

Comentario legislativo

Comentario a la modificación legislativa de medidas de nivelación, inclusión y acciones afirmativas en México

Mireya Castañeda Hernández*

Introducción

La protección y garantía de los derechos a la igualdad y la prohibición de la discriminación se consideran de la mayor importancia al permitir la realización de otros derechos humanos. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone en su párrafo quinto, la prohibición de la discriminación y la enunciación de 11 motivos prohibidos de discriminación. La incorporación original de este párrafo, en 2001,¹ generó legislación específica en materia de discriminación, así como en materia de protección de las personas con discapacidad.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (en adelante LFPED) fue publicada en 2003,² desde entonces sólo había tenido cuatro modificaciones en algunos artículos.³ Fue a comienzos de 2014, cuando tuvo una reforma con cambios sustanciales que se ha considerado oportuno abordar en esta ocasión, entre ellas, en el artículo primero se incorporaron ciertas definiciones, como la de “Discriminación” que originalmente se ubicaba en el artículo 4,⁴ para quedar en los siguientes términos:

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 14 de agosto de 2001.

² *Diario Oficial* de la Federación del 11 de junio de 2003.

³ Mediante decretos publicados en el *Diario Oficial* de la Federación los días 27 de noviembre de 2007, 7 de junio de 2013, los artículos 9 y 10; del 12 de junio de 2013, el artículo 4, y del 24 de diciembre de 2013.

⁴ Artículo 4. Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Comentario legislativo

Mireya Castañeda Hernández

178

III. Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia;⁵

Con esta definición se incorporaron, en comparación con lo establecido en el texto original de 2003 del artículo 4, 13 motivos prohibidos de discriminación o categorías prohibidas o sospechosas; además de considerar como discriminación la homofobia, misoginia, segregación y discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia, lo cual apunta a una legislación federal más protectora, aunque en esta materia la legislación de Distrito Federal contemple otros 11 motivos prohibidos más.⁶ Sin duda, el tema es de gran interés, pero su sola enunciación resulta insuficiente si no van acompañados de medidas que contribuyan a la igualdad entre las personas, en este rubro, cobra relevancia el tema que tiene como objeto central el presente comentario.

De las modificaciones a la LFPED, de 2014, se pretende analizar en esta ocasión la modificación de las “medidas positivas y compensatorias” por un concepto más amplio de “medidas de igualdad”, en donde se abordan las “medidas de nivelación e inclusión” y las “acciones afirmativas”. Lo anterior, guarda una estrecha relación con la modificación constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y con la incorporación de normas de derecho internacional de los derechos humanos, como se dará cuenta en la siguiente sección. Su importancia radica en que estas medidas tienen como finalidad contribuir en el avance y materialización de los derechos a la igualdad y la no discriminación. Por otro lado, también se considera pertinente abordar la incorporación de medidas de reparación y la unificación en el procedimiento para particulares con el de servidores públicos por actos de discriminación, temas que por sí mismos pueden originar estudios específicos de relevancia nacional, pero que por su trascendencia y como parte de las modificacio-

⁵ Énfasis añadido que precisa las incorporaciones.

⁶ Ley para prevenir y eliminar la discriminación del Distrito Federal, en su artículo 5, contempla además: la identidad indígena, la expresión de rol de género, las opiniones académicas, las opiniones filosóficas, la orientación sexual, por su forma de pensar, por su forma vestir, por su forma actuar, por su forma gesticular, por tener tatuajes, por tener perforaciones corporales.

nes a la LFPED, de 2014, se incluye una breve mención, acorde con la naturaleza del presente comentario.

I. La incorporación de medidas de igualdad: de nivelación e inclusión y acciones afirmativas

El texto original de la LFPED, en su capítulo III intitulado “*Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades*” estaba integrado por los artículos 10 a 15, destinados a medidas para la protección de las mujeres, las niñas y los niños, las personas mayores de 60 años, las personas con discapacidad y la población indígena. Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de marzo de 2014, se derogaron dichos numerales y se incorporaron ocho artículos, del 15 Bis a al 15 Novenus, en el capítulo IV denominado “*De las medidas de nivelación, medidas de inclusión y acciones afirmativas*”. Como se precisó en el proceso legislativo, “todas las medidas antidiscriminatorias son de ‘igualación’ porque buscan igualar la situación de las personas discriminadas con aquellas que no lo están”,⁷ de ello se desprende que son medidas de igualación las de inclusión, nivelación y acciones afirmativas. El artículo 15 Bis, en su segundo párrafo señala sobre estas medidas: “La adopción de estas medidas forma parte de la perspectiva antidiscriminatoria, la cual debe ser incorporada de manera transversal y progresiva en el quehacer público, y de manera particular en el *diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas que lleven a cabo cada uno de los poderes públicos federales*”.⁸

Las medidas de nivelación, son definidas por la Ley como, aquellas que buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la *igualdad real* de oportunidades y contempla como medidas en el numeral 15 Quatér, los ajustes razonables y el diseño universal, cuyas definiciones incluyeron en el artículo 1 de la ley en los siguientes términos:

I. *Ajustes razonables*: Las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en la infraestructura y los servicios, que al realizarlas *no impongan una carga desproporcionada o afecten derechos de terceros, que se aplican cuando se requieran en un caso particular*, para garantizar que las personas gocen o ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones con las demás;

[...]

⁷ Dictamen de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos, del 3 de diciembre de 2013, p. 19.

⁸ Énfasis añadido.

Comentario legislativo

Mireya Castañeda Hernández

180

IV. *Diseño universal*: Se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que *puedan utilizar todas las personas*, en la mayor medida posible, *sin necesidad de adaptación ni diseño especializado*;⁹

Al respecto, sin duda, se puede hacer referencia a la armonización legislativa incorporado de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 2 contiene dichas definiciones.

Como medidas de nivelación se incluye también el uso de intérpretes de lengua de señas y el uso de intérpretes y traductores de lenguas indígenas. En el mismo sentido, se puede indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dos de las sentencias en contra del Estado mexicano abordó el tema de intérpretes de personas indígenas.¹⁰ En el *Caso Rosendo Cantú. vs. México*,¹¹ determinó que:

185. La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú *no contó con un intérprete* provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial, ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia. Para poder poner en conocimiento de las autoridades el delito que la había afectado y acceder a información debió recurrir a su esposo que hablaba español. Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, *la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia*. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.¹²

Una característica que se puede destacar de las medidas de nivelación es que tienen una *naturaleza de carácter permanente* que rebasa el concepto de acciones afirmativas de “carácter temporal”. La temporalidad en las acciones afirmativas atiende a que una vez que se alcance la

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, y Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C no. 216.

¹¹ *Op. ult. cit.*

¹² Énfasis añadido.

paridad o se refleje la igualdad terminan porque han alcanzado su cometido;¹³ en tanto, las medidas de nivelación se dirigen a atender necesidades de ciertos grupos que no están sujetas a una temporalidad, como en el caso de las personas con discapacidad o de las personas que hablan alguna lengua indígena, recordando también la obligación de proteger el derecho a preservar y enriquecer sus lenguas, previsto en el artículo 2o. de la Constitución Política Federal. La LFPED contempla también la creación de licencias de paternidad, estrechamente relacionado con la igualdad de géneros, si bien, en el contexto actual son poco comunes, podríamos recordar el establecimiento de las licencias de maternidad, que han alcanzado una protección legal y ampliamente real en el actual contexto, con un carácter permanente.

Por otro lado, se incorporaron también las medidas de nivelación a la LFPED. En un principio, se había planteado el término “medidas de igualación”, pero se modificó a “medidas de nivelación”, en virtud “de que el primer término puede llegar a confundir el género con la especie, es decir, todas las medidas antidiscriminatorias son de ‘igualación’ porque buscan igualar la situación de las personas discriminadas con aquellas que no lo están”.¹⁴ Las medidas de nivelación, conforme con la definición que establece la ley son de carácter *preventivo* y *correctivo*, entre ellas destacan, según lo previsto en su artículo 15 Sextus, la sensibilización, capacitación, educación; así como el diseño, instrumentación y evaluación de políticas públicas. Al respecto, es preciso tener presente que el artículo 1o. constitucional en su tercer párrafo establece como obligaciones de toda autoridad la promoción de los derechos humanos y de prevenir su conculcación, lo anterior, no sólo debe ir encaminado a las autoridades, sino a la población en general.

Asimismo, se refiere a las “acciones afirmativas” como medidas específicas y de *carácter temporal* en favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad, aplicables mientras subsistan dichas situaciones, entre ellas, se dispone:

Artículo 15 Octavus. Las acciones afirmativas podrán incluir, entre otras, las medidas para favorecer el acceso, permanencia y promoción de personas pertenecientes a grupos en situación de discriminación y subrepresentados, en espacios educativos, laborales y cargos de elección popular a través del establecimiento de porcentajes o cuotas.

Las acciones afirmativas serán prioritariamente aplicables hacia personas pertenecientes a los pueblos indígenas, afro descendientes, mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores.¹⁵

¹³ Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, Conapred / UNAM, 2007, p. 311.

¹⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Derechos Humanos, *op. cit.*, *supra* nota 7, p. 19.

¹⁵ Énfasis añadido.

Comentario legislativo

Mireya Castañeda Hernández

182

Las acciones afirmativas, dentro de las medidas de igualdad, son las que hasta el momento han ocupado un mayor número de estudios,¹⁶ aunque exista una estrecha vinculación entre los tres tipos de medidas de igualdad. Michel Rosenfeld¹⁷ se refiere a las cuotas con distribuciones particulares de empleos u oportunidades, que pueden requerir un número o porcentaje fijo a los miembros de cierto grupo, previamente infrarrepresentado.

En México, la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicada en 2014,¹⁸ entre otras disposiciones, en su artículo 232 precisa que las fórmulas de candidatos, compuestas por propietario y suplente, serán del mismo género y se promoverá y garantizará la paridad entre géneros; asimismo, prevé que las autoridades competentes, tienen la facultad de rechazar el registro del número de candidaturas de un género que exceda la paridad. La legislación en esta materia ha tenido una interesante evolución; no obstante, los retos aún continúan, un ejemplo son los derechos de las personas trans e intersex que plantean la posibilidad de decidir sobre su propia identidad de género y que el Estado la reconozca;¹⁹ en el mismo sentido, también es importante el avance en otros grupos infrarrepresentados, como la población indígena. Por otro lado, la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, entre otras disposiciones, en su artículo 11, respecto del Consejo de la Comisión, señala que “en ningún caso, la integración del Consejo excederá del 60% de personas del mismo sexo”. Lo anterior, como ejemplo de acciones afirmativas, encaminadas a alcanzar la igualdad. En Estados Unidos, diversas sentencias han abordado las *affirmative actions*, en donde se han discutido diversos tópicos, entre ellos la pertinencia de porcentajes fijos o “cuotas rígidas”.²⁰

Al respecto, se puede observar un avance en las medidas establecidas en la LFPED, en favor del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación. No obstante, los retos para su implementación son arduos e implican a las diversas autoridades en el ámbito de sus competencias.

¹⁶ Vid., M. Santiago Juárez, coord., *Acciones afirmativas*. México, Conapred, 2011; Laura Lizette Aragón Castro, *Alcances y límites de las acciones afirmativas a favor de las mujeres en los órganos electorales*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011; M. Santiago Juárez, *op. cit.*, *supra* nota 12; Nuria González Martín, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Carlos de la Torre Martínez, coord., *Derecho a la no discriminación*. México, UNAM / Conapred / CDHDF, 2006.

¹⁷ Michel Rosenfeld, “Conceptos clave y delimitación del ámbito de análisis de las acciones afirmativas”, en *op. cit.*, *supra* nota 16, pp. 57-58.

¹⁸ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 23 de mayo de 2014.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género*. México, SCJN, 2014, p. 51.

²⁰ M. Santiago Juárez, *op. cit.*, *supra* nota 13, p. 309.

II. Otras incorporaciones relevantes

Las modificaciones a la LFPED publicadas en el *Diario Oficial* de la Federación el 20 de marzo de 2014, incorporaron diversos elementos cuyo análisis supera el propósito del presente comentario, pero se considera oportuno, por su trascendencia, abordar en los siguientes apartados dos temáticas.

1. Incorporación de medidas de reparación

Entre las demás modificaciones que tuvo la LFPED en el 2014, se considera de gran relevancia la incorporación relativa a medidas de reparación, que había sido uno de los elementos de los que carecía esta legislación. Las modificaciones incorporaron el siguiente numeral:

Artículo 83 Bis.- El Consejo podrá imponer las siguientes medidas de reparación:

- I. Restitución del derecho conculcado por el acto, omisión o práctica social discriminatoria;
- II. Compensación por el daño ocasionado;
- III. Amonestación pública;
- IV. Disculpa pública o privada, y
- V. Garantía de no repetición del acto, omisión, o práctica social discriminatoria.

El derecho internacional de los derechos humanos ha nutrido el ordenamiento interno en la materia, en este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, había señalado, desde 2003, que la LFPED, carecía de sanciones que obligaran su obediencia y cumplimiento.²¹ Christian Courtis,²² también había destacado como un área susceptible de mayor desarrollo y tal vez la más importante, era la ausencia de definición de los medios para hacer cumplir la ley, incluyendo el establecimiento de sanciones.

En 2005, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, que contemplan en su numeral IX. 18 la restitución, indemni-

²¹ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. 2003, p. 161.

²² Christian Courtis, “Discapacidad y discriminación: los desafíos de la inclusión social”, (mimeo). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005, citado por Miguel Székely, *Un nuevo rostro en el espejo: percepciones sobre la discriminación y la cohesión social en México*. Santiago de Chile, CEPAL, 2006, p. 36.

Comentario legislativo

Mireya Castañeda Hernández

184

zación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Las medidas de reparación han sido aplicadas por los órganos del Sistema Interamericano cuando se ha determinado responsabilidad internacional de los Estados. La Corte Interamericana se ha caracterizado y distinguido por ello de su homólogo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el tema se han realizado valiosos escritos como uno de los libros de quien fuera juez y Presidente del tribunal interamericano, el doctor Sergio García Ramírez,²³ así como por especialistas que también han trabajado de forma directa el tema.²⁴

En 2013,²⁵ se incorporó a la legislación mexicana la Ley General de Víctimas (LGV), que entre otros elementos incluye en su capítulo VI las medidas de reparación de: restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición. Es en este contexto que podemos ubicar la modificación a la LFPED, que contempla, conforme con el numeral citado al comienzo del presente apartado: medidas de restitución, medidas de amonestación, medidas de disculpa pública, que pueden identificarse con la clasificación de medidas de satisfacción, medidas de no repetición y medidas de compensación, como también contempla la LGV.

2. La unidad en el procedimiento respecto a particulares

El texto original de la LFPED,²⁶ disponía en su capítulo V “De los procedimientos” un mecanismo para reclamaciones presentadas por actos discriminatorios de servidores públicos y un procedimiento conciliatorio entre particulares. El contemplar la conciliación por conductas de particulares, constituía ya un avance muy importante en cuanto a la protección del derecho humano a la prohibición de discriminación, lo cual fue fortalecido con las modificaciones incorporadas en 2014. El capítulo V se intitula “Del procedimiento de queja”, y dispone: “Artículo 43. El Consejo conocerá de las quejas por los presuntos *actos, omisiones o prácticas sociales discriminatorias* a que se refiere esta ley, *atribuidas a particulares, personas físicas o morales, así como a personas servidoras públicas federales, y a los poderes públicos federales*, e impondrá en su caso las medidas administrativas y de reparación que esta Ley previene.”²⁷

²³ Sergio García Ramírez, y Marcela Benavides Hernández, *Reparaciones por violación de derechos humanos. Jurisprudencia interamericana*. México, Porrúa, 2014.

²⁴ Jorge F. Calderón Gamboa, *La evolución de la “reparación integral” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, CNDH, 2013.

²⁵ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 9 de enero de 2013.

²⁶ Publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 11 de junio de 2003.

²⁷ Énfasis añadido.

De esta forma, contempla un solo procedimiento para conocer de actos, omisiones o prácticas discriminatorias, tanto para autoridades, como para particulares, si bien, infortunadamente la discriminación por particulares es una problemática que aún persiste en distintos países,²⁸ se considera un paso importante el avance en su protección y reparación.

III. Consideraciones finales

El análisis de las modificaciones a la LFPED se consideró oportuno por aportar elementos importantes en materia de los derechos a la igualdad y no discriminación, derechos “llave” al permitir el respeto y protección del resto de derechos humanos.

La enunciación de motivos prohibidos de discriminación o categorías sospechosas o prohibidas, son un paso importante que puede contribuir a la visibilización de problemáticas a atender, recordando también, por un lado, la prohibición general en contra de la discriminación y que se trata de cláusulas abiertas, como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia.²⁹ No obstante, para poder atender aquellos motivos que histórica y estructuralmente han sido objeto de discriminación, es necesaria la toma de medidas específicas, es en este punto en donde las “medidas de igualdad” cobran especial valor, siendo ellas uno de los elementos modificados en 2014 y sobre los que se consideró pertinente centrar primordialmente el presente comentario.

De las nombradas “medidas positivas y compensatorias” se modificaron e incorporaron las medidas de nivelación, las medidas de inclusión y las acciones afirmativas. Uno de los principales aspectos lo podemos observar en las “medidas de nivelación”, en donde, se recibieron conceptos del derecho internacional de los derechos humanos, en particular, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas. En este sentido se ha dado un paso importante y progresivo respecto de las acciones afirmativas, cuya característica es su temporalidad, en tanto se alcance la igualdad real de las personas a las que son dirigidas, en comparación, las medidas de nivelación están dirigidas a la atención de ciertas necesidades permanentes o que no se puede ligar su establecimiento a una superación temporal.

²⁸ *Vid.*, Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C no. 239.

²⁹ *Idem.*

Comentario legislativo

Mireya Castañeda Hernández

186

Por otro lado, como contempla el artículo 1o. constitucional, entre las obligaciones que tienen todas las autoridades se encuentran la promoción de los derechos humanos y la prevención de su violación, en este rubro podemos ubicar las nombradas “medidas de inclusión” que se incorporaron a la LFPED. La educación, sensibilización y capacitación tanto a servidores públicos, como a la sociedad en general necesariamente estará ligada a la evolución como sociedades más respetuosas de los derechos humanos, así como al reconocimiento y respeto de las diferencias de todas las personas. Finalmente, las acciones afirmativas, que han tenido una trayectoria más larga y un mayor estudio a nivel nacional, con principales avances normativos en el ámbito electoral en cuanto a la paridad de géneros, como indica la legislación respectiva, pero quedando pendientes la atención a otros grupos, incluso también en cuestión del reconocimiento de su género. Sin más se puede concluir que las modificaciones que se comentan en esta ocasión representan cambios positivos y en progreso de los derechos humanos cuyos avances bien vale la pena seguir de cerca en el ámbito nacional.