Estado discrimine en cualquier situación (esté o no relacionado con un derecho convencional) para que pueda invocarse dicha transgresión.

Las cláusulas antes referidas se pueden encontrar también en los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo Comité explicó la distinción entre ambos de la siguiente manera:

12. Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución B-32, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 1º.

7 *Ibidem*, artículo 24.

8 Anne Bayefsky, "The principle of equality or non-discrimination in international law", en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, 1990, pp. 1-34. Artículo traducido al español por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 3, disponible en <[www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bayefsky\\_ElPrincipioDelGualdad.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bayefsky_ElPrincipioDelGualdad.pdf)>, página consultada el 30 de julio de 2011.

igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.<sup>9</sup>

Los artículos que contienen cláusulas subordinadas –como el artículo 2º del PIDCP y el artículo 1º de la CADH– establecen el derecho a la no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos contenidos en esos instrumentos; mientras que el artículo 26 del Pacto y el 24 de la CADH contienen los derechos a la igualdad ante la ley; es decir, a igual protección de la ley y la garantía de protección contra toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Las cláusulas autónomas tienen un sentido más amplio debido a que establecen una regla para la actuación estatal más allá de los tratados.

No obstante la importancia que el derecho a la igualdad y no discriminación guarda en el derecho internacional de los derechos humanos, la definición de lo que debe entenderse por discriminación está ausente en la mayoría de los tratados internacionales, y hasta hoy sólo está en cuatro instrumentos.<sup>10</sup>

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas asumió una definición de igualdad y no discriminación a partir de las definiciones contenidas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discrimi-

9 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General núm. 18, No discriminación, adoptada en el 37º periodo de sesiones, 10 de noviembre de 1989, párr. 12.

10 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 A (xx) del 21 de diciembre de 1965, artículo 1º; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979, artículo 1º; OIT, Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado por la Conferencia General en su sesión 42, Ginebra, 25 de junio de 1958; y Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su undécima reunión, París, 14 de diciembre de 1960.

nación Racial (ICERD, por sus siglas en inglés).<sup>11</sup> El Comité de Derechos Humanos estableció que:

[E]l término *discriminación*, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.<sup>12</sup>

Así, el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prohíbe "toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, 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".

En principio, el derecho a la igualdad se hace efectivo atendiendo al criterio de no diferenciar con base en el sexo de la persona.

*Categoría sospechosa: sexo de la persona.*

Luego, si la ley señala que sólo los hombres tienen derecho al voto, se está frente a un trato desigual que se basa en una categoría sospechosa. En este caso, dicha distinción constituye una discriminación.

## Alcances del principio de igualdad y no discriminación en su sentido tradicional

### *Las categorías sospechosas*

La definición de no discriminación transcrita párrafos arriba establece una serie de *categorías sospechosas*,<sup>13</sup> pues se refieren a distinciones fundadas en razones que, según la Corte Europea de Derechos Humanos, habría que *tratar con mayor seriedad*. Una primera pregunta que resulta de esta lista es la que se refiere a si el listado de sectores o grupos sospechosos de la discriminación está establecido de forma taxativa o de forma abierta.<sup>14</sup>

En algunos listados como la Carta de las Naciones Unidas, pareciera limitarse a "raza, sexo, idioma o religión", mientras que en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) el listado indica un número abierto: "raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".<sup>15</sup>

11 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, *op. cit.*

12 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, párr. 7.

13 Por ejemplo, las distinciones basadas en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, etc., que tradicionalmente se han considerado como motivos prohibidos para la realización de distinciones de trato.

14 Para mayor información consúltese a Anne Bayefsky, *op. cit.*, p. 18.

15 Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, San Francisco, 26 de junio de 1945, artículo 1°; Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la

El debate acerca de si los grupos o sectores sobre los que se determinan las denominadas categorías sospechosas son abiertos o cerrados no es una discusión superflua, ya que han existido varias reclamaciones ante el Comité de Derechos Humanos que han sido rechazadas por desarrollar una interpretación cerrada de estas enumeraciones. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos no ha limitado el goce y ejercicio de la no discriminación a los "sujetos o sectores sospechosos".<sup>16</sup>

Así, existe discriminación cuando se realiza un trato desigual entre las personas por alguno de los motivos señalados; es decir, cuando el trato desigual está motivado fundamentalmente por alguna de esas características personales.

Además de este supuesto, se debe cubrir otro consistente en que el trato desigual que se otorga a alguien por cierta característica específica tenga como objeto o consecuencia limitar, anular, restringir o vulnerar alguno de los derechos fundamentales de la persona. En resumen, estamos frente a una discriminación con significado jurídico cuando:

1. Se comete un acto o se incurre en una omisión que distingue, excluye u otorga un trato diferente a una persona o un grupo de personas;
2. Esta distinción, exclusión o trato diferenciado está motivado por una condición específica de la persona como el sexo, el género, la raza, el origen social, la preferencia sexual u otras condiciones sociales, y
3. El resultado de dicho acto u omisión sea la limitación o negación de alguno de los derechos fundamentales de las personas.

Por ello, cuando se realizan distinciones basadas en estas categorías sospechosas, asociadas a las características subjetivas de una persona, correspondería, en principio, considerar esas distinciones como discriminatorias, debido a que son contrarias a la igualdad formal.

No obstante, la Corte IDH señala –y con ella varias cortes constitucionales– que no toda distinción debe considerarse como discriminatoria y ofensiva de la dignidad humana, tal es el caso de las medidas positivas, como se verá más adelante.<sup>17</sup> Y precisa que "pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran".<sup>18</sup>

---

Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, artículo 2º. Para un mayor análisis consúltese a Anne Bayefsky, *op. cit.*

16 *Idem.*

17 Corte IDH, *op. cit.*, p. 111, párr. 84.

18 *Ibidem*, p. 113, párr. 89.



### *Igualdad formal y sustantiva*

Lo expuesto hasta este momento permite formular un par de distinciones necesarias para comprender los alcances del principio bajo estudio, es decir, a la igualdad formal (normativa o *de jure*) y la igualdad sustantiva (material o *de facto*).

La primera se sustenta en la idea de que la ley debe aplicarse de forma similar a cada persona con independencia de sus características; se vincula estrechamente con la idea de igualdad ante los tribunales y también con el principio de legalidad, en el sentido de que la interferencia del Estado en las libertades individuales puede realizarse únicamente a través de una *ley general* que debe ser aplicada a todas las personas por igual.<sup>19</sup>

El principio de igualdad y no discriminación pretende, en última instancia, asegurar que todas las personas gocen y ejerzan sus derechos humanos en el plano de los hechos y en igualdad de circunstancias.

Así, se trasciende el concepto de igualdad meramente formal para llegar a una igualdad sustancial o material. Con respecto a este concepto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho que se oponen al disfrute efectivo del derecho.

Para esa Corte, la igualdad sustancial revela un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo ante los fenómenos históricos de segregación y marginación. Con este supuesto, una distinción en la ley basada en el sexo, que tiene como objetivo reconocer que las mujeres enfrentan mayores obstáculos para acceder al mercado laboral y para poder mantenerse en él y que, por lo tanto, exige un menor número de años a las mujeres para poder acceder a la pensión por vejez, aun cuando establece una distinción por motivo del sexo de las personas, ésta queda plenamente justificada en tanto pretende crear una igualdad sustantiva entre las mujeres y los hombres.<sup>20</sup>

Al reconocimiento de las diversas posiciones de hombres y mujeres frente al mercado laboral, desarrollado válidamente por la Corte Constitucional de Colombia, puede agregarse la circunstancia según la cual las mujeres que trabajan habrán enfrentado la mayor parte de su vida una doble jornada laboral.

19 Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del *Caso Apitz'*", en *Revista IIDH*, núm. 47, Costa Rica, 2008.

20 Carlos de la Torre, *Argumentación jurídica desde el principio de igualdad y no discriminación*, México, Flacso, 2010, p. 49.

De manera complementaria a esta igualdad sustancial, encontramos la *igualdad de oportunidades* y la *igualdad de resultado*. La primera se relaciona con las medidas antidiscriminatorias, pues considera que las personas no cuentan con las mismas oportunidades, por lo que se hace necesario adoptar medidas que tiendan a reducir las brechas de desigualdad. Tomando como base esta igualdad, la discriminación ocurriría dada la ausencia de medidas que nivelen el acceso a oportunidades entre las personas.

Por su parte, la igualdad de resultado es vista como la culminación lógica de la igualdad sustantiva o *de facto*. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo; es decir, pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las personas disfruten de derechos en proporciones casi iguales, disfruten de niveles de salario iguales por trabajo igual o de igual valor y en que exista igualdad en la adopción de decisiones y en la influencia política, entre otras cosas.

Como puede observarse, el principio de igualdad y no discriminación se desenvuelve desde lo puramente abstracto y formal, que considera a todos los seres humanos como inherentemente iguales, hasta buscar una igualdad que se manifieste en la realidad.

Cuando no existe igualdad formal (normativa o *de jure*) entonces estamos en presencia de una discriminación directa (o *de jure*). Asimismo, cuando no existe igualdad sustantiva (material o *de facto*) nos encontramos ante una discriminación indirecta.

Principio de igualdad y no discriminación	
Formas en que se expresa la igualdad	Formas en que se presenta la discriminación
La igualdad formal (normativa o <i>de jure</i> )	Discriminación directa ( <i>de jure</i> )
La igualdad sustantiva (material o <i>de facto</i> )	Discriminación indirecta

**Fuente:** Elaboración propia.

La discriminación directa (o *de jure*) se presenta cuando la norma, política o programa explícitamente hace una distinción no justificada; es decir, restringe o excluye el goce o ejercicio de un derecho a una persona o grupo identificable sin que exista una razón objetiva que sea necesaria en un Estado democrático y sea proporcional en relación con el alcance del derecho y el beneficio pretendido. Ejemplos de ella lo constituyen las normas que exigen menor tiempo de residencia al hombre extranjero casado con una mujer nativa para adquirir la nacionalidad, que a la mujer extranjera casada con un hombre nativo; las que *per se* motivaban la baja del Ejército de personas con VIH/sida; las normas que exigen a la mujer –que no al varón– seguir en el domicilio del esposo; y las normas que excluyen al trabajo doméstico de los beneficios de la seguridad social, entre otras.

Como es notorio, el reconocimiento jurídico de la igualdad formal y la prohibición de la discriminación directa son muy importantes, puesto que prever la igualdad jurídica entre todas las personas y no discriminarlas explícitamente es el primer paso –y el más evidente– que debe exigirse a quienes crean y operan la legislación y la política pública. Esto decir, debe recomendarse tanto la revisión y modificación de las normas existentes, si éstas introducen explícitamente distinciones o restricciones o establecen exclusiones injustas de forma explícita, como la creación de legislación y política pública que supere distinciones, restricciones o exclusiones.

Por su parte, la discriminación indirecta se presenta cuando una norma, política pública o programa es aparentemente neutral pero sus consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo social; es decir, cuando su vigencia o aplicación provoca un impacto diferenciado, generando distinciones, restricciones o exclusiones no previstas de forma directa por la ley, política pública o programa, en virtud de las diversas posiciones que las personas ocupan en el orden social.

La exclusión resulta al invisibilizar o neutralizar una realidad que tiene efectos sobre personas o grupos. En este sentido, la Recomendación General núm. 25 del Comité de la CEDAW señaló que las leyes, políticas y programas basados aparentemente en criterios neutros en cuanto al género pueden tener una repercusión negativa de hecho en la mujer, porque:

[p]ueden elaborarse tomando como ejemplo, de manera inadvertida, estilos de vida masculinos y así no tener en cuenta aspectos de la vida de la mujer que pueden diferir de los del hombre. Estas diferencias pueden existir como consecuencia de expectativas, actitudes y comportamientos estereotípicos hacia la mujer que se basan en las diferencias biológicas entre los sexos. También pueden deberse a la subordinación generalizada de la mujer al hombre.

Para poder establecer que una norma o política pública que no contempla una distinción, restricción o exclusión explícita sí genera un efecto discriminatorio en una persona, dado el lugar que ocupa en el orden social o en tanto perteneciente a determinado grupo social –con el consecuente menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos o libertades fundamentales–, es necesario introducir factores contextuales o estructurales en el análisis de la discriminación.

Entre estos factores se ubican las relaciones de subordinación en torno al género, la identidad sexo-genérica, la clase o la pertenencia étnica; las prácticas sociales y culturales que asignan distinto valor a ciertas actividades en tanto son realizadas por grupos históricamente desaventajados, las condiciones socioeconómicas, la división sexual del trabajo, etc. Estos factores condicionan que una ley o política pública –aunque se encuentre expresada en términos neutrales y sin incluir una distinción o restricción explícita basada

en el sexo, el género, la raza, la pertenencia étnica, entre otros— finalmente provoque una diferencia de trato irrazonable, injusto o injustificable entre personas de acuerdo con su situación dentro de la estructura social.

Tomemos como ejemplo una norma que limita el alcance de los beneficios sociales a las personas que trabajan tiempo parcial respecto de aquellas que trabajan tiempo completo. *Prima facie*, esta distinción entre el trabajo de tiempo completo y el trabajo de tiempo parcial parece razonable. Resulta justificado, considerando la escasez de recursos estatales, determinar que a menor tiempo de trabajo menos ventajas de seguridad social. Así, en principio no tendríamos una distinción injusta directamente introducida por la norma.

El reconocimiento jurídico de la igualdad tiene que partir de dos supuestos:

Por un lado, aquel que deriva de una omisión o falta de reconocimiento de las diferencias y que excluye irremediablemente a quienes no están en el molde para el cual fue creada la norma o política pública.

Por otra lado, debe hacerse cargo de las desventajas históricas de ciertos grupos sociales y las relaciones de opresión que condicionan una menor aptitud para el goce y ejercicio de los derechos.

Sin embargo, ¿qué pasa si 70% de quienes trabajan tiempo parcial son mujeres?, ¿si ellas optan por este tipo de empleo justamente porque el mandato de género las determina a tratar de combinar eficientemente el trabajo remunerado con el trabajo de cuidado del hogar y la familia? Entonces, la aplicación de esta norma, aparentemente neutral y razonable, sí implicaría una distinción injusta por razón de género, la cual tendría como resultado un menoscabo en el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social.

Finalmente, conviene señalar que la distinción entre discriminación directa e indirecta es fundamental en materia de prueba, pues mientras en el primer caso bastaría con probar que la norma, programa o política se basa en el uso de un factor prohibido, la indirecta exige que se acredite: "además de lo injustificado del criterio de distinción utilizado, el efecto o resultado desproporcionadamente perjudicial que tiene ese criterio sobre un grupo o colectivo".<sup>21</sup>

La prueba puede incluir evidencia empírica, pero también puede acudir al *hecho notorio*, el cual es estrategia probatoria que supone extraer conclusiones de una realidad evidente. Por ejemplo, el que la mayoría de las mujeres asumen el cuidado y crianza de hijas e hijos.

21 Christian Courtis, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 176.

## Igualdad y no discriminación como un principio estructural

La igualdad –como principio jurídico– es un ideal, porque la igualdad no existe en una realidad donde la diferencia es la regla. Por tanto, la igualdad no es la eliminación de la diversidad, sino el reconocimiento de las diferencias existentes entre las personas y los grupos sociales.

El reconocimiento jurídico de la igualdad tiene que partir de dos supuestos. Por un lado, aquel que deriva de una omisión o falta de reconocimiento de las diferencias y que excluye irremediablemente a quienes no están en el molde para el cual fue creada la norma o política pública.

Por ejemplo, las personas con discapacidad históricamente han sufrido políticas discriminatorias, porque se ha establecido a una persona sin discapacidades como el paradigma del sujeto de derechos y en torno a esta persona se diseñan las instituciones jurídicas y sociales. Sólo así puede entenderse el hecho de que no se reconozca, por ejemplo, que las personas con discapacidad requieren herramientas específicas, derivadas de una diversidad de condiciones, para tener accesibilidad a los derechos (una persona en una silla de ruedas para acceder a transporte público o edificios; una persona sorda que tenga que enfrentar un proceso oral) o que requieren ajustes permanentes (medidas de igualdad sustantiva) o la adopción de medidas especiales temporales (acciones afirmativas) para fomentar su inclusión en el mercado laboral.

*Acciones afirmativas: "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer [...] estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato". (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4º).*

Por otro lado, el principio de igualdad debe hacerse cargo de las desventajas históricas de ciertos grupos sociales y las relaciones de opresión que condicionan una menor aptitud para el goce y ejercicio de los derechos; es decir, deberá incorporar "datos históricos y sociales que den cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad".<sup>22</sup>

Este sometimiento y exclusión son producidos no sólo por las desigualdades de *hecho* –de las que se hace cargo la igualdad sustancial– sino por "complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias [que] desplazan a mujeres, discapacitados [*sic*], indígenas [personas transgénero] u otros grupos de personas de ámbitos en los que [los grupos dominantes] se desarrollan o controlan".<sup>23</sup>

Estamos frente a una forma alterna de concebir el problema jurídico de la igualdad y la no discriminación. De lo que se trata es de concebir a las normas

<sup>22</sup> Roberto Saba, "Desigualdad estructural", en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 166.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 167.

de igualdad no para tratar a los similares como similares y a los diferentes como diferentes, es decir, como un problema de similitud y diferencia; sino para reconocer la denegación sistémica de poder, de recursos y de respeto que oprimen a diferentes grupos.<sup>24</sup>

La igualdad estructural tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica.<sup>25</sup>

En este sentido, la finalidad del principio de igualdad no puede limitarse a *nivelar*, con el método similitud-diferencia, a las personas en situaciones concretas y frente a comparaciones específicas. Más bien, dicho principio debe asegurar, por un lado, que las diferencias ingresen al ámbito de protección de la ley y sean reconocidas por las instituciones sociales con el propósito de evitar que las mismas determinen no sólo una menor comparecencia frente a los derechos –por ejemplo, los obstáculos *de facto* que enfrentan las personas en situación de vulnerabilidad históricamente determinada para acceder a la justicia y defender adecuadamente sus derechos– sino, incluso, una exclusión absoluta por parte del derecho o de las instituciones sociales. Por ejemplo, *las personas transgénero no existen, no están* y, en esa medida, carecen de consideración por parte del orden jurídico debido a que no se les asignan derechos ni se reconocen sus particulares demandas ni necesidades para perfilar la política pública.

Existe discriminación estructural cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada: sistemática cuanto persistente y presente en todo el orden social, e históricamente determinada en cuanto a su origen y permanencia en el tiempo.

Suponer que existen grupos en situación de exclusión no significa adscribir ciertas identidades arbitrariamente –desde fuera– a ciertas personas, negar los múltiples significados que tiene la diferencia, o restar valor y pertinencia a las formas individuales que las personas tienen para nombrarse y para definir su identidad.

24 Cfr. Owen Fiss, "Grupos y la cláusula de igual protección", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137-167; y Kathleen Mahoney, "Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales", en Rebecca Cook (ed.), *Derechos humanos de la mujer*, Colombia, Profamilia, 1997, pp. 443-466.

25 Marianne González Le Saux y Óscar Parra Vera, *op. cit.*

Así las cosas, esta visión *sociológica de la igualdad* sólo incorpora el dato de que la pertenencia a un grupo determinado permite tanto a las personas individualmente consideradas como a las terceras que comparten su condición y aquellas que no reconocen su identidad a partir de cierta condición (ser mujer biológica, ser hombre o mujer transgénero, presentar una discapacidad, tener VIH/sida, ser persona indígena, etc.) que tiene implicaciones en las prácticas sociales.<sup>26</sup>

De acuerdo con esta visión estructural, la igualdad debiera pretender evitar la constitución y el establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos; sin embargo, el concepto de *grupos* también se aleja de las categorías sospechosas tradicionalmente consideradas.

Para Iris Marion Young, un grupo social es un colectivo de personas que se diferencia de por lo menos otro grupo por sus formas culturales, prácticas o modos de vida; es decir, se caracteriza por lazos de identificación identitaria y colectiva (historia, situación social, lenguaje, tradición, entre otros).

En contraste, un mero conjunto de personas es una clasificación de acuerdo con algún atributo (como el color de ojos, la marca del coche que conducen, la calle en que viven, etcétera).

Además, un grupo social también es diferente a una asociación; ésta implica una adhesión voluntaria de sus miembros, mientras que la pertenencia al grupo trasciende la voluntad. Se pertenece al grupo por una razón identitaria<sup>27</sup> que puede ser ajena o no a la voluntad de sus miembros.

El contexto social adverso que enfrentan las personas pertenecientes a estos grupos puede ser producto de condiciones fácticas de desigualdad –como la carencia de recursos o de interlocución real frente al gobierno– o de condiciones simbólicas de desigualdad producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado.

Esta ausencia da forma y perfila el contenido de las instituciones y prácticas dominantes que, aplicadas a estos grupos, generan discriminación. Basta, por ejemplo, que la necesidad de cierto grupo –en virtud de relaciones de poder o de opresión determinadas históricamente– no sea atendida, no sea reconocida o sea negada por el Estado para que opere una discriminación que tendrá significado jurídico por cuanto excluya, menoscabe o limite el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de este grupo.

<sup>26</sup> Roberto Saba, *op. cit.*, p. 185.

<sup>27</sup> Iris Marion Young, *Justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Princeton University Press/Cátedra, 1990, pp. 165-197.

Cuando se niega la emisión de una nueva acta de nacimiento por concordancia sexo-genérica o se exige que la identidad sexual haya sido completamente transformada se genera la discriminación.

Esta discriminación no se produce por el hecho de tener que permitir a todas las personas cambiar sus actas de nacimiento. Más bien, la discriminación consiste en la negativa de reconocimiento por el orden jurídico de una problemática que las personas transgénero enfrentan, lo que menoscaba su derecho a la dignidad al impedirseles la plena expresión de su identidad.

Cuando se dice que un hombre homosexual que ha sido víctima de un crimen de odio es en realidad víctima de un "crimen pasional", no se dice que los hombres heterosexuales no lo sean, sino que se presume que cierta forma de vivir la sexualidad corresponde a personas sin control de sus debilidades y a expensas de sus instintos.

En este caso, no se está dispensando un trato preferencial en una situación concreta, favoreciendo a una persona en detrimento de la otra. Lo que en realidad ocurre es que se están negando derechos en virtud de una concepción estereotípica y se otorga validez a la ausencia de reconocimiento en el discurso social a formas de vida que no corresponden con el ideal dominante.

Esta ausencia de reconocimiento está determinada por relaciones de opresión histórica que prescriben que ser heterosexual es más valioso y que todas las personas deben ser heterosexuales.

En este sentido, el contexto social –integrado por las desigualdades fácticas y desigualdades simbólicas– condiciona un mayor o menor acceso a las oportunidades.

Por lo tanto, se puede afirmar que la discriminación ocurre no sólo en virtud de las distinciones formales, sino como producto de una asignación diferenciada de reconocimiento<sup>28</sup> o bien, a partir del establecimiento de relaciones jerárquicas donde una persona vale más que otra o de relaciones poder y opresión donde una persona enfrenta –o ha enfrentado históricamente– mejores oportunidades que otra.

De acuerdo con lo anterior, se trata de mirar a los grupos en cuanto a lo que son: mujeres, pueblos indígenas, integrantes de grupos étnicos, personas adultas mayores, personas con discapacidad, y no con base en categorías como sexo o género, raza, etnia, edad, etcétera.

28 Nancy Fraser y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata, 2006, pp. 28-33.



Lo que importa en este caso son las y los integrantes de los grupos históricamente oprimidos y no toda distinción que afecte a cualquier persona, aunque no pertenezca a estos grupos. Así, con este supuesto nos referimos a aquellas personas que constituyen un grupo social que ha estado en una situación de subordinación prolongada y con poder político y económico gravemente limitado.<sup>29</sup>

Por su parte, y aportando a la misma idea, la Recomendación General núm. 25 de la CEDAW establece:

10. La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente.
11. Las necesidades y experiencias permanentes determinadas biológicamente de la mujer deben distinguirse de otras necesidades que pueden ser el resultado de la discriminación pasada y presente cometida contra la mujer por personas concretas, de la ideología de género dominante o de manifestaciones de dicha discriminación en estructuras e instituciones sociales y culturales.

La Corte IDH, en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, estableció que las concepciones estereotípicas basadas en el género determinaron la actuación negligente de las autoridades en las investigaciones de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez:

Ha quedado establecido que al momento de investigar dicha violencia, algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permitía concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia.

<sup>29</sup> Cfr. Owen Fiss, *op. cit.*, pp. 138-145.

Además, la Corte IDH explicó que el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente.

Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado, la Corte IDH afirmó que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el ese caso.

Así, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.<sup>30</sup>

En este caso, la Corte IDH determinó la existencia de un actuar negligente por parte del Estado, el cual se encuentra relacionado con ciertos estereotipos que consideran que una forma de vida o conducta en el ámbito social debería ser protegida por las autoridades, desacreditando cierto tipo de comportamientos que se estima inapropiados.

Así, en la referida sentencia, la Corte IDH otorgó peso jurídico específico al contexto generalizado de violencia que enfrentan las mujeres por el hecho de serlo, considerando no sólo las condiciones fácticas de desigualdad (empleo en condiciones precarias) sino, incluso, las simbólicas (la creencia estereotípica de las autoridades respecto al deber ser de cierto sexo), y aseguró que los asesinatos ocurridos en Ciudad Juárez constituían discriminación estructural.

De manera que en todo caso habrá discriminación con significado jurídico cuando se adopte una ley o política pública, o se ejecute un acto que tenga como consecuencia la perpetuación de la situación de exclusión-sometimiento o la opresión de cualquier persona identificada como miembro de un grupo históricamente desaventajado.

Algunos remedios adecuados para esta clase de discriminación, con los límites estructurales existentes, consisten en:

1. Reconocer los derechos y necesidades de los grupos históricamente en desventaja en las leyes y políticas públicas.

<sup>30</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009, Resumen Ejecutivo* [resumen de la SCJN-Dirección de Equidad de Género], pp. 12 y 13, disponible en <[www.equidad.scjn.gob.mx/GonzalezYOtras.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/GonzalezYOtras.pdf)>, página consultada el 20 de julio de 2011.

2. Garantizar a tales grupos el acceso a las oportunidades de empleo, y educación, y a los ámbitos de poder y decisión, a través de acciones afirmativas o medidas especiales de carácter temporal; es decir, que tiendan a acelerar la igualdad *de facto*.
3. Incluir, en la ley o en la política pública, medidas de igualdad sustantiva para garantizar que su condición de opresión no determine su acceso a los derechos.
4. Adoptar medidas para modificar las estructuras de dominación y las concepciones excluyentes en las que éstas se basan; es decir, medidas positivas que no tiendan a igualar la posición de los grupos desaventajados frente a los hegemónicos, sino a establecer pautas que transformen las relaciones de poder, es decir, medidas transformativas.<sup>31</sup>

Las acciones positivas tienden a acelerar la igualdad *de facto* y a promover la inclusión de sectores históricamente excluidos; para ello deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que su propósito sea acelerar la igualdad *de facto*.
2. Que tenga carácter temporal.
3. Que cese en cuanto logre el objetivo que se planteó.
4. Que su aplicación no resulte en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados.

### Obligaciones derivadas del principio de igualdad y no discriminación y sujetos obligados

Desde la perspectiva de la Corte IDH, "existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación."<sup>32</sup> De incumplir lo anterior, se estaría generando responsabilidad internacional a cargo del Estado. De acuerdo con la Corte IDH:

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.<sup>33</sup>

[...]

103. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.<sup>34</sup>

31 Véase, Nancy Fraser, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 37-44. Un ejemplo de este acercamiento lo encontramos en las reparaciones de la sentencia de la Corte IDH sobre el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.

32 Corte IDH, *op. cit.*, párr. 85.

33 *Ibidem*, párr. 88.

34 *Ibidem*, párr. 103.

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas enfatiza que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Parte adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto”.<sup>35</sup> Por su parte, el Comité CEDAW deriva de su Convención tres obligaciones a cargo de los Estados Parte para eliminar la discriminación contra las mujeres:

1. Garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes, así como su protección por parte de tribunales competentes, sanciones y otras formas de reparación adecuadas de la discriminación que pueden sufrir en el ámbito público y el privado por parte de las autoridades públicas, la impartición de justicia, las organizaciones, las empresas o los particulares;
2. Mejorar la situación *de facto* de la mujer, a través de políticas públicas y programas de gobierno que atiendan el problema de manera concreta y eficaz, y
3. Atender y enfrentar las relaciones prevalecientes entre los géneros, y la persistencia de estereotipos de género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales, sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.<sup>36</sup>

Las obligaciones establecidas por la CEDAW a los Estados en materia de discriminación contra las mujeres pueden ser trasladables y adaptadas a otros grupos históricamente desaventajados, y configuran diferentes entendimientos sobre la igualdad, en tanto formal, sustantiva y estructural.

La obligación positiva más importante consiste en adoptar medidas permanentes o temporales para eliminar las desventajas de los grupos sociales.

Las medidas permanentes tienden a remediar las exclusiones, a eliminar las discriminaciones persistentes y a fomentar condiciones igualitarias para el ejercicio de los derechos de manera definitiva. Por su naturaleza, estas medidas no desaparecerán con el tiempo porque introducen una modificación necesaria para construir una sociedad más igualitaria, por ejemplo, las licencias de paternidad para varones o las acciones enfocadas a reconocer el acceso a sus derechos a las personas con discapacidad.

Por otro lado, las medidas temporales (acciones positivas) tienden a acelerar la igualdad *de facto* y a promover la inclusión de sectores históricamente excluidos al sector público o a servicios como la salud o educación. Estas medidas irán desapareciendo en relación proporcional con la aceptación histórico-cultural

35 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 3, párr. 10.

36 Comité CEDAW, Recomendación General núm. 25, Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), 20° periodo de sesiones, 1999, párr. 7.

que les permita a tales grupos excluidos tener una oportunidad real para el ejercicio de sus derechos, sin necesidad de contar con esas medidas especiales de carácter temporal.

En ese sentido es que los tratados que han regulado la eliminación de la discriminación han establecido como parte de las obligaciones estatales las medidas especiales de carácter temporal a favor del sector que protege el tratado y las cuales no se consideran discriminatorias, como puede observarse en lo que refiere la CEDAW:

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.<sup>37</sup>

Con base en lo anterior, el establecimiento de una acción positiva debe cumplir por lo menos lo siguiente:

1. Que el propósito de la medida sea garantizar el avance del grupo o persona para efectos de asegurar el igual disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, o sea el aceleramiento de la igualdad *de facto*.
2. Que la medida tenga carácter temporal.
3. Que la medida cese en cuanto se logre el objetivo que lo justificó.
4. Que la aplicación de la medida no resulte en el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados.<sup>38</sup>

Una vez analizadas algunas de las principales obligaciones en relación con el principio de igualdad y no discriminación, se analizarán algunas de las implicaciones que tienen que ver con los sujetos obligados respecto de dicho principio.

Como resultado de incluir obligaciones *erga omnes*, este principio se convierte en una obligación para todos los Estados (más allá de la firma de tratados internacionales) y de todas las personas. En este sentido, conviene subrayar que una de las características propias del derecho a la no discriminación es que de él no sólo se derivan obligaciones específicas para los órganos estatales sino para todos los agentes privados y todas las personas.

De acuerdo con los diversos entendimientos del concepto de igualdad, es posible identificar una serie de medidas que habrán de adoptarse para superar los distintos tipos de discriminación y, de esta manera, poder advertir a aquellos sujetos que se encuentran obligados a adoptarlas en virtud de la asignación legal de facultades para distintos entes, o de las atribuciones que le son conferidas para ejercer ciertas actividades.

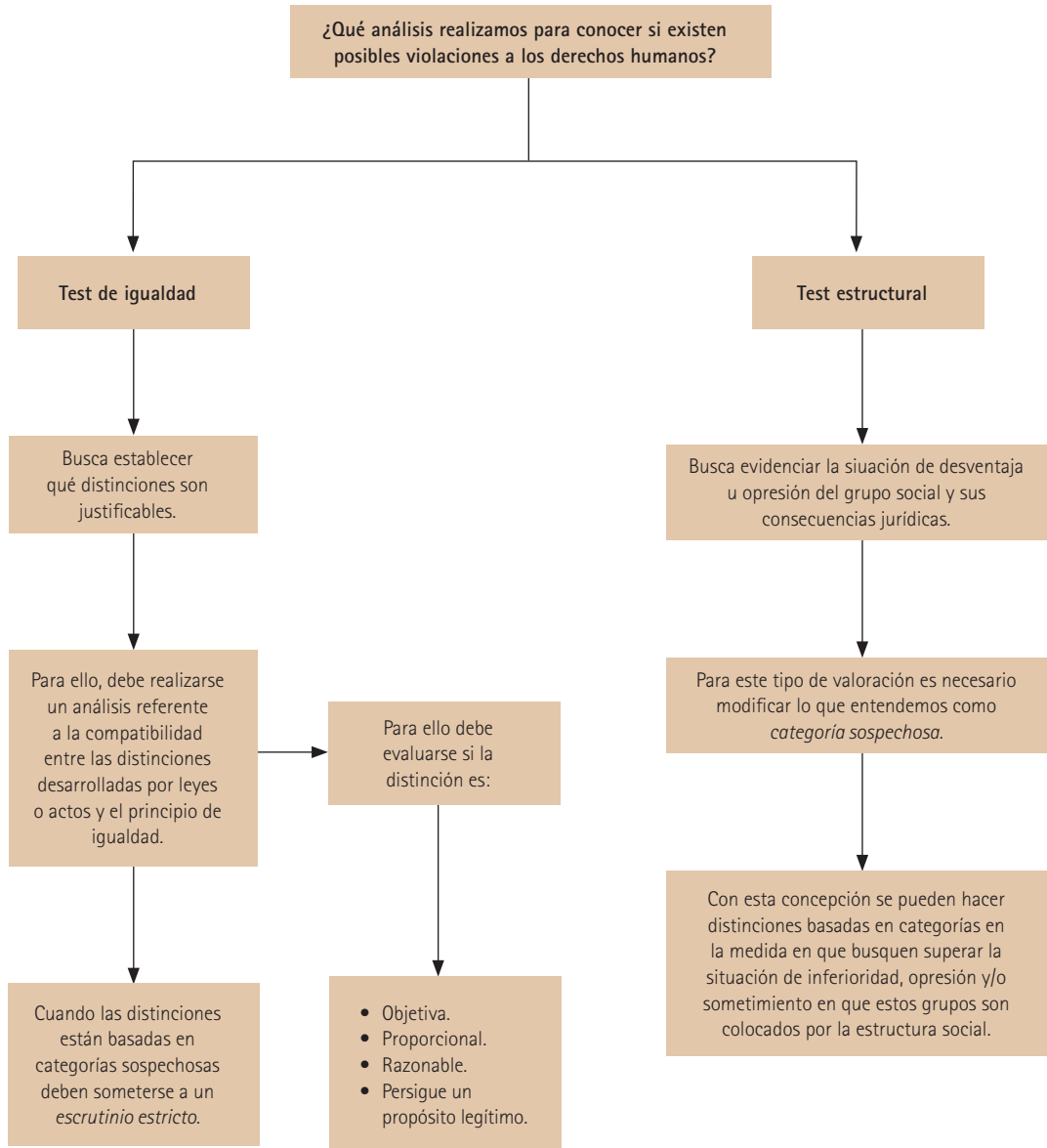
<sup>37</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 4°.

<sup>38</sup> Patricia Palacios Zuloaga, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago, Universidad de Chile, pp. 41 y 42.



## **MÓDULO II.**

# **Métodos para analizar el principio de igualdad y no discriminación**





**D**e acuerdo con las dos formas de acercarse al principio de igualdad y no discriminación –tradicional y estructural– también es posible identificar dos métodos de analizar las violaciones a este derecho.

El primero de ellos es el denominado *test de igualdad*, el cual busca establecer qué distinciones serían justificables; mientras que el segundo, el *test estructural*, pretende evidenciar la situación de desventaja u opresión del grupo social y sus consecuencias jurídicas.

### El test de igualdad

Para analizar si la actuación de un sujeto es coherente o no con el principio de igualdad es necesario aplicar un examen de las diferencias realizadas por dicho sujeto. Al examen de una situación que permite advertir si un tratamiento diferenciado constituye o no un acto discriminatorio se le denomina *test de igualdad*.

En este sentido, las distinciones desarrolladas por leyes o actos deben ser sometidas a un análisis sobre la compatibilidad de esas distinciones con el principio de igualdad. El "único criterio que se ha establecido para determinar

si un acto puede hacer una diferencia en la aplicación de un derecho es aquel que se realiza por una justificación objetiva y razonable".<sup>39</sup>

La justificación objetiva y razonable "debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas". Además, la distinción debe ser proporcional entre la medida empleada y la afectación al derecho.<sup>40</sup>

Para determinar si existe discriminación en un determinado trato diferente, debe analizarse si en él están presentes o no tres criterios básicos:

1. Razonabilidad.
2. Proporcionalidad.
3. Si dicha medida es necesaria en una sociedad democrática.

El método implica una evaluación casuística sobre si la distinción ha sido objetiva, razonable y proporcional, ya que "no pued[e] afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado [...] siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma".<sup>41</sup>

Dicho en otras palabras, la distinción debe ser razonable, proporcional y necesaria en una sociedad democrática, tal como ha sido determinado en la restricción y/o regulación de otros derechos humanos:

- *Razonabilidad.* Esto indica que una medida debe enfocarse a los fines perseguidos. En otras palabras, la restricción que se aplique no debe ir más allá de proteger alguno de los intereses o derechos en atención al caso concreto.<sup>42</sup>
- *Proporcionalidad.* La medida restrictiva no debe ser tal que impida el ejercicio de un derecho en su totalidad, o que genere en la población una inhibición en su ejercicio. En otras palabras, en la interacción de dos derechos humanos no debe existir una restricción que *per se* incapacite el ejercicio de uno en todos los casos. A su vez, en casos de sanciones como mecanismos para establecer las restricciones, éstas no deben ser desproporcionadas al daño causado.<sup>43</sup>
- *Necesidad en una sociedad democrática.* Al determinar una restricción es importante analizar si ésta es necesaria en una sociedad democrática. En muchas ocasiones existe la necesidad de restringir derechos para la conducción de una sociedad más *ordenada*; sin embargo, debe ana-

39 Juan Carlos Arjona Estévez *et al.*, *Trabajadores indocumentados. Condición migratoria y derechos humanos*, México, Porrúa (Breviarios jurídicos, núm 30), 2005; y Anne Bayefsky, *op. cit.*, p. 11.

40 Anne Bayefsky, *op. cit.*, pp. 11 y 12; y Corte IDH, *op. cit.*, p. 90.

41 Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva oc-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 57; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *op. cit.*, párr. 13; y Anne Bayefsky, *op. cit.*, p. 13.

42 Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución..., *op. cit.*, párr. 56; y voto del juez Thomas Buergenthal en esta misma opinión consultiva, párr. 4.

43 Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 71.

lizarse si hay otros medios por los cuales se puede evitar la restricción a un derecho.<sup>44</sup>

De acuerdo con Patricia Palacios Zuloaga, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido cuatro criterios que cualquier distinción debe cumplir para evitar ser discriminatoria:

1. Que sea aplicada en forma objetiva.
2. Que obedezca a una justificación razonable.
3. Que mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida.
4. Que persiga un propósito legítimo en virtud del [tratado respectivo].<sup>45</sup>

La *objetividad* consiste en aquellos criterios que no requieren un análisis subjetivo, por ejemplo: la edad y el estatus migratorio. Lo subjetivo sería el color de la piel.

La *justificación razonable* se aboca a una distinción entre iguales, pero que no puede ser cuestionada, ya que no persigue menoscabar derechos ni directa ni indirectamente, sino regular situaciones.

En esta distinción razonable encontramos el estatus migratorio entre personas con situación migratoria regular y quienes tienen una situación migratoria irregular. Esta justificación razonable ha sido incluso incorporada en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en derechos como a la salud.<sup>46</sup>

La justificación razonable puede variar a través del tiempo por el carácter progresivo (evolutivo) de los derechos humanos, ya que lo que en el pasado era permisible puede no serlo en la época actual.

En este sentido, Patricia Palacios Zuloaga nos ofrece un ejemplo a partir de la familia, ya que en el pasado las sociedades dependían de conceptos como el de familia nuclear, que se integraba por un hombre, una mujer (en matrimonio) y la descendencia. Este concepto de familia ha cambiado socialmente a partir de las familias uniparentales, de parejas homosexuales o de parejas heterosexuales que no han contraído matrimonio; en estos casos, la aplicación de las normas (derechos y obligaciones) sobre el matrimonio deberían ser

Cuando una distinción se basa en una categoría sospechosa debe someterse a un test de escrutinio estricto.

44 Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párrs. 44-46.

45 Patricia Palacios Zuloaga, *op. cit.*, p. 34.

46 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990.

aplicadas, por mayoría de razón, a estas otras circunstancias; de otro modo, se haría una distinción carente de razonabilidad.<sup>47</sup>

La Corte IDH tuvo la oportunidad de analizar el derecho a la igualdad y la no discriminación al emitir la Opinión Consultiva sobre la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. En esta propuesta se establecían requisitos adicionales para la mujer extranjera en relación con el hombre extranjero al momento de solicitar la nacionalidad costarricense. En esta ocasión se analizó si la diferencia de trato entre hombre y mujer era *objetiva, razonable y proporcional*, y se concluyó que no en virtud de que no existían motivos para diferenciar en este caso.<sup>48</sup>

En aquellos casos en que las distinciones realizadas por leyes o actos de la autoridad se encuentran fundadas en las categorías sospechosas, dichas distinciones deben ser miradas de forma más meticulosa. A este test más escrupuloso se le conoce como *escrutinio estricto*.<sup>49</sup>

Con el test de escrutinio estricto se determina si una distinción introducida en la legislación o en la política pública persigue un fin legítimo; es racional en una relación de adecuación entre medios y fines, y es proporcional en el sentido de que no afecta inusitadamente los derechos de terceras personas.<sup>50</sup>

Sometidas a este test, por ejemplo, las medidas especiales de carácter temporal que se adopten para acelerar la igualdad de hecho de las mujeres, los grupos étnicos, los grupos pertenecientes a la diversidad sexual, las personas con discapacidad, así como la adopción de cuotas para su ingreso a la representación política, no podrán ser consideradas discriminatorias.

Lo anterior es así debido a que aun cuando esas diferenciaciones se basan en categorías sospechosas –sexo, género, pertenencia étnica, orientación sexual y discapacidad– persiguen el fin legítimo de garantizar que la representación política refleje la diversidad existente en determinada sociedad y que todas las personas accedan a dicha representación para defender sus intereses.

47 Patricia Palacios Zuloaga, *op. cit.*, p. 36.

48 Corte IDH, Propuesta de Modificación a la Constitución..., *op. cit.*

49 En una tesis de jurisprudencia, la Primera Sala de la SCJN sostiene que cuando la distinción a analizar se base en alguna de las categorías sospechosas –previstas en el artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución–, la autoridad jurisdiccional deberá ser muy cautelosa, haciendo un escrutinio estricto. En los demás casos en que la distinción hecha por la o el legislador se traduzca en la limitación de derechos fundamentales, pero se base en otro tipo de categorías, se llevará a cabo un escrutinio ordinario. SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvii, abril de 2008, p. 175.

50 En este sentido, la SCJN, por ejemplo, sostiene que deberá hacerse una ponderación de sus ventajas y desventajas, considerando "la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos". SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxxi, abril de 2010, p. 427.

Estas medidas son razonables por ser adecuadas para el fin perseguido y son proporcionales porque no excluyen de la participación política a las personas no pertenecientes a estos grupos. Por ejemplo, considerando criterios de pobreza o marginación, no resultarían discriminatorias las becas alimentarias o de estudio que se otorgan a las personas, a pesar de que la condición social es una categoría sospechosa.

Hasta este momento se ha analizado cómo el test de escrutinio estricto es útil a las medidas que pueden adoptarse para resolver las situaciones de desigualdad de hecho y no resulten discriminatorias, aunque introduzcan una distinción que se base en una categoría sospechosa. Sin embargo, es pertinente preguntarse ¿qué sentido tendría la adopción de una cuota de acceso al estudio para personas con discapacidad en ausencia de ajustes razonables que garanticen su accesibilidad a centros escolares? y ¿qué sentido tienen las cuotas de representación política para mujeres si éstas se autodescartan de la participación política?

Estas preguntas nos llevan a considerar que la relación igualdad-no discriminación –que sostiene la prohibición de las distinciones no razonables y la pertinencia de distinciones formales, legítimas, racionales y proporcionales–<sup>51</sup> no es suficiente para identificar como discriminatorias a las prácticas sociales de exclusión y perpetuación de situaciones de inferioridad, ni como no discriminatorias a las medidas que tienden a revertirlas.<sup>52</sup>

### El test de igualdad estructural

Según Roberto Saba –quien sigue en esta idea a Owen Fiss y a Catharine Mackinnon–, para valorar la discriminación estructural es necesario modificar lo que entendemos como *categoría sospechosa*. Se ha dicho que para el método igualdad-no discriminación, una categoría de distinción resulta sospechosa cuando corresponde a una característica subjetiva de la persona que no guarda con el propósito de la distinción una relación de razonabilidad, es decir, que la distinción no puede explicarse en virtud del fin perseguido.

También, en términos generales, se dijo que existe consenso internacional y constitucional respecto de qué clasificaciones carecen, en principio, de dicha razonabilidad.

51 La Corte IDH aclara que deben diferenciarse los términos *distinción* y *discriminación*. El primero se refiere a "lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación [, por el contrario,] se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos". Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos...*, *op. cit.*, p. 111, párr. 84.

52 Roberto Saba, *op. cit.*, p. 196.

Si adoptamos como paradigma de la igualdad el no sometimiento-opresión-exclusión de grupos históricamente desaventajados, tendremos que adoptar como categoría sospechosa la distinción que se base en la pertenencia identitaria a estos grupos.

Al igual que en el método igualdad-no discriminación, una distinción que se basa en esta pertenencia identitaria puede considerarse como no discriminatoria en la medida en que busque superar la situación de inferioridad, opresión y/o sometimiento en la cual estos grupos son colocados por la estructura social.

Según este entendimiento, por ejemplo, el rubro prohibido de discriminación, conforme a esta concepción de la igualdad, no sería *la orientación sexual*, sino *ser homosexual*. Así, el ser *heterosexual* no corresponde a un grupo históricamente desaventajado, mientras que las personas homosexuales son excluidas, desconocidas (en el sentido de no reconocidas), sometidas y/u oprimidas por las prácticas sociales y culturales.

Para contrastar un poco el funcionamiento de una y otra manera de abordar la discriminación, conviene presentar el siguiente ejemplo:

Supóngase que el Consejo de la Judicatura Federal –instancia encargada de nombrar a jueces, juezas, magistrados y magistradas federales– optará por convocar a un examen de oposición en el que sólo participarán mujeres para la asignación de plazas de juezas o magistradas.

Si se sometiera la medida, en tanto fundada en una categoría sospechosa como el sexo, al *escrutinio estricto*, surgido del binomio *igualdad-no discriminación*, ésta no superaría el test de proporcionalidad al privar de forma absoluta –aunque temporal– a los hombres de su participación en el concurso.

Si, por el contrario, se examina esta medida con el test de igualdad como no sometimiento-opresión-exclusión, ni siquiera se tiene una categoría sospechosa, puesto que frente a este tipo de análisis sobre igualdad, la categoría sospechosa resultaría *ser mujer*, en tanto grupo históricamente desaventajado; por ello *ser hombre*, en tanto grupo dominante, no lo será. Incluso, desde esta perspectiva, se entendería la medida como una estrategia adecuada para revertir la exclusión de las mujeres en el ámbito de la carrera judicial.

Por otra parte, es importante recordar que al usar el argumento de *igualdad estructural*, se da sentido y contenido a la exigencia de distintas medidas adecuadas para remontar la situación de exclusión-sometimiento-opresión de ciertos grupos históricamente desaventajados.

Supongamos nuevamente que una de las razones por las cuales las mujeres no participan en los concursos de oposición convocados por el Consejo de la Judicatura Federal tiene que ver con la posibilidad de cambiar el lugar de residencia, lo cual, en términos de los arreglos estructurales en torno a la asignación de roles de género, es más complicado para las mujeres que para los hombres.

En este sentido, sería pertinente exigir que las mujeres ganadoras permanezcan en su lugar de residencia. Pensemos nuevamente si esta medida superaría el *test de proporcionalidad* basado en la visión *individualista* de la igualdad.

De igual manera, se podría plantear que es insuficiente no excluir a las personas con discapacidad motriz de la educación universitaria, o establecer cuotas a favor de su ingreso, sino que es necesario que los centros escolares cuenten con instalaciones que faciliten la accesibilidad de las personas con tal condición.

El análisis de la igualdad estructural sirve, igualmente, para descubrir los diferentes niveles de discriminación ante la ausencia de ciertas políticas en las instituciones.

Por ejemplo, imaginemos la ausencia de una prestación laboral como las licencias de paternidad. La primera acusación que se haría a esta ausencia es que es contraria a la igualdad formal entre hombres y mujeres, excluyendo a los primeros de la participación de un beneficio.

Una segunda acusación que merece esta ausencia es que abona a la desigualdad de hecho entre mujeres y hombres, tanto en el ámbito de las obligaciones familiares como en el ámbito laboral, colocando sobre ellas la carga exclusiva de la labor de crianza y cuidado de las hijas e hijos.

Una tercera acusación, en términos estructurales, es que esta ausencia descansa y confirma la visión estereotípica de que las mujeres deben ser las únicas responsables de este cuidado, asegurando su permanencia en una situación de exclusión-inferioridad en el campo laboral y en la sociedad.

Por último, un análisis de discriminación basado en la igualdad estructural permitiría identificar la exclusión como ausencia de reconocimiento de la existencia, visión del mundo o necesidades de ciertos grupos históricamente desaventajados por el orden jurídico u otras instituciones sociales, como ocurre con los grupos indígenas o las personas transgénero.

Se trata, entonces, de situar a la persona perteneciente a un grupo en desventaja dentro de un contexto determinado para identificar las distintas formas en que, dada su pertenencia a cierto grupo, se manifiestan las instituciones sociales.

No se pretende formular un juicio casuístico e individualista que trate de asimilar al miembro de un grupo respecto de otro, sino considerar al grupo en cuanto a lo que es en relación con la sociedad.

El método de la igualdad estructural permite cuestionar las formas en las cuales el derecho o las instituciones han mantenido y construido la desventaja de ciertos grupos, como las mujeres, y permite que se haga un examen de hasta dónde esas instituciones han sido definidas teniendo como paradigma a los grupos hegemónicos, como los hombres, y construidas con la concepción hegemónica de los problemas y los perjuicios.

En cambio, el modelo tradicional no contempla las desventajas sistémicas y persistentes al ser incapaz de proponer o de reestructurar. Asume que las instituciones deben continuar como son, y que son las y los integrantes de los grupos oprimidos quienes necesitan las mismas oportunidades que los grupos hegemónicos para poder participar en ellas.<sup>53</sup>

Lo anterior no significa que se deba olvidar el método tradicional o de razonabilidad para analizar problemas jurídicos de igualdad, sino que deben ser vistos como coexistentes y complementarios, pues habrá situaciones con distinciones no justificadas que necesariamente deben ser analizadas por el test de igualdad; mientras que cuando se trate de miembros de grupos sociales en opresión, podrá hacerse uso del test de igualdad estructural, particularmente si éste es el más apropiado para visibilizar las distintas consecuencias de la desigualdad.

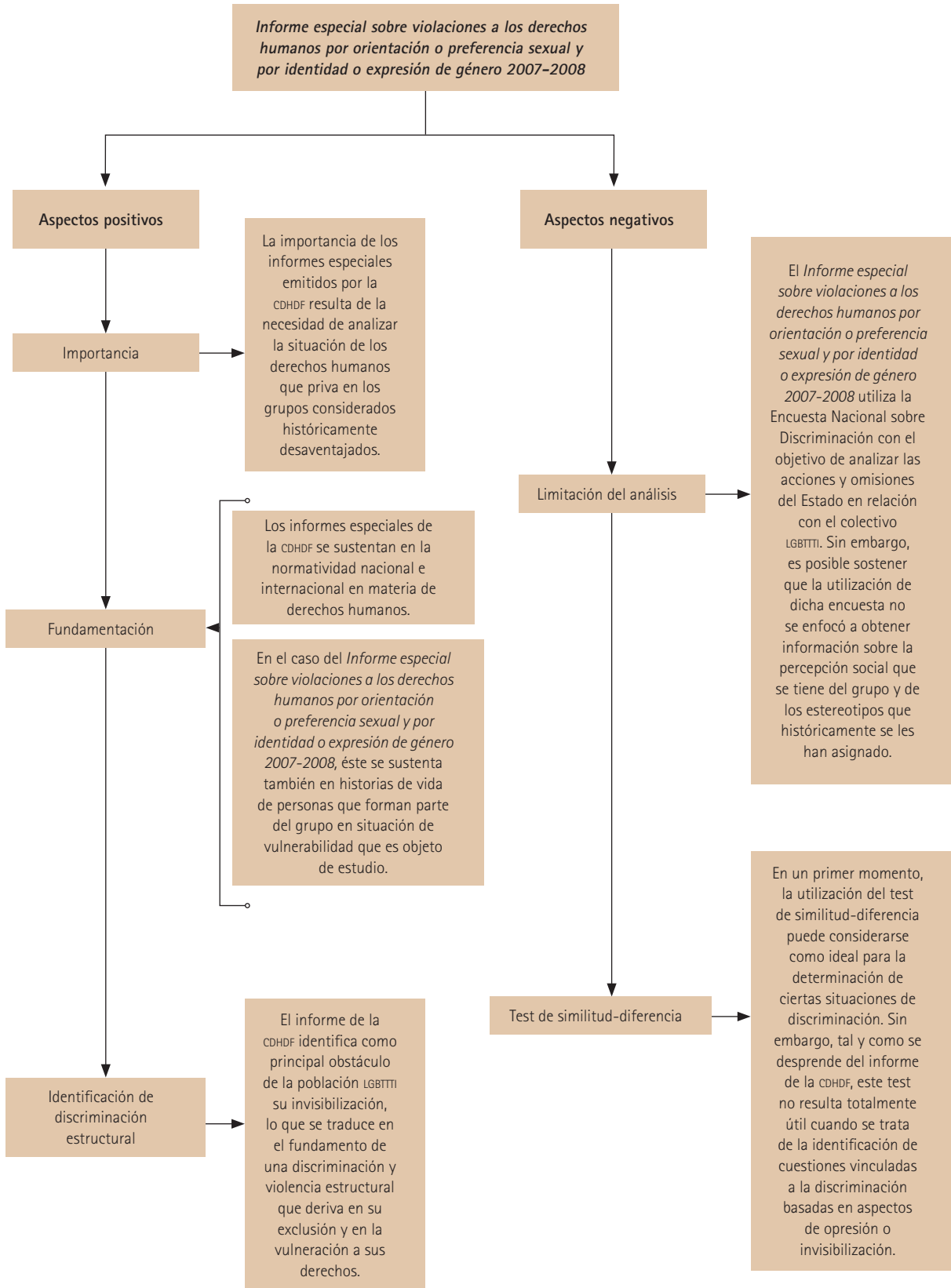
---

53 Kathleen Mahoney, *op. cit.*, p. 447.



## **MÓDULO III.**

# **Análisis de recomendaciones en materia de igualdad y no discriminación**



Una vez expuestos los elementos teóricos del principio de igualdad y no discriminación, ahora se intentará advertir cómo la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) puede hacer uso de dos métodos para analizar los problemas de desigualdad y discriminación. En este sentido, a continuación se presenta el análisis de un informe especial (test de igualdad estructural), así como el de una Recomendación (test de igualdad) de este organismo.

### **Análisis del Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008**

Antes de comenzar el estudio de este módulo conviene aclarar que los informes especiales de la CDHDF son particularmente pertinentes para incluir en ellos el test de igualdad estructural que se abordó en el módulo precedente de esta guía.

Esto es así debido a que, cuando se analiza la situación de un grupo que padece violaciones sistemáticas a sus derechos humanos o amenazas específicas para su ejercicio relacionadas con la pertenencia a dicho grupo, en primera instancia es importante reconocer a este grupo como *históricamente desaventajado* y colocar la mirada en la pertenencia de éste dentro de las denominadas *categorías sospechosas*.

El *Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008*, emitido por la CDHDF en 2008, se sustenta adecuadamente en el derecho internacional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico interno.<sup>54</sup>

La documentación e investigación realizada para el Informe –la cual incluyó historias de vida, expedientes legales y fuentes doctrinales– se estima correcta.

Sin embargo, del análisis de dicho informe se señala que no es clara la intención de utilizar la Encuesta Nacional sobre Discriminación,<sup>55</sup> debido a que es una encuesta basada en percepciones y que pudo haber servido fundamentalmente para ubicar los estereotipos persistentes en la sociedad, lo que finalmente no realiza dicho informe, porque éste sólo incluye ciertos datos para soportar algunas conclusiones específicamente relativas al accionar del Estado, sin realizar el análisis y los vínculos pertinentes.

En el capítulo sobre la igualdad, el Informe prescinde, en términos generales, del *test de similitud-diferencia* para identificar la discriminación. En su lugar, ubica la mayor discriminación hacia las personas pertenecientes a las *minorías* sexuales en la ausencia de reconocimiento –inexistencia jurídica– de las personas pertenecientes a dicho grupo. Este acercamiento es particularmente adecuado para el análisis de la discriminación estructural.<sup>56</sup>

Aunque no de forma explícita, el Informe construye a las personas que se identifican a sí mismas, o que son identificadas por el entramado social, como lesbianas, gays, intersexuales, transexuales o transgénero; es decir, como un grupo históricamente desaventajado. También reconoce que este sector padece una exclusión sistemática que descansa en la negación de su existencia como personas (invisibilidad) y en la consecuente exclusión de su realidad, del discurso social dominante y de la construcción de las instituciones que este argumento determina.

Como se señaló, la construcción del grupo sujeto del Informe como históricamente desaventajado se realiza de manera implícita, ya que éste aplica el análisis de discriminación considerando la orientación o preferencia sexual o la expresión o identidad de género como la categoría sospechosa y, no como lo refiere el módulo precedente, es decir, como la adscripción identitaria de personas concretas a estos grupos.

54 CDHDF, *Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008*, México, CDHDF, 2008.

55 *Ibidem*, p. 19, párr. 21.

56 *Ibidem*, p. 51, párrs. 161 y 162.

En este sentido, la construcción de categoría sospechosa que adopta dicho informe corresponde a la concepción tradicional de igualdad, que culmina con el método de similitud-diferencia.

Como se expresó anteriormente, los efectos de utilizar la orientación o preferencia sexual o la identidad o expresión de género como categoría sospechosa pueden ser adversos cuando se trata, por ejemplo, de hacer avanzar los derechos de las personas identificadas como pertenecientes a estos grupos con medidas de acción afirmativas que suponen la exclusión de personas heterosexuales.

También es inadecuado cuando se busca determinar una discriminación específica que no puede explicarse mediante el test de similitud-diferencia, pues no surge como resultado de un contraste sino a partir de la identificación de una situación de opresión; o cuando se recomiendan –como es el caso del Informe– medidas de igualdad permanente o de carácter transformativas tendientes a modificar la situación de opresión en que estas personas han sido colocadas, lo que no ocurre –por lo menos no claramente– en el Informe que se analiza.<sup>57</sup>

Todas estas recomendaciones estarían mejor sustentadas si se recurriera a la caracterización de determinado grupo como históricamente desaventajado.<sup>58</sup> Para ponerlo en términos llanos: ante una situación de desigualdad "descarada", cualquier medida, que en contextos de nivelación resultaría radical, puede ser considerada adecuada.

Desde el punto de vista de la igualdad estructural, el Informe construye su argumentación en torno, primeramente, a la ausencia de reconocimiento de estos grupos en la legislación y en la política pública, al establecer, por ejemplo, que sus necesidades no son adecuadamente atendidas por el sector salud o que las leyes civiles no facilitan que vivan de acuerdo con la identidad que experimentan,<sup>59</sup> o que no tienen acceso a distintas instituciones jurídicas como el matrimonio<sup>60</sup> (situación que prevalecía al momento de emitirse el Informe correspondiente).

De igual forma, este informe analiza las condiciones simbólicas de desigualdad producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado, como se expresó en los módulos precedentes.

57 *Ibidem*, p. 36, párrs. 105 a 108.

58 *Ibidem*, pp. 39 y 41, párrs. 111 y 122, respectivamente.

59 *Ibidem*, p. 49, párr. 154.

60 *Ibidem*, p. 31, párr. 84.

En segundo lugar, dicho documento perfila la presencia de condiciones fácticas de desigualdad. En este sentido, es particularmente notable que el Informe abarque y analice los distintos ámbitos en que la discriminación es padecida por las personas pertenecientes a estos grupos, pues ésta ocurre en los ámbitos familiar, educativo, laboral, salud, etc.; y que cuando el Informe analiza cada uno de éstos, señale con claridad la específica discriminación a la que estas personas están sujetas, incluso dentro de una problemática general.<sup>61</sup>

Por ejemplo, el Informe reconoce la exclusión sistemática de las oportunidades laborales y del particular acoso laboral que sufren las personas consideradas como pertenecientes a las *minorías* sexuales; asimismo, establece que existe violencia simbólica en el ámbito educativo cuando se pretende que ellas no existen y se adopta un lenguaje que las agrede constantemente.

El objetivo de destacar este tipo de prácticas excluyentes es, sin duda, documentar la discriminación estructural. También lo es, como lo hace adecuadamente, asignar la responsabilidad estatal por la subsistencia y permeabilidad de los estereotipos basados en el género que fomentan esta exclusión sistemática.

Partiendo de esta caracterización, en el Informe especial que se analiza se advierten recomendaciones concretas que son adecuadas para modificar el entorno discriminatorio en el que estas personas se desenvuelven.

Así, dicho documento muestra que es imprescindible, en términos de las medidas modificatorias que se sugieren, ya sea mediante recomendaciones o informes, ubicar las expresiones estructurales de la discriminación para garantizar una mayor comparecencia de los grupos históricamente desaventajados en la esfera del reconocimiento social, jurídico e institucional y un ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad.

## **Análisis de la Recomendación 2/2010<sup>62</sup>**

### *Hechos*

La Recomendación describe los hechos: una mujer que trabajó por dos años y medio para el Instituto de Educación Media Superior del Gobierno del Distrito Federal tuvo que ausentarse del plantel por razones de salud (noviembre de 2007). Sin embargo, dicha persona manifestó que sus compromisos laborales

<sup>61</sup> *Ibidem*, capítulo 1, Derecho a la no discriminación, pp. 13-36, párrs. 1-108.

<sup>62</sup> CDHDF, Recomendación 2/2010, dirigida el 16 de abril de 2010 al director general del Instituto de Educación Media Superior del Distrito Federal, el Dr. José de Jesús Bazán Levy, por un caso de discriminación por razones de salud.

serían cubiertos integralmente, lo cual fue notificado a las autoridades de la institución, quienes dieron su anuencia.

Posteriormente, en el inicio del siguiente año (enero de 2008), las autoridades le informaron que no le renovarían su contrato ya que dicha persona había solicitado una incapacidad por razones de salud, y que sólo optarían por contratarla si se realizaba previamente estudios médicos que especificaran sus enfermedades.<sup>63</sup>

### *Proceso de investigación*

La CDHDF, al momento de iniciar la investigación, planteó como hipótesis de trabajo que a la persona no se le había renovado el contrato debido a su condición de salud, lo cual es un acto presuntamente discriminatorio por parte de la autoridad.

Para comprobar si ésa fue la razón que motivó el acto que presuntamente derivó en una acción discriminatoria, la CDHDF buscó inicialmente la siguiente información:

- a) El procedimiento que se llevaba a cabo para contratar a las y los maestros que impartían clases en dicho Instituto.
- b) El cuerpo normativo donde se establecían los requisitos que debían cumplir las y los profesores para cubrir las vacantes.
- c) Quién determinaba qué personas impartirían las clases en las diferentes áreas del Instituto.
- d) Los motivos y fundamentos jurídicos por los cuales no se había renovado el contrato a la persona agraviada.

Aun cuando se plantearon los anteriores elementos como componentes de la investigación de la CDHDF, ésta sólo se centró en señalar que el motivo de la no renovación del contrato fue la condición de salud de la peticionaria.<sup>64</sup>

En este caso, no se consideró que era igualmente relevante analizar los procesos de contratación y los requisitos que se exigen para cubrir las vacantes, esto con el fin de determinar si la peticionaria es la única persona a la cual se le excluyó por esta razón.

De igual manera, en la Recomendación se observa una ausencia de algunos otros elementos contextuales del caso. Por ejemplo, no se analizó lo siguiente:

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 4, párr. 3.1.1.

- a) Si todas las personas que tenían contrato a finales de 2007 recibieron una renovación de su contrato con las nuevas modalidades.
- b) Si existía un proceso de evaluación regular del personal y, en caso afirmativo, conocer cuál fue la evaluación que recibió la peticionaria (así como las razones que la pudieran soportar).
- c) Cuántas personas con menor calificación en su desempeño fueron recontratadas.
- d) Si a todas las personas se les realizó una valoración médica con el objetivo de analizar si eran aptas para realizar las labores que la institución les exigía, y cuáles serían los criterios de exclusión en su caso.
- e) Si existió una valoración posterior sobre las necesidades laborales de la institución y la condición de la salud de la persona agraviada.

### *Fundamento*

La Recomendación se basa en la CPEUM, en diversos tratados internacionales en materia laboral y de derechos humanos, y en legislación en materia de no discriminación en el Distrito Federal. Sin embargo, por lo que se refiere a los instrumentos internacionales, no se distingue la razón de las diferentes normas jurídicas establecidas en cada uno de los tratados que se citan, por ejemplo:

Dicha Recomendación fundamenta el derecho a la igualdad y no discriminación indistintamente en lo establecido en los artículos 2° de los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>65</sup>, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), siendo que ambos establecen una obligación general a los Estados de no discriminación de los derechos que contiene cada uno de los instrumentos. Sin embargo, no consideró que el PIDCP no protege los derechos laborales, por lo que no se vulneró dicho instrumento. Situación diferente a la del PIDESC, que sí contempla la protección de esta clase de derechos, y por la cual existiría una violación directa a dicho instrumento.<sup>66</sup>

Asimismo, se cita el artículo 1° de la CADH<sup>67</sup> que, aun cuando al igual que el PIDCP no reconoce los derechos laborales, sí contiene una cláusula de interpretación *pro personae* (CADH, artículo 29), la cual podría ligarse al artículo 5° de la CPEUM, lo que, sin embargo, no se hizo.

La Recomendación se fundamenta adicionalmente en el artículo 24 de la CADH, aunque no detalla el propósito u objetivo de protección de este artículo

65 *Ibidem*, p. 19, párr. 7.2.1.

66 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (xxi) del 16 de diciembre de 1966, artículos 6°, 7° y 8°.

67 CDHDF, Recomendación 2/2010, p. 20, párr. 7.2.4.



debido a que éste se enfoca a la igual protección ante la ley, y está relacionado de forma más específica a una discriminación formal.

Además, la Recomendación se fundamenta en la cláusula de no discriminación del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo adicional a la CADH, artículo 6°), pero no analiza su relación con los derechos laborales, de la misma forma que en el caso del PIDESC.

También la recomendación es deficiente en su fundamentación, al referirse a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en virtud de que los hechos del caso únicamente refieren una discriminación por razones de las condiciones de salud de la persona agraviada y no se distingue en ningún momento una doble discriminación derivada de su sexo.<sup>68</sup>

Esta misma deficiencia se presenta al referir como fundamento la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,<sup>69</sup> ya que no se distingue que la discriminación por razones de salud sea extensiva, al grado de ser la peticionaria considerada como una persona con discapacidad en virtud de sufrir una depresión crónica.

Otra deficiencia de la Recomendación se vislumbra al momento de referir criterios establecidos por la Corte IDH, sin señalar la razón fundamental de su referencia.<sup>70</sup>

Finalmente, sería deseable eliminar citas textuales de los criterios de la Corte IDH y que se determine el contenido esencial que se aplicará en el caso concreto.

### *Test de igualdad*

El test de igualdad debe hacerse de manera completa, abordando cada uno de los elementos. Para ello se sugiere explicar en qué consiste dicho test con el fin de aplicarlo posteriormente a cada uno de sus elementos:

*Primero*, se debe identificar si se incurrió en un acto u omisión que distingue, excluye u otorga un trato diferente a una persona o a un grupo de personas en relación con otras (la generalidad). En este caso la renovación de los contratos del personal que laboraba en 2007, excepto el de la persona peticionaria.

*Segundo*, identificar si la peticionaria pertenece a una categoría sospechosa con el propósito de determinar si se debe hacer un análisis más estricto de

68 *Ibidem*, p. 19, párr. 7.2.3.

69 *Ibidem*, p. 19, párr. 7.2.7.

70 *Ibidem*, pp. 21 y 22, párrs. 7.4, 7.5, 7.6 y 7.6.1.

la aplicación de la norma. En este caso, al basarse en condiciones de salud como la razón por la que se le negó su contratación, sería necesario hacer un análisis más severo de la conducta que presuntamente violentó sus derechos.

*Tercero*, señalar cuál fue el resultado de la distinción, en este caso la negación de sus derechos laborales, al no recontratarse para 2008.

Una vez que se determina *prima facie* que los elementos se han cumplido, se tiene que realizar un examen más estricto para determinar si la medida es o no objetiva.

En este caso, el no renovar el contrato no se desprendió de ser indígena, ser mujer, o tener alguna discapacidad, sino por condiciones de salud.

Por ello, se debe estudiar si la medida fue razonable, es decir, si no renovar el contrato por razones de salud fue razonable para poder continuar prestando los servicios educativos que ofrece la institución o si requiere ciertas aptitudes de salud que en caso de no tenerlas le impedirían continuar con sus responsabilidades; por ejemplo, un futbolista que sufre una lesión permanente en una pierna podría ser motivo de no recontratación. En este caso, era necesario señalar por qué fue irrazonable la medida de no recontratar a la persona.

También sería importante desarrollar un análisis directo de la proporcionalidad de la medida; es decir, quizás era razonable que una persona que no acudiría a su lugar de trabajo por cierto tiempo mayor a un número determinado de días, fuese *sancionada*; sin embargo, la medida no debería ser el despido o no renovación de contrato, y menos aún si esto deriva de una enfermedad.

Al respecto, se debió analizar si existía la posibilidad de una medida menos restrictiva de su derecho laboral y cuáles serían los parámetros para aplicarla, en caso de que no existieran lineamientos internos para ello.

Finalmente, sería relevante analizar si la medida es necesaria debido a que en una sociedad democrática quizás sea cuestionable que, si una persona desempeña sus labores adecuadamente y un día cae en *desgracia* por padecer una enfermedad, la respuesta estatal sea permitir su despido, aunado a que en el sistema jurídico mexicano tendría consecuencias sobre el acceso a su derecho a la salud, razón principal por la que vio afectadas sus capacidades laborales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andreu-Guzmán, Federico, "La prohibición de la tortura y el derecho internacional", en Gutiérrez Contreras, Juan Carlos (comp.), *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*, México, SRE/Programa de Cooperación México-Unión Europea, 2005.
- Arjona Estévez, Juan Carlos, et. al., *Trabajadores indocumentados. Condición migratoria y derechos humanos*, México, Porrúa (Breviarios jurídicos, núm. 30), 2005.
- Bayefsky, Anne, "The principle of equality or non-discrimination in international law", en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, núm. 1-2, 1990, pp. 1-34.
- CDHDF, *Informe especial sobre violaciones a los derechos humanos por orientación o preferencia sexual y por identidad o expresión de género 2007-2008*, México, CDHDF, 2008.
- \_\_\_\_\_, Recomendación 2/2010, dirigida el 16 de abril de 2010 al director general del Instituto de Educación Media Superior del Distrito Federal, el Dr. José de Jesús Bazán Levy, por un caso de discriminación por razones de salud.
- Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.
- De la Torre, Carlos, *Argumentación jurídica desde el principio de igualdad y no discriminación*, México, Flacso, 2010.
- Fiss, Owen, "Grupos y la cláusula de igual protección", en Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- Fraser, Nancy, *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- \_\_\_\_ y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*, trad. de Pablo Manzano, Madrid, Morata, 2006.
- González Le Saux, Marianne, y Óscar Parra Vera, "Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del *Caso Apitz*", en *Revista IIDH*, núm. 47, Costa Rica, 2008.
- Mahoney, Kathleen, "Enfoques canadienses a la igualdad de derechos y a la equidad de género en los estrados judiciales", en Cook, Rebecca (ed.), *Derechos humanos de la mujer*, Colombia, Profamilia, 1997.
- Palacios Zuloaga, Patricia, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Santiago, Universidad de Chile, 2006.

Saba, Roberto, "Desigualdad estructural", en Gargarella, Roberto, y Marcelo Alegre, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009, Resumen Ejecutivo* [resumen de la SCJN-Dirección de Equidad de Género], disponible en <[www.equidad.scjn.gob.mx/GonzalezYOtras.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/GonzalezYOtras.pdf)>, página consultada el 20 de julio de 2011.

Young, Iris Marion, *Justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Princeton University Press/Cátedra, 1990.

### Legislación nacional

SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xx, octubre de 2004.

\_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvii, abril de 2008.

\_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxvii, junio de 2008.

\_\_\_\_\_, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. xxxi, abril de 2010.

### Derecho internacional de los derechos humanos

Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, San Francisco, 26 de junio de 1945.

Comité CEDAW, Recomendación General núm. 25, Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), 20° periodo de sesiones, 1999.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General núm. 18, No discriminación, 37° periodo de sesiones, 1989.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución B-32, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada en la Resolución A/CONF.39/27, Viena, 23 de mayo de 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2106 A (xx) del 21 de diciembre de 1965.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990.

Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en su undécima reunión, París, 14 de diciembre de 1960.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979.

Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205

\_\_\_\_\_, *Caso Kimel vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177.

\_\_\_\_\_, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva oc-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18.

\_\_\_\_\_, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva oc-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

\_\_\_\_\_, *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva oc-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

OIT, Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado por la Conferencia General en su sesión 42, Ginebra, 25 de junio de 1958.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

## EJERCICIOS

### Ejercicio 1

Relacione las columnas que se presentan a continuación.

- |                                   |   |
|-----------------------------------|---|
| i. Igualdad                       | a. Es el sentido negativo del derecho y supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas.  |
| ii. Igualdad formal               | b. Se presenta cuando una norma, política o programa limita, restringe o excluye el goce o ejercicio de un derecho a una persona o grupo identificable, sin que exista una razón objetiva que sea necesaria en un Estado democrático y sea proporcional en relación con el alcance del derecho y con el beneficio pretendido.   |
| iii. No discriminación            | c. Son distinciones fundadas en razones que se deberían tratar con mayor seriedad.  |
| iv. Discriminación <i>de jure</i> | d. Es el sentido positivo del derecho y tiene como objetivo garantizar que todas las personas sean iguales en su goce y ejercicio.  |
| v. Categorías sospechosas         | e. Se basa en la idea de que la ley debe aplicarse de forma similar a todas las personas con independencia de sus características. Se vincula estrechamente con la idea de igualdad ante los tribunales, y también con el principio de legalidad, en el sentido de que la interferencia del Estado en las libertades individuales puede realizarse únicamente a través de una <i>ley general</i> que debe ser aplicada a todos por igual. |

I	II	III	IV	V

## Ejercicio 2

A continuación se plantean tres casos hipotéticos. Determine si existe o no discriminación en éstos. Cuando corresponda, recomiende las medidas adecuadas de reparación utilizando el *test de igualdad tradicional* y el *test de igualdad estructural*.

### Caso I.

Juana es débil visual. Con base en el programa de inclusión, asiste a una escuela primaria pública. Este año las autoridades de la escuela, alegando carencia de recursos, omitieron dotar a Juana de materiales en *braille* o soportes auditivos para que pueda cumplir con los objetivos de la enseñanza.

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

### Caso II.

El Gobierno del Distrito Federal ha emitido una política en materia de empleo que determina que, en un periodo de dos años, las mujeres que cumplan los requisitos mínimos del puesto serán preferidas para ocupar las vacantes disponibles en el gobierno, por sobre sus colegas hombres. Los hombres ocuparán sólo aquellas vacantes en que mujeres no se hayan presentado al concurso.

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

*Caso III.*

Una empresa privada que se dedica a la organización de eventos ha sido denunciada por incluir en sus políticas laborales un código de vestimenta que prohíbe explícitamente a sus empleados hombres vestirse de mujer durante las jornadas laborales.

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



## AUTOEVALUACIÓN

### 1. La igualdad y no discriminación son conceptos:

- a) Subordinados.
- b) Contradictorios.
- c) Complementarios.
- d) Desasociados.

### 2. Se dice que la igualdad y no discriminación constituyen un principio que subyace sobre el resto de los derechos humanos, por lo que:

- a) Debe subordinarse siempre a cualquier otro derecho humano.
- b) Todo derecho debe ser ejercido en condiciones de igualdad y no discriminación.
- c) Es jerárquicamente superior a todo derecho con excepción a los derechos a la vida, la libertad, la propiedad, el voto y la integridad personal.
- d) Todo derecho puede ser interpretado en condiciones de diferencia y desigualdad.

### 3. La \_\_\_\_\_ revela un carácter remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo ante los fenómenos históricos de segregación y marginación; a partir de ésta se pretende lograr una igualdad *de facto*.

- a) Igualdad formal.
- b) Igualdad de *jure*.
- c) Igualdad sustantiva.
- d) Igualdad sistemática.

### 4. Relacione las siguientes columnas.

- |                              |  |
|------------------------------|--|
| i. Fórmula subordinada       | a. Se presenta cuando la norma explícitamente hace una distinción no justificada.  |
| ii. Fórmula autónoma         | b. Esta forma de reconocer el derecho a la igualdad y no discriminación no tiene que estar relacionada a ningún otro derecho del tratado internacional en cuestión.  |
| iii. Discriminación directa  | c. Se presenta cuando una norma, política pública o programa es aparentemente neutral pero sus consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo social; es decir, cuando su vigencia o aplicación provoca un impacto diferenciado, generando distinciones, restricciones o exclusiones no previstas de forma directa por la ley, política pública o programa, en virtud de las diversas posiciones que las personas ocupan en el orden social. |
| iv. Discriminación indirecta | d. Esta forma de reconocer el derecho a la igualdad y no discriminación está ligada únicamente a los derechos reconocidos en el tratado internacional en cuestión.   |

- a) I-A, II-D, III-B y IV-C.
- b) I-B, II-D, III-B y IV-C.
- c) I-C, II-A, III-D y IV-B.
- d) I-D, II-B, III-A y IV-C.

**5. Indique con verdadero o falso, según corresponda, cuáles son los elementos *prima facie* para analizar si existe una discriminación con significado jurídico.**

- I. Se comete un acto o se incurre en una omisión que distingue, excluye u otorga un trato diferente a una persona o a un grupo de personas.
- II. Esta distinción, exclusión o trato diferenciado está motivado en una condición específica de la persona como el sexo, el género, la raza, el origen social, la preferencia sexual u otras condiciones sociales.
- III. Que las medidas tiendan a reducir las brechas de desigualdad.
- IV. El resultado de dicho acto u omisión sea la limitación o negación de alguno de los derechos fundamentales de las personas.

- a) I-F, II-V, III-F y IV-F.
- b) I-V, II-V, III-F y IV-V.
- c) I-F, II-V, III-V y IV-V.
- d) I-V, II-V, III-V y IV-V.

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

- a) La igualdad de oportunidades.
- b) La discriminación.
- c) La acción afirmativa.
- d) El trato diferenciado.

**7. De las siguientes opciones señale cuáles corresponden a categorías sospechosas desde el punto de vista de la discriminación estructural.**

- a) Preferencia sexual, raza, color de ojos, tipo de automóvil.
- b) Orientación sexual, identidad sexo-genérica, discapacidad.
- c) Ser mujer, ser homosexual, ser una persona con discapacidad, ser persona indígena.
- d) Estatus socioeconómico, género, pertenencia étnica.

8. Existe \_\_\_\_\_ cuando el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática, históricamente determinada.
- a) Discriminación estructural.
  - b) Justicia social.
  - c) Igualdad de oportunidades.
  - d) Discriminación positiva.
9. Busca establecer qué distinciones son justificables.
- a) Test de igualdad.
  - b) Test de políticas públicas.
  - c) Test estructural.
  - d) Test emocional.
10. Se dice que el contexto social adverso que enfrentan las personas pertenecientes a grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos, puede ser producto de condiciones I \_\_\_\_\_ –como la carencia de recursos o de interlocución real frente al gobierno– o de II \_\_\_\_\_, producidas por la ausencia en el discurso social dominante de las concepciones, necesidades o aspiraciones de un grupo en situación de opresión o históricamente desaventajado.
- a) I. fácticas de igualdad y II. condiciones simbólicas de desigualdad.
  - b) I. simbólicas de desigualdad y II. condiciones fácticas de desigualdad.
  - c) I. simbólicas de oportunidad y II. condiciones fácticas de desigualdad.
  - d) I. fácticas de desigualdad y II. condiciones simbólicas de desigualdad.

## CLAVE DE RESPUESTAS

1	c
2	b
3	c
4	d
5	b
6	b
7	c
8	a
9	a
10	d



*Fase de actualización permanente.*  
*Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad*  
*sustancial y la no discriminación*  
se terminó de editar en septiembre de 2011.  
Para su composición se utilizaron los tipos  
Futura y Rotis Sans Serif.

En el marco del Programa de Derechos Humanos y Medio Ambiente  
y comprometida con la ecología y el cuidado del planeta,  
la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal  
edita este material en versión electrónica para  
reducir el consumo de recursos naturales, la generación  
de residuos y los problemas de contaminación.

**COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
DEL DISTRITO FEDERAL**

**Oficina sede**

Av. Universidad 1449,  
col. Florida, pueblo de Axotla,  
del. Álvaro Obregón,  
01030 México, D. F.  
Tel.: 5229 5600

**Unidades desconcentradas**

**Norte**

Payta 632  
col. Lindavista,  
07300 México, D. F.  
Tel.: 5229 5600, ext.: 1756

**Sur**

Av. Prol. Div. del Norte 5662,  
Local B, Barrio San Marcos,  
del. Xochimilco,  
16090 México, D. F.  
Tel.: 1509 0267

**Oriente**

Cauhtémoc 6, 3<sup>er</sup> piso,  
esquina con Ermita,  
Barrio San Pablo,  
del. Iztapalapa,  
09000 México, D. F.  
Tels.: 5686 1540, 5686 1230  
y 5686 2087

**Poniente**

Tel.: 5229 5600, ext.: 1753

**Centro de Consulta y Documentación**

Av. Universidad 1449,  
edificio B, planta baja,  
col. Florida, pueblo de Axotla,  
del. Álvaro Obregón,  
01030 México, D. F.  
Tel.: 5229 5600, ext.: 1818

[www.cd hdf.org.mx](http://www.cd hdf.org.mx)

