

¿Qué puede hacer la Constitución a favor de los grupos vulnerables?*

What can the Constitution do in favor of minorities?

Miguel Carbonell**

RESUMEN

El presente artículo analiza algunas de las formas de discriminación que vulneran el principio de igualdad y que atentan contra la dignidad humana y los derechos humanos. Este ensayo valora la posibilidad de reforzar la proyección de la norma constitucional a favor de los grupos vulnerables; aun cuando en la Constitución mexicana ya se haya incorporado un párrafo que atiende este tema. No obstante, se busca incorporar pronunciamientos literales en contra de la discriminación en materia lingüística, xenofóbica, preferencias sexuales, etcétera.

PALABRAS CLAVE: *Constitución y grupos vulnerables, Constitución y principios de no discriminación.*

ABSTRACT

This article analyzes some of the ways discrimination makes the principle of equality vulnerable and harms human dignity and human rights. This essay evaluates the possibility of reinforcing the perception of the constitutional norm in favor of minority groups; even though the Mexican Constitution has incorporated an addition of an article that relates to this subject. However, it is sought to incorporate literal statements against discrimination in several areas; in linguistic, areas, xenophobia, sexual preferences, etc.

KEY WORDS: *Constitution and minority groups, the Constitution and non-discriminatory principles.*

* Recibido: 2 de septiembre de 2010. Aceptado: 17 de septiembre de 2010.

** Coordinador del área de investigación de Derecho Constitucional en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (carbonel@servidor.unam.mx).

Sumario

1. Cuestiones generales
2. No discriminación en materia lingüística
3. No discriminación por xenofobia
4. No discriminación por preferencias sexuales
5. No discriminación genética
6. Conclusión

1. Cuestiones generales

La mejor protección que pueden recibir los grupos vulnerables por parte del derecho consiste en resguardarlos frente a toda conducta discriminatoria.¹ Esto se logra de varias maneras, pero quizá la más importante sea a través del establecimiento del principio de igualdad, de la forma más amplia (universal incluso) que sea posible.

Como se sabe, una de las expresiones más conocidas del principio de igualdad en los textos constitucionales consiste precisamente en la prohibición de discriminar, es decir, de tratar de forma diferente a dos o más personas con base en algún criterio que se juzgue no razonable. Lo más común es que las Constituciones y los tratados internacionales en la materia enuncien una serie de rasgos que no pueden ser utilizados para efecto de tratar de forma diferente a las personas. También suele ser frecuente que tales enunciaciones se dejen abiertas, pues el marcado pluralismo que puede tener el trato desigual injustificado aconseja permitir un espacio de creatividad para el intérprete constitucional en este punto.

Es con la reforma del 14 de agosto de 2001 cuando se incorpora en la Constitución mexicana un tercer párrafo a su artículo 1o. para establecer el principio de no discriminación, en los siguientes términos (de acuerdo con una reforma posterior que sustituyó el concepto de “discapacidades” por el de “capacidades diferentes”):

Queda prohibida 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, el estado civil o cualquier otra que atente

¹ Estimo más adecuado utilizar el concepto de grupo vulnerable y no el de minoría o algún otro parecido, en virtud de dos circunstancias: *a)* para evitar el sesgo peyorativo o minusvalorador que tiene la palabra “minoría” en el lenguaje coloquial mexicano, y *b)* porque hay grupos vulnerables que, al menos desde un punto de vista numérico, no son minorías, sino mayorías (es el caso de las mujeres, para poner el ejemplo más evidente), de modo que la palabra no se estaría utilizando correctamente.

contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Su introducción en el texto constitucional debe juzgarse como muy positiva. Se trata de una de las reformas más importantes de las últimas décadas y su potencial de movilización en favor de los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables de la sociedad mexicana puede llegar a tener importantes dimensiones. Esto no quiere decir, sin embargo, que no se trate de un texto mejorable y que no se le deban agregar, en consecuencia, cuestiones que actualmente no prevé, o enunciar de mejor forma otras que sí establece.

Cláusulas como la que contiene el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución mexicana son muy comunes tanto en el derecho constitucional de otros países como en el derecho internacional de los derechos humanos. Por citar solamente dos ejemplos podemos recordar que el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone que:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (véase también el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966).

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece sobre nuestro tema lo siguiente:

Artículo 21. Igualdad y no discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. No discriminación en materia lingüística

Si tomamos en cuenta estos y otros ejemplos de derecho comparado que podrían citarse,² veremos que la lista de rasgos con base en los cuales no puede tratarse

² Una lista más o menos amplia de las cláusulas de igualdad y no discriminación puede verse en los cuadros contenidos en CARBONELL, MIGUEL, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 141-152.

de forma diferente a dos o más personas es incompleta, y que, en consecuencia, sería positivo agregar nuevos rasgos prohibidos o incluso precisar alguno de los actuales que puede presentar cierta ambigüedad.

Entre los rasgos que se podrían agregar puede mencionarse la lengua. La protección frente a discriminaciones lingüísticas es una de las más importantes desde varios puntos de vista. Por un lado, parece de una evidente y manifiesta injusticia el tratar diferente a dos o más personas solamente con base en el idioma que hablan (y lo mismo sucede cuando se impide a una persona disfrutar de un derecho fundamental por esa razón). La protección contra discriminaciones por razón de lengua es importante en el caso mexicano, si tomamos en cuenta que un porcentaje de la población del país es, cuando menos, plurilingüe, es decir, que no todos los que habitan en el país tienen un idioma común. Por otro lado, la protección frente a discriminaciones lingüísticas serviría para evitar tratos injustificados a nacionales de otros países que se encuentren en territorio mexicano y que no conocen el español.³

La propuesta de incluir la prohibición de discriminar por razón de lengua es congruente con lo que dispone la fracción IV del apartado A del artículo 2o. de la Constitución mexicana. Dicha fracción reconoce como un derecho de autonomía de los pueblos y comunidades indígenas de México el de “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”.

La prohibición de discriminar por razón de lengua se encuentra en la Constitución alemana (artículo 3o.), la de Finlandia (artículo 5o.), la de Italia (artículo 3o.), la de Portugal (artículo 13), la de Bolivia (artículo 6o.), la de Colombia (artículo 6o.), la de Ecuador (artículo 23), la de Nicaragua (artículo 27) y la de Perú (artículo 2o.), entre otras.

Algunos textos constitucionales no se limitan a proteger los derechos lingüísticos mediante un mandato de no discriminación, sino que abundan sobre el importante aspecto de la cooficialidad lingüística, es decir, sobre el reconocimiento de lenguas distintas a la que habla la mayoría de la población como lenguas oficiales.⁴ Al respecto puede citarse el caso de Colombia, cuya Constitución señala en el artículo 10 que “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”.

³ Para la fundamentación teórica de los “derechos lingüísticos” y sus consecuencias véase KYMLICKA, WILL y PATTEN, ALAN (comps.), *Language rights and political theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁴ Una visión general muy amplia sobre el tema se encuentra en VALADÉS, DIEGO, *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*, México, Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

Otra regulación interesante se encuentra en el artículo 6 de la Constitución italiana, que ordena lo siguiente: “La República protegerá mediante normas adecuadas a las minorías lingüísticas”.

A diferencia del poder reformador de la Constitución, el legislador ordinario mexicano sí alcanzó a observar la indebida omisión de la lengua en el listado del artículo 1, párrafo tercero, constitucional, y la corrigió en parte al incluir su protección en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD, en lo sucesivo).

La no discriminación en materia lingüística sería muy importante para mejorar la protección jurídica en favor de nuestros pueblos indígenas.

3. No discriminación por xenofobia

Además de la cuestión lingüística se podría agregar al listado del artículo 1o. la prohibición de la xenofobia, como ya lo hace el segundo párrafo del artículo 4o. de la LD.⁵ La inclusión en el artículo 1o. constitucional de la prohibición de discriminar por cuestiones xenofóbicas no es una idea solamente teórica, sino que es una respuesta práctica a una realidad muy grave y preocupante. Según lo acredita la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México,⁶ existen en México sentimientos, percepciones y actitudes bastante generalizadas que son claramente discriminatorias hacia los extranjeros, al grado que no es exagerado suponer que los no nacionales se encuentran dentro de los grupos sociales más discriminados en México, junto a las personas homosexuales, a las mujeres, a los indígenas y a las personas con discapacidad.

Dentro de la encuesta mencionada se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranjero, y el 42% contestó que no; ese porcentaje solamente es superado en el caso de los homosexuales (48%).

⁵ En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la “Declaración y programa de acción de Viena”, dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que “El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durbán, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durbán pueden consultarse en CARBONELL, MIGUEL *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

⁶ La Encuesta ha sido publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en junio de 2005. También puede ser consultada en la página web de la Secretaría (www.sedesol.gob.mx).

Esto nos indica la pertinencia de incluir una mención constitucional sobre la xenofobia. Además de elevar a rango constitucional una tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, esta propuesta tendría evidentes consecuencias sobre la legislación ordinaria, que sigue manteniendo inaceptables distinciones (discriminaciones, mejor dicho) en contra de los no-nacionales. La legislación mexicana en materia de migración y naturalización no superaría el más mínimo estándar antidiscriminatorio internacional; es seguro que si dicha legislación existiera por ejemplo en los Estados Unidos, el gobierno mexicano ya habría promovido diversas quejas diplomáticas.

Una proyección del sesgo xenofóbico del ordenamiento jurídico mexicano se encuentra en el artículo 33 constitucional, que también debería ser objeto de una reforma en profundidad (o incluso de una derogación sin más).

4. No discriminación por preferencias sexuales

Además de la prohibición de discriminar por razón de lengua o por xenofobia, también sería útil precisar el concepto de “preferencias” que se encuentra actualmente en el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional. Aunque haciendo un sencillo ejercicio interpretativo podemos concluir que en realidad la Constitución se refiere a las preferencias *sexuales*, no estaría de más hacer la puntualización para ofrecer mayor claridad a todos los lectores de la carta magna.

El tema de la protección frente a la discriminación por motivos de preferencia sexual es especialmente importante también por razones no solamente teóricas sino sobre todo prácticas. La sociedad mexicana, según lo acredita la Encuesta Nacional sobre Discriminación que ya hemos citado, es profundamente discriminadora hacia las personas que tienen una orientación sexual distinta de la heterosexual. Esto se refleja en actitudes y conductas sociales muy diversas (incluso en los estereotipos que suelen repetir inopinadamente los medios de comunicación acerca de los homosexuales), algunas de las cuales han sido prohibidas por la LD en el artículo 9o. (véanse por ejemplo sus fracciones II, XV, XXIII, XXVII y XXVIII).

La prohibición de discriminar por razón de preferencia sexual debe ser la punta de lanza para alcanzar una plena equiparación entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. Dicha equiparación podría deducirse actualmente de diversos compromisos internacionales que han sido firmados por el Estado mexicano, y quizá también del párrafo primero del artículo 4o. constitucional, interpretado conjuntamente con la prohibición de discriminar por razón de es-

tado civil, pero serviría de mucho contar con la expresa precisión en el artículo 1o. constitucional.

En el derecho comparado es abundante la información tanto legislativa como jurisprudencial que nos permite tener una visión más amplia de la no discriminación por razón de preferencias sexuales. Por un lado, el criterio de las preferencias sexuales aparece con frecuencia en los listados de características con base en las cuales está prohibido tratar de forma diferente a las personas. Por otro, los tribunales constitucionales de otros países o las cortes internacionales han ido apuntalando criterios interpretativos para evitar ese tipo de discriminación. En Estados Unidos la Suprema Corte había sostenido en 1986 la constitucionalidad de las leyes que sancionaban penalmente las relaciones homosexuales consentidas entre adultos (en el caso *Bowers versus Hardwick*), pero este criterio fue abandonado en junio de 2003, en un caso en el que la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Texas que contenía ese tipo de sanciones para tales conductas (*Lawrence versus Texas*).⁷ Desde 1996, sin embargo, la Corte había aceptado que no pueden existir normas que prohíban tomar medidas a los órganos públicos en favor de las personas homosexuales (en *Romer versus Evans*, donde se discutía la constitucionalidad de una enmienda a la Constitución de Colorado que impedía que cualquier órgano público concediera ningún tipo de derecho especial o ayuda a las personas homosexuales o bisexuales).

En un sentido parecido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido diversas sentencias protegiendo a personas homosexuales. Por ejemplo, en el caso *Salgueiro da Silva* (de 1999), el Tribunal aprecia una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos debido a que a un padre homosexual se le haya negado la custodia de su hija alegando justamente la condición homosexual del padre. En otro caso reconoce el derecho de un homosexual a continuar con el arrendamiento de una vivienda que había compartido con su compañero (caso *Karner*, de 2003).⁸

Las sentencias que se han mencionado sirven para ilustrar los importantes pasos que deben darse para tutelar el principio de no discriminación por razón de orientación o preferencia sexual. En orden a conseguir ese objetivo es que se recomienda incluir en el texto constitucional mexicano la mención expresa y clara de que está prohibido discriminar por razón de preferencias sexuales.

⁷ Sobre el caso *Bowers* véase CARBONELL, MIGUEL, "Bowers versus Hardwick: cuando el derecho entra en la recámara", *Lex. Difusión y Análisis*, México, núm. 119, mayo de 2005, pp. 33-35. Sobre *Lawrence* hay un importante trabajo de Laurence Tribe, "Lawrence v. Texas: the «fundamental right» that dares not speak its name", *Harvard Law Review*, núm. 117, 2004, pp. 1893 y ss.

⁸ Citados en GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Juicio de igualdad y tribunal constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 246.

5. No discriminación genética

El texto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea nos suministra otro criterio interesante para evitar posibles violaciones a la dignidad humana por trato discriminatorio: las cuestiones genéticas. Recordemos que el artículo 21 de la Carta, que ya se ha transcrito, dispone que está prohibido discriminar por “características genéticas”.

Este concepto es muy relevante en la medida en que los avances de la biología y del estudio de la genética humana permiten intromisiones hasta hace poco insospechadas en nuestra intimidad. De hecho, se comienza a observar en diversos ordenamientos nacionales e internacionales la tendencia a regular los avances genéticos no como un mecanismo para impedir el desarrollo de la investigación científica, sino para prevenir que dicho desarrollo pueda conculcar derechos fundamentales y producir nuevos fenómenos de discriminación.

Pensemos por ejemplo en las consecuencias que sobre el ámbito de los derechos fundamentales puede tener la determinación del código genético de una persona, los avances en materia de clonación o el desarrollo que se ha dado en la tecnología para el transplante de órganos. En el ámbito más reducido de la reproducción humana pensemos en las consecuencias que pueden tener las técnicas de fertilización *in vitro*, de congelación de espermatozoides, de inseminación artificial, de diagnóstico prenatal, etcétera.

En algunos textos constitucionales ya se hace referencia a cuestiones genéticas y de medicina reproductiva. Una de las regulaciones más detalladas es la que se contiene en el artículo 119 de la Constitución helvética, que establece lo siguiente:⁹

Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano. 1. Todo ser humano debe ser protegido contra los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. Corresponde a la Confederación legislar sobre el patrimonio germinal y genético humano. A tal respecto vigilará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y respetará en particular los siguientes principios: a) se prohíbe cualquier forma de clonación y de intervención en el patrimonio genético de los gametos y de los embriones humanos; b) el patrimonio genético y germinal no humano no puede ser transferido al patrimonio germinal humano ni fusionado con éste; c) el recurso a los procedimientos de procreación asistida sólo será autorizado cuando no pueda ser excluida de otro modo la esterilidad o el peli-

⁹ ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en VARIOS AUTORES, *El derecho a la vida. Actas de las VIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEP, 2003, pp. 17 y 18.

MIGUEL CARBONELL

gro de transmisión de una enfermedad grave, y no para desarrollar en el niño ciertas características o para fines de investigación; la fecundación de óvulos humanos fuera del cuerpo de la mujer únicamente será permitida en las condiciones establecidas por la ley; únicamente podrán desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión el número de óvulos humanos que pueda ser implantado a la mujer de forma inmediata; d) la donación de embriones y cualquier forma de maternidad por sustitución están prohibidas; e) no se permite el comercio del material germinal humano ni de los productos del embrión; f) el patrimonio genético de una persona únicamente podrá ser analizado, registrado o revelado con el consentimiento de ella o en virtud de una ley; g) todas las personas tendrán acceso a los datos relativos a su ascendencia.

6. Conclusión

Como puede verse, el marco constitucional en contra de la discriminación puede y debe ser todavía mejorado. A partir de los mandatos de la carta magna se deben desarrollar concretos mandatos legislativos y las correspondientes políticas públicas, a fin de tener la capacidad de atender las necesidades y problemas de la población más vulnerable del país.

En las páginas anteriores hemos puesto algunos ejemplos que merecen ser ponderados respecto de grupos vulnerables, como las personas que no hablan la lengua más utilizada en México, las personas extranjeras, las que tienen preferencias sexuales distintas de las mayoritarias o las que corren riesgo de ver vulnerada su identidad genética (en este caso probablemente todos estemos en situación de riesgo de ser discriminados).

Si los grupos vulnerables cuentan con una buena protección constitucional también estarán tutelados frente al derecho penal que se les quiera imponer con base no en sus actos sino en sus características. De ahí la importancia de contar con un marco constitucional moderno, el cual inevitablemente se proyectará al resto del ordenamiento jurídico. ■