

**LA NO DISCRIMINACIÓN COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN EL
DERECHO ACTUAL, EL PARADIGMA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU
NECESARIA ADAPTACIÓN A MÉXICO**

**NOT DISCRIMINATION LIKE A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE CURRENT
RIGHT, THE PARADIGM OF THE EUROPEAN UNION AND HIS
NECESSARY ADJUSTMENT TO MEXICO**



ALMA ROSA GONZÁLEZ RAMÍREZ.¹

OCTAVIO HERRERA PÉREZ.

CARLOS HINOJOSA CANTÚ.

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN.

SUMARIO: 1.-Introducción 2.- Primera Fase a preocupación Internacional por el Principio de no Discriminación y de Igualdad. 3.- Segunda fase. la situación contemporánea. 4.- La Realidad Indígena Mexicana frente al principio de no Discriminación, 5.- Los acuerdos Internacionales Firmados por México (Algunos consejos para acabar con la Discriminación), 6.- El caso de Ciudad Juárez, 7.- La comisión de ciudadanos para estudios contra la Discriminación. 8.- La Representación de mujeres en el Espectro Político Mexicano hacia una mayor igualdad. 9.- Conclusiones. Fecha de recepción: 7 de julio de 2016. Fecha de Aceptación: 18 de Agosto de 2016.

¹ ALMA ROSA GONZALEZ RAMIREZ, Profesor Emérito Unidad Académica de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Tamaulipas CORREO: .almaros_a@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

La lucha contra la discriminación y la exclusión social es parte esencial del proceso de consolidación democrática de una Sociedad, la inactividad en la lucha contra la discriminación a largo plazo conlleva a actos xenófobos y racistas.² El principio de no discriminación e igualdad pertenecen al terreno del *ius cogens* tanto el orden interno como internacional se basan en ellos y son principios fundamentales que impregnan el resto de normas, el hecho de que se encuentren regulados en numerosos instrumentos internacionales es prueba de su Universalidad. Paradójicamente, los controles actuales más férreos de inmigración han tenido un efecto colateral benéfico en el interior de los países con la adopción de medidas antidiscriminatorias.

Los motivos de discriminación que activan una protección internacional son: a) sexo o género;³ b) orientación sexual; c) raza, color de piel, descendencia u origen étnico;⁴ d) nacionalidad; e) edad; f) religión o credo; g) discapacidad; h) Idioma; i) opinión política; j) estatus familiar, marital o parental y puede provenir tanto de agentes privados como públicos.⁵ Sin embargo, y como se apuntó en la sentencia que resolvió el Asunto de los Agricultores Irlandeses “ los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas si no que deben tomarse en

² Véase, Resolución del Consejo sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia 1990 DOCE C 157/1. Acción Común relativa a acciones para combatir el racismo y la xenofobia 1996 DOCE L 185/5. También, la creación del Centro Europeo de Monitorización del Racismo y la Xenofobia con sede en Viena. Reglamento 1035/97 (1997) DOCE L 151.

³ Las estadísticas indican que una mayoría desproporcionada de las personas en situación de pobreza en el mundo, alrededor del 70 % son mujeres.

⁴ Véase, Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial entrada en vigor el 28 de enero de 2001.

⁵ Véase, párrafo 31 del Comentarios General n. 28 del Comité de Derechos Humanos. El artículo 14 de la Constitución Española declara “ todos los españoles son iguales ante ley y no prevalecerá discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social “ Esto se aplica a las actividades del sector público, la última frase se ha entendido cubre la orientación sexual en algunas ocasiones y viene a ser una capa adicional de protección frente a la discriminación laboral, incluyendo el acoso por motivo sexual en el lugar del trabajo. En el sector privado, la Ley No. 8 de 1980 requiere “que, como parte en una relación laboral, el trabajador tendrá derecho: c) a no ser discriminado a la hora de buscar trabajo o tras haberlo encontrado, por motivos de (...) raza, circunstancias sociales, ideas religiosas o políticas. “ Estas disposiciones han sido ampliadas en 1995 con una reforma del Código Penal que prohibía numerosas clases de discriminación

consideración atendiendo a su función dentro de la Sociedad. " ⁶ En cualquier caso, no ha resultado tan fácil llevarlo a un programa de armonización supranacional ⁷ y puede hablarse de una *jerarquía en las normas de igualdad* ⁸ por la cual el derecho a no ser discriminado se encuentra bien consolidado en algunas áreas, pero es débil y fragmentado en otras.

La no discriminación junto con la igualdad ante la ley representa un principio básico en la protección de los derechos humanos. ⁹ En el párrafo 1 del artículo 2 del PIDCP establece la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. ¹⁰

La no discriminación constituye un principio tan básico que aun cuando los Tratados de derechos humanos facultan a los Estados miembros para que en situaciones excepcionales adopten disposiciones que suspendan determinados derechos se exige que las mismas no impliquen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. ¹¹

⁶ As. C-22/94 Sentencia de 15 de abril de 1997 p. I -1830-1840 consid. 27

⁷ Como lo demuestra un Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo que resaltó el papel que desempeñan las tradiciones nacionales en la formación de los desarrollos de las disposiciones sociales nacionales: " las diferencias internacionales en salarios y en otras condiciones laborales dependen de un complejo conjunto de factores, incluidas diferencias en tradiciones y costumbres nacionales, diferencias en la capacidad de las fuerzas sindicales, la naturaleza de las distintas profesiones, la demanda de un determinado oficio, o la existencia de unas capacidades laborales específicas. " *ILO Social Aspects of European Economic Cooperation – report by a group of experts* London Staples Press. 1956 p. 64

⁸ HEGARTY, A.; KEOWN, C.; " Hierarchies of Discrimination: the political, legal and social prioritization of the equality agenda in Northern Ireland " 15 *Equal Opportunities Intl.* 1 1996

⁹ Véase, BENITO ODIO, E.; " La discriminación en el goce de los derechos humanos " *Curso Interdisciplinario, Antología Básica* San Jose Instituto Interamericano de Derechos Humanos 1990 p. 95

¹⁰ La misma redacción aparece en el artículo 1.1 de la Convención Americana y en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Menor.

En razón de su carácter fundamental el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley ha llevado a la adopción de Tratados específicos como son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el Convenio relativo a la Discriminación en material de empleo y ocupación; el Convenio sobre igualdad de remuneración de la OIT y el Convenio relativo a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la UNESCO, entre otros.

En el ámbito americano encontramos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La definición común a todos estos Convenios es la siguiente: " puede entenderse como discriminación 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 pública o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, o cualquier otra condición social y que tenga 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. "

No existirá discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho lo suficientemente distintos y que expresen de manera proporcionada una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, en este

¹¹ CCPR, Comunicación General n. 18 No discriminación 37 período de sesiones 1989 UN DOC. HRI/GEN/IRev. 5 (2001).

sentido, véase, la Jurisprudencia del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos.¹²

De conformidad con el principio de igualdad se exige algunas veces a los Estados adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se arraigue la discriminación prohibida por los Textos internacionales, estas medidas son perfectamente compatibles con los mismos a excepción de aquellas que buscan una discriminación encubierta que sería un caso de fraude de Ley.¹³

Esta autorización aparece contemplada incluso en los propios textos internacionales, así la Convención contra la Discriminación Racial indica en su artículo 1 apartado 4:

“Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. “

En resumen, se puede observar como a nivel internacional, los Estados se encuentran en la obligación de respetar y garantizar los derechos sin ningún tipo de discriminación y asegurar la igual protección ante la Ley.

¹² TIDH *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* Opinión Consultiva OC-17/02 28 agosto 2002 Serie A núm. 17 párr. 47

¹³ Véase, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999 Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación OEA/Ser. L/V/II.106 Doc. 3 13 abril 2000.

México sigue contando con niveles de pobreza y desigualdad mayores a los que corresponden a un país con su nivel de desarrollo. Una de las explicaciones de estos fenómenos históricos, es la discriminación, entendida como la situación en la que, por prejuicios, a una persona o grupo de personas se les da un trato desfavorable, generalmente por pertenecer a una categoría social específica.

2.- PRIMERA FASE LA PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL POR EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y DE IGUALDAD.¹⁴

El artículo 1(3) de la Carta de Naciones Unidas elevó la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza, sexo, lengua, o religión hasta ser uno de los principales objetivos de la Organización, un Delegado en el Tercer Comité de la Asamblea General fue tan lejos como para afirmar que " las Naciones Unidas habían sido fundadas principalmente para combatir la discriminación en el mundo " ¹⁵ Con anterioridad, los movimientos feministas comenzaron a hacer de la diferenciación de sexos un tema de interés internacional para la Sociedad de Naciones, especialmente, en la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Estados Americanos.

En 1947 a la *Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías* órgano dependiente de la antigua Comisión de Derechos Humanos se le encargó el objetivo de realizar recomendaciones sobre temas relacionados con la prevención de todo tipo de discriminaciones y protección de las minorías nacionales, religiosas, raciales y lingüísticas. ¹⁶ En opinión de la Subcomisión

¹⁴ Ambos principios aparecen entrelazados y en ocasiones la adopción de medidas especiales para ayudar a ciertos grupos a alcanzar la igualdad sustantiva con otros grupos no es discriminatorio si no una obligación esencial.

¹⁵ Delegado chileno, UN Doc. AC/C3/SR 100 p. 7

¹⁶ " Realizar estudios, especialmente a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y hacer recomendaciones a la Comisión sobre la prevención de la discriminación de cualquier tipo en relación con los

existía una clara separación entre “ diferenciación ” que podría justificarse en interés de una igualdad real y “ discriminación ” que nunca sería justificable.

En el ámbito de la discriminación hacia las poblaciones indígenas es de destacar el Informe Martínez Cobo (Ecuador), así como el Proyecto de Declaración de los Derechos de las Poblaciones Indígenas finalmente adoptado por Naciones Unidas.¹⁷

Adoptamos como definición de discriminación la existente en el instrumento más universalmente aceptado como es el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos,¹⁸ que desarrolla, en distintos artículos, 2, 3, 20(2), 8, 14, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹⁹ en concreto su artículo 26 declara: “

“ Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá

derechos humanos y las libertades fundamentales y la protección de las minorías raciales, religiosas y lingüísticas; ” por ejemplo, Véase, Informe de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones sobre la Discriminación en el seno de los Estados de Naciones Unidas.

¹⁷ Con una amplia mayoría de 143 votos a favor, y solo 4 votos en contra (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, y los Estados Unidos) y 11 abstenciones. La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó esta Declaración el 13 de septiembre de 2007. La Declaración fue negociada durante más de 20 años por los Estados nación y los Pueblos Indígenas. El texto reconoce un amplio rango de derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos se encuentra el derecho a la libre determinación sin restricciones, un inalienable derecho colectivo de propiedad, de uso y control de la tierra, territorios y otros recursos naturales, sus derechos a la hora de mantener y desarrollar sus propias instituciones políticas, religiosas, culturales y educativas, así como la protección de su propiedad cultural e intelectual. La Declaración subraya el requisito de la consulta previa e informada, la participación y el consentimiento en actividades de cualquier naturaleza que tengan impacto en los pueblos indígenas, su propiedad o territorios. También establece el requisito de una justa y adecuada compensación para la violación de los derechos reconocidos en la Declaración y establece garantías contra el etnocidio y genocidio.

¹⁸ A fecha de 2003, había sido ratificado por 166 Estados. En México, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.

¹⁹ *Art. 2.-* 1º Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2º Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

“...toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier 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.” La Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos considera que el contenido de este artículo se extiende a todos los derechos y libertades que reconozca un Estado en particular.

Como definición de Igualdad en el Derecho Internacional, adoptamos, la ofrecida en la opinión particular del Juez Tanaka en el Asunto del Sudoeste Africano²⁰, donde distingue entre discriminación y diferenciación en el contexto de los Derechos Humanos:

“... **c** no significa (...). Igualdad absoluta, esto es, la igualdad de trato sin consideración a circunstancias concretas individuales, si no la igualdad relativa, esto es el principio de trato igualitario para aquellos que son iguales, y trato desigual para los desiguales. Tratar ámbitos diversos de manera diferente según su diferencia no sólo está permitido si no también es necesario.”²¹

Precisiones Conceptuales: Noción jurídica de Discriminación.²²

a) Discriminación de facto o Discriminación indirecta. Es la producida cuando, una práctica común, una norma, acción política que en principio no

²⁰ TIJ Recueil 1966, 4

²¹ En una Opinión consultiva, en el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo notar que: “[...]la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza. [...]” Opinión Consultiva OC 4/84 19 de enero de 1984 serie A núm. 4 párrafo 55.

²² Evitamos en este apartado otras situaciones como la victimización o el acoso.

representa discriminación en sí misma pero sus resultados o efectos si constituyen desventaja para un grupo de personas.

b) Discriminación positiva o Discriminación au rebours, a la inversa. La primera también conocida como acción afirmativa se encuentra asociada a la segunda y consiste en una diferencia de trato que invierte el mecanismo de discriminación anterior. Se define como el conjunto de medidas puestas en marcha, por primera vez, por los Estados Unidos a partir de finales de los sesenta por las agencias federales que concedía un trato preferente a grupos minoritarios y consistía en elegir a un candidato perteneciente a un grupo minoritario siempre que al menos un miembro perteneciente al grupo no minoritario tuviera una cualificación superior. DWORKIN estimaba que estas políticas se “ dirigían a aumentar tanto el lugar como el número de personas de raza negra y de otras minorías en las distintas profesiones, otorgándoles una preferencia en lo que se refería a su reclutamiento, la promoción, y la admisión en las Universidades y escuelas profesionales ”²³

Asimismo, se reconoce en el párrafo 3 del *Preámbulo del Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* que reitera la importancia de la acción positiva, si bien carente de una obligatoriedad jurídica.²⁴

“... Resueltos a adoptar nuevas medidas para promover la igualdad de todos por medio de una garantía colectiva que establezca la prohibición general de discriminación en el marco del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950...”

²³ *Law's Empire* Harvard University Press 1986 p. 393

²⁴ Véase, CORRIENTE CÓRDOBA, J.A.; *Valoración Jurídica de los Preámbulos de los Tratados Internacionales* Pamplona 1973.

3.- SEGUNDA FASE. LA SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA.

- a) El Concepto *Mainstreaming*. Una acción positiva *á minimis* en la lucha contra la discriminación

Este término como ha sido apuntado por la doctrina, que ha tenido una gran ascendencia de forma repentina ha hecho que no exista un detentador último de concepto y así: " ninguna institución u órgano, ya sea internacional o nacional, tendrá autoridad para determinar que esfuerzos para adoptar políticas de *mainstreaming* son acertados en oposición a aquellos erróneos o mal dirigidos. " ²⁵

En una primera aproximación, bajo este concepto se encuentra un paso más en la lucha contra la discriminación, " este término significa la *integración de la igualdad de oportunidades* en principios, estrategias y prácticas cotidianas de Gobiernos y otros organismos públicos que deben estar asociados a especialistas en cuestiones de igualdad a la hora de desarrollar sus proyectos. En otros términos, conlleva reconfigurar la disposición integradora para acomodar al género, raza, incapacidad, y otras dimensiones de la discriminación y desventaja, incluyendo la clase social, sexualidad y religión. "

Según la Comisión Europea, la aproximación integral o *mainstreaming* por cuanto al género, significa la integración sistemática de las situaciones, prioridades y necesidades respectivas de mujeres y hombres en todas las políticas y con el objetivo de promover la igualdad entre hombres y mujeres y movilizar todas las políticas y medidas específicas para alcanzar el objetivo de conseguir la igualdad, de forma activa y abierta, tomando en cuenta, en la etapa de planificación, sus efectos en la situaciones de hombres y mujeres.

²⁵ BEVERIDGE, F.; Y NOTT, S.; " Mainstreaming: A Case for Optimism and Cynicism " 2002 10 Feminist Legal Studies pp. 299-311

Una aplicación efectiva de *mainstreaming* debería diluir lo que se conoce como el *Dilema Wollstonecraft*, según esta tesis extrema feminista, en este caso referida al plano del Derecho Internacional, las medidas para promover la igualdad para las mujeres no llegan a beneficiarlas porque no se evaden de los efectos patriarcales del "régimen de género" en el que se aplican.

En el orden reducido de la Comunidad Europea, More, exponente de estas tesis feministas, declaraba: "la fórmula de la Comunidad para la igualdad sexual es (...) abstracta, estrecha y rígida; es conceptualmente incapaz de erradicar la mayoría de los desequilibrios ante los que se enfrentan las mujeres, sólo ayuda a aquéllas mujeres trabajadoras que se encuentran bien asimiladas a los hombres, refuerza la discriminación basada en diferencias de género, restringe el uso de la acción positiva y enmascara el hecho de que muchas de las diferencias de las mujeres en el trabajo se encuentran íntimamente ligadas a su papel en la familia."

26

B) El Principio de no Discriminación en el Subsistema normativo de la Unión Europea. La situación en el reciente Tratado de Niza – Lisboa.

El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad aparecía en el antiguo artículo 7 del TCEE que afirmaba "queda prohibida toda discriminación ejercida en razón de nacionalidad", admitiéndose un trato igual en materia de empleo, retribución y otras condiciones laborales, a los trabajadores comunitarios que a los nacionales del país de acogida extendiéndose también a su familia ²⁷ aunque este falleciera²⁸ o regresara al país de origen.

²⁶ ---; "Equal Treatment of Sexes in European Community Law: What Does "Equal" Means?" 1 Feminist Legal Studies 45 1993 p. 64

²⁷ Cónyuge e hijos menores de 21 años que estén a su cargo, posean o no la nacionalidad de un Estado miembro.

²⁸ STJCE Asu. 32/75 1975

En segundo lugar, en relación al principio de no discriminación por razón de sexo, también el Tratado se refería a su prohibición al indicar, en el antiguo artículo 141 TCE “ cada Estado miembro garantizará (...) y mantendrá (...) la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo ”

La no discriminación en materia laboral se refiere tanto al acceso al empleo como a las condiciones de trabajo comprendidos los beneficios sociales.²⁹

Una definición de discriminación en este contexto la encontramos en la sentencia de 17 de julio de 1963 República Italiana c. Comisión donde el Tribunal determinó “ es discriminatorio el tratar de manera distinta situaciones similares, o bien el tratar de manera idéntica situaciones diferentes. ”³⁰

Desde el **Tratado de Ámsterdam** en 1999 la igualdad de género ha tenido un lugar especialmente relevante en la adopción de medidas de la Unión Europea así el artículo 3(2) CE dispone: “ En todas las actividades (...) la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. ” Sin embargo, el tema de la no discriminación por motivos de sexo, de la orientación sexual, de la procedencia, la pertenencia a un determinado grupo étnico, la religión o creencias, una minusvalía o la edad, consagrado en el Tratado de Ámsterdam – Niza no ofrece más que bonitas palabras y que en realidad, no se pretende luchar con suficiente insistencia contra estas formas de discriminación. Así para todas las medidas anti- discriminación se exige siempre una decisión unánime en el Consejo.

²⁹ Pero también el Tratado se refería a la no discriminación en otros ámbitos, por ejemplo, la no discriminación entre productores y consumidores en la Organización común de mercados agrícolas (antiguo artículo 34.2 TCE); no discriminación en la libre circulación de servicios (antiguo artículo 49 TCE)

³⁰ Sentencia TJCE 17 julio 1963 asunto 13/63 Italia c. Comisión Rec. 1963 p. 33. También Asunto 828/79 Adam y Asunto 1235/79 Battaglia

En todos los puntos conflictivos o en medidas anti – discriminatorias que podrían costar mucho dinero, el listón se ha colocado tan alto, que prácticamente, es imposible franquearlo. Además, la prohibición de la discriminación como objetivo de la integración de las personas se hace no en función de los derechos humanos, sino como presupuesto necesario para el funcionamiento del mercado interior.

En esta materia de no discriminación, la competencia del Tribunal se viene expandiendo como una marea (véase, infra) y tras el Tratado de Ámsterdam, el principio de no – discriminación ha alcanzado progresos notables, en cierta manera con objeto de evitar los problemas de una *Jurisprudencia elaboradora de normas* que en ocasiones se ha calificado, de forma crítica, como una *jurisdicción pretoriana* del Tribunal de Luxemburgo.³¹ Además, como apunta, el PROFESOR G. CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, “ la noción de derechos fundamentales, no es en el Derecho comunitario un concepto normativo en la medida en que no está dogmáticamente elaborado, ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental. ”³²

Nos referimos a la inclusión del artículo 13 (antiguo artículo 6 A) del TCE que prevé competencias específicas para combatir la discriminación basada en el sexo, origen racial o étnico, religión o creencia, edad, incapacidad u orientación sexual, con lo que se muestra la preocupación de la Unión Europea por el respeto

³¹ Además, los derechos fundamentales, deben adaptarse a la estructura y a los objetivos de la Comunidad, los derechos fundamentales se han de considerar siempre con relación a la función social de la actividad protegida. De conformidad con la jurisprudencia del TJCE, se reconocen también como limitaciones el principio de proporcionalidad, y la garantía del contenido esencial.

Como indica. GOSALBO BONO, R.; “ el sistema de protección es pretoriano, casuístico y abierto en el que el ciudadano y, en cierta medida, los autores de la norma no conocen necesariamente con antelación los derechos que son garantizados (sistema de protección a posteriori) (Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: Insuficiencias y soluciones. Revista de Derecho Comunitario Europeo (1997) p. 35.

³² ---; “ La protección de los derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas ” en *El Defensor del Pueblo en el Tribunal de la Unión Europea*, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 1992, pág. 22 ; ---; “ Le rôle joué par la CEDH dans l’ ordre juridique communautaire ” en *Bulletin Droits de l’ Homme* 2002 vol. 10 pag. 1 – 5

y promoción de los derechos humanos.³³ Este artículo confía al Consejo de Ministros el cuidado de adoptar las medidas necesarias para combatir toda discriminación, y supone una cláusula general antidiscriminatoria, lo que representa una base jurídica suficiente para la aprobación de normativa derivada que prohíba la discriminación en estos ámbitos.

Este artículo viene a ser una cláusula general antidiscriminatoria, lo que representa una base jurídica suficiente para la aprobación de normativa derivada,³⁴ junto a él se encuentra también, el artículo 3 (2) del TCE que requiere que en todas las actividades " (...) la Comunidad se dirigirá a eliminar, entre hombres y mujeres "

El artículo refleja el creciente convencimiento de la necesidad de desarrollar una aproximación coherente e integrada en la lucha contra la discriminación, beneficiándose tanto de esfuerzos conjuntos, del intercambio de experiencia y de la práctica en distintos ámbitos que sirve como base para regular situaciones de discriminación múltiple y permite definiciones comunes para los Estados miembros de discriminación. En el *Tratado de Niza*³⁵ se añadió al artículo 13 un segundo párrafo para cubrir al menos aquellos aspectos de la acción de la Unión en esta materia que no conllevaran la armonización de leyes nacionales y permitir la

³³ Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas por motivos de sexo, de origen racial, o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual.

³⁴ Así se adoptaron: Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva específicamente dirigida a hacer frente a la discriminación racial; un Programa de Acción para 2001 – 2006 de lucha contra la Discriminación; o la Directiva relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al acceso a bienes y servicios.

³⁵ En la Conferencia Intergubernamental de 1996 algunos Estados miembros propusieron, por lo que respecta a las categorías de discriminación contra las que la Comunidad podría tomar medidas, que la Conferencia estudiase mas detenidamente para acordar una lista definitiva y definiciones precisas, formulándose que se podría incluir en el Tratado una disposición que tuviera en cuenta especialmente a las personas discapacitadas, pudiendo hacerse una referencia de este tipo en el antiguo artículo 127 o en el artículo 100 A del TCE, por ejemplo.

utilización del procedimiento de codecisión participando el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros como colegisladores.³⁶

En cualquier caso, esta disposición representa un paso importante, la Unión Europea toma en consideración un gran número de posibles discriminaciones reconociendo a ciertas categorías sociales (minusválidos, homosexuales, etc) una legítima igualdad de derechos en sus diferencias, pero resulta deplorable que el hincapié se haya puesto, insuficientemente, sobre la prohibición del principio de prácticas discriminatorias, y si bien se admite su vigilancia por el Consejo y se atribuye a este la posibilidad de contrarrestar, bajo la condición de que esta intervención *se realice en el ámbito de las competencias comunitarias*³⁷ *y que se realice por unanimidad.*

Tantos requisitos que acumulados, ponen en entredicho el alcance de esta disposición de mínimos que deja a las competencias de los Estados miembros el cuidado de administrar estas situaciones, quedando lejos de lo defendido por las diferentes legaciones en la fase de negociación (en efecto, algunas ONG's reagrupadas a nivel europeo intentaron influir el proceso de codificación relativo a la no discriminación defendiendo la inserción de una disposición que permitiera a las Instituciones comunitarias adoptar medidas eficaces. Así el Foro Europeo de la Sociedad Civil que representa a más de 100 organizaciones y que organizó una " contra cumbre " en mayo de 1997, paralela a la Cumbre de Noorwijk solicitó que la cláusula anti – discriminatoria pudiese ser objeto del proceso de codecisión a la mayoría cualificada.

³⁶ " 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251. "

³⁷ Esta cláusula ha generado cierto debate, por ejemplo, véase, WADDINGTON, L.; " Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non- Discrimination " 1999 18 ILJ 133; WHITTLE, R.; " Disability Rights after Amsterdam: the way forward " 2000 Eur. Human Rights L. Rev. 33 pp. 40-42.

Al margen del Consejo Europeo de Ámsterdam, el Secretario General del Consejo Europeo sobre Refugiados y Exiliados, RUDGE, M.; defendió, entre otras cosas que “ la cláusula de no discriminación disfrutara de eficacia directa ” Tras la adopción del Tratado de Ámsterdam el Grupo Ligne de Départ que reunía a 300 organizaciones reaccionó de forma moderada con un “ *bien, pero podría haber estado mejor* ” aprobando la inserción de un nuevo artículo 6 A y subrayando que podría servir de base jurídica a toda directiva destinada a la lucha contra la discriminación racial, así como deplorando la ausencia de eficacia directa y la exigencia de la unanimidad. ³⁸

Por tanto, el Derecho Comunitario derivado ha sido el medio elegido para responder a la cuestión del renacer del racismo en Europa, y después de los fracasos de Maastricht, los posteriores instrumentos han permitido una limitada enmienda de la situación. ³⁹ Como ilustración el contenido del Art. 3. 3 que lee: “ (...) La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. ”

En la Carta de Derechos Fundamentales el principio de no discriminación aparece en el Capítulo 2 en el artículo 21 cuyo texto dispone: “ 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón 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 Se prohíbe

³⁸ Aún más innovadora fue la posición de dos Estados miembros que en un memorando austro – italiano, relativo a la posición de los derechos fundamentales en la CIG, proponía la redacción de un artículo F bis dirigido a la lucha de la Unión contra el racismo, el antisemitismo, la xenofobia, la intolerancia, el sexismo y la exclusión. Sin embargo, no fue acogido por la CIG, por una razón comprensible: sí el principio de no discriminación venía a formar parte del nuevo artículo F que define los principios fundamentales de la Unión: libertad, democracia, respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, Estado de Derecho, su cumplimiento podría realizarse sobre la base del nuevo artículo F 1 que permite averiguar, oponer sanciones a toda violación grave y persistente de uno de estos principios. Los Estados miembros no estaban aún preparados para entrar en esa vía.

³⁹ En el tránsito de Maastricht a Ámsterdam es de destacar, la creación del Centro de Monitorización del Racismo y la Xenofobia de Viena. Reglamento del Consejo 1035/97 (1997) DOCE L 151/1

toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados. ”

Finalmente en el más reciente instrumento aprobado por el Consejo, en el **Tratado de Lisboa** se añade un artículo 1 bis que dispone “ la Unión se fundamenta en los valores de los derechos humanos (...) Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, (...) ” Asimismo, se incluye la no discriminación dentro de la Parte II del Tratado junto a al Ciudadanía de la Unión.

De las medidas concretas ya adoptadas son destacables las dirigidas a reconciliar la vida familiar y laboral, como la Directiva de Permiso Parental ⁴⁰ o la Directiva de Trabajo a Tiempo parcial.

C) El Principio de No Discriminación en la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea: Asuntos Defrenne, Kalanke, Abrahamsson y otros

Antes de que el Tratado de Ámsterdam entrase en vigor, el Tribunal, de forma pretoriana, se dispuso a conceder aplicabilidad directa a esta norma que en principio no contenía los requisitos exigidos según la doctrina jurisprudencial. En la *Sentencia Grant* de 17 de febrero de 1998, ⁴¹ El Tribunal determinó que:” tras la entrada en vigor del Tratado, el Consejo deberá adoptar, en ciertas condiciones, las medidas necesarias para la eliminación de las distintas formas de discriminación, y muy especialmente, de aquellas fundadas en la orientación sexual. ”

De ahí que tanto un acto comunitario como un acto estatal que contraríe este principio, deberá ser anulado por los órganos competentes, extendiéndose tanto a la discriminación directa, donde no existen problemas desde la *Sentencia*

⁴⁰ En uno de sus artículos se “ obliga a los Estados a prohibir toda discriminación basada en sexo, raza, orientación sexual, color, religión, o nacionalidad. ”

⁴¹ Lise Jacqueline Grant c. South West Trains Ltd Asunto 249/96 consid. 48. Sin embargo, se descarto que el principio de igualdad de trato incluyera a los homosexuales.

Defrenne,⁴² como a la discriminación indirecta, también denominado *de facto*, en este último sí se producen más complicaciones respecto a la aplicabilidad directa, ya que puede dar lugar a un número elevado de situaciones de inseguridad jurídica. Por lo que se hizo necesaria posteriores sentencias clarificadoras conocidas como *Defrenne I*,⁴³ *Defrenne II*⁴⁴ y *Defrenne III*⁴⁵ que dieron lugar la adopción de un cúmulo de directivas.

El Tribunal de Justicia de la CE ha reconocido la igualdad de género en su jurisprudencia como un " principio fundamental " del orden jurídico de la Unión, lo que ha llevado a que se considere como un derecho fundamental de naturaleza constitucional para el Derecho europeo.⁴⁶

El derecho a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito de la Unión Europea aparece por primera vez en la Jurisprudencia como aplicación del artículo 119 del TCE (nuevo art. 141) Asunto *Defrenne c. SABENA*⁴⁷ que permitía la acción positiva⁴⁸ respecto de las condiciones de empleo femenino y consideró que la diferencia de retribución por un mismo tipo de trabajo constituía una discriminación directa.

El Abogado General Lamothe afirmaba que este artículo cumplía una doble función: una finalidad social o de progreso social " pero también una finalidad económica pues al obstaculizar el " dumping social " gracias al empleo de una mano de obra femenina peor retribuida que la masculina favorecía también la

⁴² STJCE *Defrenne* de 25 de mayo de 1971 asunto 80/70

⁴³ Sentencia *Defrenne I* 8 de abril de 1976

⁴⁴ Sentencia *Defrenne II* 15 de junio de 1978 As.43/75

⁴⁵ Sentencia *Defrenne III* Asunto 149/77

⁴⁶ En este sentido, véase, BARNARD, C.; " Gender Equality in the EU: A Balance Sheet " en P. ALSTON (ed). *The EU and Human Rights* Oxford University Press pp. 215 -279

⁴⁷ Recueil. 1976 p. 455

⁴⁸ " Este principio de igualdad se impone no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todo convenio que regule de forma colectiva el trabajo asalariado, así como a contratos entre particulares. "

realización de uno de los objetivos fundamentales del mercado común, el establecimiento de un régimen que asegurase que “ la concurrencia no sería falseada. ”

A partir de entonces, la opinión del Tribunal de Justicia se ha manifestado en contra del rígido principio de las cuotas ⁴⁹ lo cual representa una diferencia reseñable frente a la actividad del Tribunal Supremo de Estados Unidos. ⁵⁰ La explicación es lógica ya que su desarrollo se hizo de forma paralela a la construcción de las libertades económicas y sólo posteriormente en base a una ciudadanía común y la inherente solidaridad que encierra este concepto político, todavía, no obstante, lejana a la propia del Estado – nación, siendo esta última la discriminación por nacionalidad en el seno de la Unión Europea el último obstáculo para una efectiva igualdad.

Ilustrativo de lo anterior es el antiguo artículo 137 del Tratado CE permite a la Organización “ apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en una serie de ámbitos tan importantes como la salud y seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la información y consulta a los trabajadores y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral (...) ” sin embargo su redacción carece de la obligatoriedad propia a otras normas originarias. Para ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, P.; esta fue una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial. “ ⁵¹

Por ejemplo, en su sentencia de 17 de octubre de 1995 sostuvo que la Directiva europea de 1976 sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres

⁴⁹ BACCHI, C.; “Policy and discourse: challenging the construction of affirmative action as preferential treatment” 2004 11 Journal of European Public Policy 128 – 146

⁵⁰ El Juez Harlan del Tribunal Supremo en su Opinión individual en el Asunto Plessy c. Ferguson declaró: “ La Constitución es daltonica ” 163 US 537-539 (1895) este razonamiento permitía el sistema de cuotas, véase, DORSEN, N.; *The American Law on Racial Discrimination* Public Law 1968.

⁵¹ ---.; “ Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial ” LL 18 octubre 2000 pp.1-3

imponía límites a la acción positiva, y no podía conllevar discriminación *au rebours*. También en la sentencia *Steen*, de 16 de junio de 1994, As. C 132/93, el Tribunal manifestó que “ ante una cuestión de Derecho interno, incumbe al órgano jurisdiccional apreciar si éste genera una discriminación y si y en que forma debe eliminarse ” En resumen, serán los Derechos nacionales los que determinen si conviene y cómo eliminar las discriminaciones inversas.⁵²

Por cuanto a este derecho fundamental, hay que destacar, la Sentencia *Kalanke*,⁵³ en la que el TJCE consideró que una reglamentación nacional que concedía a las mujeres con las mismas cualificaciones que los hombres, una preferencia sobre éstos, era contraria al principio de igualdad de trato; el razonamiento de la sentencia era contrario tanto a normativa secundaria como a los acuerdos internacionales,⁵⁴ situación posteriormente mitigada en el Asunto *Marshall* (As. C- 409/95 *Marschall v. Land Nordrhein – Wesfalen* 1997 ECR I-6363)⁵⁵ o *Van Colson y Harz*. En el cual el Tribunal considero que las disposiciones nacionales que preveían prioridad para las mujeres en sectores en los que

⁵² Véase, artículo 7(1) y 5 de las Directivas raciales y Marco que declaran: “ Con el objetivo de asegurar la plena igualdad en la práctica, el principio de igual trato no puede impedir que cualquier Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas unidas al origen racial o étnico. ”

⁵³ As. C- 450/93 *Kalanke v. Land Bremen* 1995 ECR I- 3051 El Tribunal considero que estas medidas que concedían a las mujeres prioridad absoluta e incondicional para nombramiento o promoción era discriminatoria por motivos de sexo contraria al artículo 2(1) de la Directiva de Igualdad de Trato y sobrepasa los límites del artículo 2(4).

⁵⁴ El Tribunal sostuvo que los programas de acción afirmativa tales como el trato preferente o el sistema de cuotas en favor de mujeres no traerían el final de la discriminación, al contrario pasaban de discriminar a la mujer, al hombre.

⁵⁵ Esta jurisprudencia de la acción *afirmativa au rebours* corría el riesgo de invertir la carga de la prueba. Hay que resaltar que tanto la normativa secundaria como el nuevo artículo 119, no incluyen referencias a las igualdades de oportunidades si no que más bien se inclinan hacia una igualdad de resultado, sobre este punto se basa el razonamiento del Abogado General Tesauro en la Sentencia *Kalanke* para fallar junto al resto de Jueces. Este último apartado si es contrario al Derecho comunitario. Vid. MILLÁN MORO, L.; “ Comentario a la Sentencia *Kalanke*.” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1998 pp. 173-204; ---.; “ Igualdad de Trato entre Hombres y Mujeres: Igualdad formal versus igualdad sustancial ” *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n. 3 1998; Rodríguez Piñero, M.; “ Comentario a la sentencia *Kalanke*: la discriminación positiva de la mujer. ” *Relaciones Laborales* n. 22 Madrid noviembre de 1995.

Más recientemente, EVELYN ELLIS.; “ Recent developments in European Community Sex Equality Law ” *Common Market Law Review* 35: 1998 pp. 397-408.

tradicionalmente había infra- representación era permisible según la Directiva de Igualdad de Trato, sosteniendo que era necesario disponer de una “ cláusula de salvaguardia ” que permitiera tomar en consideración las razones objetivas por las cuales se podría inclinar la balanza en favor de un candidato varón. ⁵⁶

En el Asunto *Abrahamsson v. Fogelqvist C-407/98* ⁵⁷ relativo a la aplicación de una ley nacional de acción positiva en la contratación de un profesor de Universidad, que permitía la contratación preferente de una mujer para un puesto de profesor con cualificaciones inferiores a las del candidato varón que llevo al Tribunal a considerar que era contraria y desproporcionada con los fines de la Directiva de Igualdad de Trato.

Finalmente, en el *Asunto Martínez Sala c. Freistaat Bayern, C- 85/96* relativo a la negativa a conceder una prestación de asistencia a menores a una mujer de nacionalidad española residente legal en Alemania, aunque careciendo de un permiso de residencia.

El Tribunal consideró que el rechazo a conceder un beneficio sobre la base de que carecía de un permiso de residencia representaba una discriminación directa ya que no existía un requisito comparable para los nacionales alemanes. Sobre la segunda cuestión de sí el Derecho Comunitario se le debería aplicar o no, ya que en aquel entonces no se encontraba realizando actividad asalariada; la respuesta del Tribunal fue como sigue: “ una ciudadana de la Unión Europea como la demandante en el procedimiento principal, residente legal en el territorio de un Estado miembro puede ampararse en el artículo 12 del Tratado en todas las

⁵⁶ El mismo Tribunal resume este examen o valoración en otro asunto, C- 158/97 Badeck ECR I-1875, párrafo 23, como sigue: “ Una medida que está concebida para dar prioridad en la promoción de las mujeres en determinados sectores ... en los que se encuentran infra representadas debe ser considerada compatible con el Derecho comunitario si no ofrece de forma automática e incondicional prioridad a las mujeres, cuando mujeres y hombres estén igualmente calificados, y los candidatos estén sometidos por igual a una valoración objetiva que tome en consideración las situaciones personales de los candidatos. ”

⁵⁷ As. C- 407/98 Abrahamsson v. Folgeqvist 2000 ECR I- 5539

situaciones que recaen dentro del ámbito *ratione materiae* del Derecho comunitario. ”

Respecto del principio de no discriminación por razón de nacionalidad para los ciudadanos de la Unión Europea este principio aparece en el antiguo artículo 6 del TUE y fue desarrollado por el Tribunal en sentencias como *Reyners*, *Van Binsbergen* y *Walrave* ⁵⁸entre otras. Respecto a una posible discriminación ad exterior no existe controversia y la preferencia comunitaria ha sido admitida por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ⁵⁹

9. LA NO DISCRIMINACIÓN EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Un primer ejemplo de cláusula de no discriminación en este ámbito que ha tenido un resultado positivo ha sido adoptado en el ámbito normativo de la Unión Europea y es de fácil aplicación en otros ordenamientos jurídicos. Nos referimos a la Directiva de la Unión Europea “Televisión Sin Fronteras” de 1989. ⁶⁰ El artículo 22 requiere a los Estados miembros “ que aseguren que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por razones de raza, sexo, religión, o nacionalidad. ”

4. LA REALIDAD INDIGENA MEXICANA FRENTE AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

El principio de no discriminación es de especial relevancia en México respecto de la población indígena que asciende a más de 10 millones de personas (alrededor del 10 % de su población) de los que aproximadamente 7 millones hablan alguna de las 59 lenguas autóctonas y que se caracterizan por conservar

⁵⁸ En *Walrave* el Tribunal precisó que: “ la prohibición de discriminación fundada sobre la nacionalidad se impone no sólo a la acción de las autoridades públicas, sino que debe ampliarse a las reglamentaciones de otra naturaleza dirigidas a regular, de forma colectiva el trabajo asalariado y las prestaciones de servicios. ”

⁵⁹ En el Asunto *Chorfi* de 7 de agosto de 1996 se afirmó que el trato preferencial concedido a los nacionales de un país comunitario en supuestos de expulsión descansaba en una justificación “ objetiva y razonable”.

⁶⁰ Directiva 89/522 sobre la coordinación de ciertas disposiciones establecidas por Ley, reglamentos o acción administrativa en los Estados miembros relativa a la emisión de actividades televisivas 1989 DOCE L 298/23

sus valores culturales, sus formas de vincularse con la naturaleza, de administrar justicia, de organizarse para la producción y por identificarse a sí mismos como indígenas. A pesar de tener reconocidos ciertos derechos en la Constitución mexicana de 1917, los indígenas siguen en situación de desigualdad frente al resto de la población,⁶¹ y las mujeres y niños indígenas sufren una discriminación aún más acentuada.

5. LOS ACUERDOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR MÉXICO. ALGUNOS CONSEJOS PARA ACABAR CON LA DISCRIMINACIÓN.

Uno de los objetivos del Programa Milenio de Naciones Unidas adoptado en Nueva York es el de reforzar a través del Comercio internacional la promoción de la igualdad de género y mejorar la situación de las mujeres (n. 3) en razón de que las normas comerciales liberalizadoras no afectan por igual a hombres y mujeres,⁶² debido a un nivel jurídico, social y económico distinto al de los hombres. Tienen distinto acceso y menor control sobre recursos, así como un distinto papel en el mercado laboral y doméstico. Las mujeres tienen menos propiedades, menor acceso al crédito y a otras formas de financiación, desconocimiento de los sistemas legales, etc. Que los hombres, además de que están peor posicionadas en el mercado laboral para beneficiarse de las oportunidades; menores salarios,

⁶¹ Factores como su ubicación en lugares agrestes o semiáridos arrinconados por la ocupación de sus tierras tradicionales; la baja producción agrícola; la falta de inversiones y de infraestructuras como problemas históricos los siguen posicionando en situaciones de desventaja. Además, si bien la firma de Instrumentos o Declaraciones internacionales, como norma han supuesto de forma directa o indirecta la mejora de las condiciones de los individuos extensible a grupos minoritarios o indígenas, el reciente texto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994 ha aumentado las disparidades de la población mexicana concentrándose en la actividad económica de las zonas más rentables a través de la adquisición de tierras a bajo precio, entre otros factores. Véase, ESPAÑA ARRIETA, O.; " Los Derechos Humanos en México: los Pueblos Indígenas. " III Foro Iberoamericano " la Democracia y los Derechos Humanos en el Espacio Eurolatinoamericano " Revista Electrónica Iberoamericana ALCUE vol. 1 n. 1 2007 pp.137-145.

⁶² Çagatay, Nilüfer. Trade, Gender and Poverty, United Nations Development Programme, October 2001.

peor preparación, llevan a cabo trabajos sin estar aseguradas en trabajos inestables.

A la luz de la discriminación existente en México ⁶³ y en los Países del MERCOSUR, consideramos que Organizaciones Internacionales como la Unión Europea debe asegurar cierta coherencia en sus políticas de igualdad de oportunidades y su política de comercio exterior y cooperación al Desarrollo;

- Se debe garantizar el funcionamiento de las cláusulas relativas a prácticas democráticas, mediante el control de los derechos sociales, culturales, políticos y laborales; - En relación con las empresas privadas, estas deben de implementar mecanismos conjuntos de control que establezcan códigos de conducta obligatoria; - Estos acuerdos deben democratizarse con objeto de mejorar su transparencia y la participación creciente de los actores de la sociedad civil permitiendo la presentación de propuestas en todas las fases de la negociación e implementación de los acuerdos;

-En relación a los derechos de las Mujeres, tanto la Unión Europea, como México y el MERCOSUR deben respetar los compromisos firmados durante la 4 Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing 1995) y Beijing + 5 (Nueva York, Junio 2000); - Se debe poner hincapié en la relación entre desarrollo sostenible e igualdad de género; - Se debe conceder un estatuto de participación consultiva a los grupos de defensa de los derechos de las mujeres en las negociaciones comerciales; - Las Cámaras Legislativas con los Comités de Género e Igualdad deben participar tanto en la fase informativa como negociadora, ⁶⁴ en México, por

⁶³ Se apunta que en este país durante el periodo de crecimiento del sector de manufacturados entre 1987-1993 las mujeres trabajadoras de baja formación no se beneficiaron en términos salariales de la liberalización comercial y que posteriormente se redujo de forma importante la proporción de mujeres en este sector y en general en todo el sector de la industria exportadora. Las mujeres con formación y principalmente con estudios universitarios, por el contrario, vieron un incremento sustancial en sus salarios durante el mismo periodo de tiempo, especialmente en el sector servicios, en el que la proporción de empleo femenino aumento. JOEKES, S.; *A Gender – Analytical Perspective on Trade and Sustainable Development* en UNCTAD, Trade, Sustainable Development and Gender. Geneva and New York: United Nations. 1999.

ejemplo, han sido marginadas en las conversaciones para los Acuerdos comerciales; - Un mayor acceso a la información con objeto de facilitar una participación real de la sociedad civil en los Acuerdos; ⁶⁵ - La asimetría entre Países y géneros debe ser reconocida con la finalidad de reducir los desequilibrios existentes, muy especialmente en aquellos sectores de importancia para las mujeres; ⁶⁶-

Estos Acuerdos deben contribuir a la mejora de las condiciones laborales similares a las de los países industrializados; - Las políticas comerciales y los acuerdos deben formularse dentro de un marco de derechos, entendidos éstos en términos amplios, como los que aparecen en las Conferencias internacionales y convenios respaldados por la ONU y la OIT; - Poner fin a la violación de los derechos laborales de las mujeres como ocurre en el sector de las Maquiladoras en México con sus pruebas de embarazo y acoso sexual; - Estos Acuerdos comerciales deben servir para luchar con las desigualdades, en particular las de género. ⁶⁷

A. La actividad del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Laboral para acabar con la Discriminación en el ámbito del Acuerdo NAFTA como una actividad dentro de las denuncias laborales.

⁶⁴ Objetivo Estratégico F. 1 y 165 K: “asegurar que las políticas nacionales relativas a los acuerdos comerciales internacionales y regionales no tengan un efecto negativo en las actividades económicas de las mujeres sean modernas o tradicionales” y además “establecer mecanismos y otros foros para permitir que mujeres empresarias y trabajadoras contribuyan en la formulación de políticas y programas que se desarrollen por los Ministerios de Economía e Instituciones Financieras” Kabeer, N.; *Gender Mainstreaming in Poverty Eradication and the Millennium Development Goals*, Commonwealth Secretariat, 2003

⁶⁵ Por ejemplo, el artículo 8 de la Constitución Política de México garantiza el derecho a la información

⁶⁶ Estas dinámicas económicas asociativas de los acuerdos de libre comercio no han traído realmente una mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, más patente aún si añadimos los problemas causados por programas económicos de ajuste y la creciente deuda exterior. Problemas como las modificaciones en los hábitos de consumo, reducción en el gasto social y de salud, migraciones causadas por la recolocación de fábricas han aumentado la carga de las mujeres y de otras comunidades, como las indígenas.

⁶⁷ En este sentido, es necesario recordar la *Declaración de Río de Janeiro* firmada en la Cumbre de los Jefes de Estado y Primeros Ministros en junio de 1999 cuyo artículo 15 reafirma la igualdad plena de género como una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y compromete a los gobiernos a incorporar perspectivas de género en todas las políticas públicas de sus países.

a)Organigrama

El Organismo se basa en una *Comisión de Cooperación Laboral* para monitorear la implementación de las obligaciones del Acuerdo NAFTA. La Comisión está compuesta de un Consejo Ministerial, Secretaria, y un representante de la Secretaria Federal de Trabajo de cada Estado miembro. Cada una de ellas acepta denuncias particulares o quejas en las que se apuntan incumplimientos por alguna de las otras partes contratantes de su normativa laboral. En una fase preliminar, se determina sí la denuncia recae dentro de su jurisdicción y sí la Parte que presenta la denuncia tiene capacidad para reclamar.

68

b)Funcionamiento

Si existen motivos para pensar que el Tratado de Libre Comercio ha sido violado, la demanda será revisada a fondo y la Secretaría emitirá un informe público en un plazo de 120 días (ampliable a 60 días mas) en el que se realizan recomendaciones; si transcurrido un tiempo, la violación persiste, la Secretaria solicitará a las Partes que realicen consultas ministeriales con el Consejo de Ministros.

6. EL CASO DE CIUDAD JUÁREZ

Las Conclusiones del Comité contra la Discriminación de las Mujeres coinciden con la opinión de los investigadores de que tanto a nivel federal como estatal se han llevado a cabo numerosos esfuerzos para resolver el problema de los asesinatos y desapariciones en esta ciudad fronteriza, y se han seguido las recomendaciones de los Comités de expertos. El gobierno mexicano viene sosteniendo que, si bien el sistema judicial tiene sus defectos, no hay nada que sugiera que el Estado este llevando a cabo una política deliberada de

⁶⁸ ANNA L. TORRIENTE ET AL., MEXICAN & U.S. LABOK LAW & PRACTICE: A PRACTICAL GUIDE FOR MAQUILAS & OTHER BUSINESSES 11 (1997);

discriminación contra la mujer o que esté detrás de estos crímenes de alguna manera. Todo lo contrario, en un plano internacional, desde que México ratificó el Convenio para la Eliminación de todas las Discriminaciones contra las Mujeres y, posteriormente, su Protocolo se han adoptado diversas medidas legislativas e institucionales al igual que otras de políticas públicas, inversión, etc., para promover un mayor fortalecimiento de las mujeres, su desarrollo pleno y el disfrute de sus derechos humanos, tanto a nivel nacional como local en Ciudad Juárez; por ejemplo, ha habido cambios en indicadores específicos como, salud, educación, acceso a posiciones de toma de decisiones, empleo y propiedad. Se han creado refugios, teléfonos de asistencia y redes de ayuda, etc.

Respecto de la violencia contra las mujeres, con datos de 2005, 28 de los 32 Estados de la República han introducido sanciones contra la violencia doméstica, de las que en 27 Estados son penales. En 21 Estados, el Código civil considera que la violencia doméstica es un motivo de divorcio, y la violación en el matrimonio está penada en 13 Códigos Penales.

A pesar de todos estos aspectos positivos, debe reconocerse que, en México, existen situaciones, estereotipos, actitudes, valores, tradiciones culturales ancestrales y costumbres ancladas en la Historia del país que restringen el potencial de desarrollo de las mujeres y que no pueden ser cambiadas de la noche al día.

En conclusión, las muertes en Ciudad Juárez representan una violación de los derechos humanos de las mujeres, cuyo origen se encuentra en modelos culturales discriminatorios, problema que se agravó debido a la falta de recursos de las administraciones implicadas.

7. LA COMISIÓN DE CIUDADADOS PARA ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

En febrero de 2001, se creó esta Comisión formada de representantes de los partidos políticos que ya ha dado lugar a dos importantes trabajos. El primero, con el título de la Discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad que ha sido el primer estudio sistemático de prácticas de discriminación y exclusión social en México; y el segundo, el proyecto preliminar de *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*.

Durante el 2002 y 2003, el Comité de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones solicitó al gobierno mexicano que reformara la Ley Federal Laboral para prohibir explícitamente la discriminación basada en el sexo en la contratación y condiciones de empleo.⁶⁹

El Presidente Vicente Fox aprobó en junio de 2003 la nueva Ley Antidiscriminación publicada en la Gaceta Oficial Federal el 11 de junio de 2003.⁷⁰ La Ley entró en vigor el 12 de junio de 2003.

La Ley expresamente prohíbe una práctica que venía siendo habitual en el sector laboral mexicano y que había sido condenada desde diversas Instituciones internacionales; nos referimos a la prohibición de la discriminación por razón de embarazo y se aplica al sector privado.

El artículo 4 de la misma declara:

“... 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,

⁶⁹ THE SOLIDARITY CENTER, *Discrimination in the Workplace*, in JUSTICE FOR ALL 22, 23,

⁷⁰ Decreto por el que se expide la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas...”

De lo que se deduce que examinar a las mujeres solicitantes de empleo por posibles embarazos y negar la contratación a aquellas mujeres embarazadas es una exclusión que tiene el efecto de violar la igualdad de oportunidad de las mujeres. Los análisis previos a la contratación de embarazos resultan en impedir la igualdad de oportunidades desde el momento en que es una distinción entre solicitantes de empleo basada en el sexo y embarazo. Además, el artículo 6 declara que la interpretación de la Ley AntiDiscriminación así como la práctica de las autoridades federales serán consecuentes con los instrumentos internacionales relativos a la discriminación de los que México es parte, así como de todas las recomendaciones y resoluciones adoptadas por organismos regionales y multilaterales y otras legislaciones aplicables.

Para los fines del artículo 6 cuando se presenten distintas interpretaciones, se aceptará la que más eficazmente proteja a las personas o grupos que se encuentran afectados por la conducta discriminatoria.⁷¹ Por tanto, el Convenio n. 111 de la OIT, la Convención para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer, el Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles, y la Convención Americana de Derechos Humanos priman sobre el Derecho nacional en aquellas áreas que proveen a las mujeres con mayor protección frente a prácticas discriminatorias.⁷²

En el texto de la Ley Antidiscriminación aparece el asunto del género y la discriminación que implica a las mujeres embarazadas, prohibiéndose de distintas

⁷¹ En lo que se denomina una interpretación *pro hominis*. Los Tratados de derechos humanos, a diferencia de otros Tratados internacionales, no tienen como único fin establecer derechos y obligaciones recíprocas entre sus Estados partes, sino establecer un sistema para proteger a los individuos. Esta interpretación es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento.

⁷² Por ejemplo, si bien la Constitución Mexicana no se refiere a un derecho fundamental a la intimidad, el artículo 11 de la Convención Americana ofrece una base jurídica para fundamentar que la prueba de embarazo conculca el derecho a la vida privada.

maneras. El artículo 9, sección III concluye que la prohibición de la elección libre de empleo o restringir las oportunidades de acceso es son prácticas discriminatorias.

En la sección VI del mismo artículo se dispone que los impedimentos para elegir de forma voluntaria el número de hijos y el espacio temporal entre ellos es una práctica discriminatoria.⁷³

El artículo 10, sección III requiere que los organismos públicos y las autoridades federales aseguren que las mujeres tengan asegurado el derecho a decidir el número de hijos y el espacio temporal entre ellos.

El artículo 15 obliga a los organismos públicos y las autoridades federales a la adopción de medidas que favorezcan la igualdad de oportunidades y a prevenir y eliminar las formas de discriminación enunciadas en el artículo 4 de la Ley.⁷⁴ De esta forma, la Ley Antidiscriminación reitera los derechos fundamentales que la Constitución mexicana otorga a las mujeres y requiere la implementación clara y efectiva del artículo 4 de la Ley Antidiscriminación que incorpora y prohíbe otras formas de discriminación, la más reseñable, la discriminación por embarazo.

También, la Ley Antidiscriminación crea un Consejo Nacional para la Prevención de la Discriminación para supervisar su implementación efectiva. El Consejo es un órgano descentralizado dependiente de la Secretaria de Estado con personalidad jurídica y sus propios recursos. Para el desarrollo de sus competencias, el Consejo disfruta de completa autonomía y tiene la facultad de negociar de forma independiente; para dictar Resoluciones en los procedimientos de reclamaciones, el Consejo no está subordinado a ninguna otra autoridad y

⁷³ Inspirada en el espíritu de la *Conferencia de El Cairo de 1994* que estableció que las personas deben ser capaces de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear con la libertad de decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia.

⁷⁴ La Ley obliga a las autoridades federales a aplicar todas las medidas y recursos en su poder para acabar con la discriminación dentro de sus propias agencias y en las áreas de políticas públicas en las que tengan competencias.

puede tomar sus decisiones con independencia absoluta.

Para el cumplimiento de sus objetivos de prevenir y eliminar la discriminación, se conceden al Consejo numerosas competencias y facultades en el artículo 20 entre las que se encuentran: la capacidad para diseñar estrategias e instrumentos (como programas de promoción, proyectos y acciones para la prevención y eliminación de la discriminación); proponer y evaluar que la implementación del Programa Nacional para la Prevención y Eliminación de la Discriminación sea coherente con la legislación aplicable;⁷⁵ verificar la adopción de medidas y programas para prevenir y eliminar la discriminación en instituciones públicas y privadas y Organizaciones; y a aplicar las medidas administrativas previstas en la Ley Antidiscriminación. En su conjunto, el artículo 20 enuncia un total de 19 medidas que el Consejo puede utilizar para prevenir y eliminar la discriminación.

La tercera sección de la Ley AntiDiscriminación desglosa los componentes del Consejo de Administración que consiste en una Junta de Gobierno y en el Presidente del Consejo.

El artículo 23 invita a un representante de diversos grupos, incluido el Instituto Nacional de la Mujer a ser un miembro permanente consultivo sin derecho de voto en la Mesa de Gobierno.

Adicionalmente, una Asamblea Consultiva servirá de órgano de opinión y valoración de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que el Consejo desarrolle.⁷⁶

⁷⁵ Se han llevado a cabo 13 reuniones de coordinación para evitar la fragmentación, y el Gobierno federal ha buscado la implementación de la nueva ley de igualdad de género a todos los niveles. Se ha creado un aparato de instituciones y mecanismos en el País con grupos a niveles locales responsables de la implementación de los programas en cuestión.

⁷⁶ Art. 31. La Asamblea Consultiva incorporará al menos a 10 y no más de 20 ciudadanos y representantes de los sectores sociales y privados y de la Comunidad académica quienes a través de su experiencia en el área de prevenir y eliminar la discriminación serán capaces de contribuir a cumplimiento de los fines del Consejo.

Finalmente, otro capítulo importante de la Ley Antidiscriminación se encuentra en el Capítulo VI bajo el Título de *Medidas Administrativas para Prevenir y Eliminar la Discriminación*. Según el artículo 83, el Consejo. Según el artículo 83, el Consejo puede adoptar las siguientes medidas en la lucha contra la discriminación: la educación de personas e instituciones para eliminar la discriminación: la educación de personas e instituciones que son partes de una decisión o arreglo del Consejo a través de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades; la colocación de anuncios en los establecimientos que no se adhieran a los requisitos antidiscriminatorios de la Ley; la presencia de personal del Consejo para la promoción y verificación de la adopción de medidas que favorezcan la igualdad de trato y la eliminación de todas las formas de discriminación en cualquier establecimiento que haya estado sujeto a una decisión del Consejo, durante el período de tiempo que determine el Consejo; y la publicación de un resumen de las decisiones del Consejo a través de distintos medios de comunicación.

El Consejo tomará en cuenta las siguientes consideraciones al determinar cuáles serán las medidas administrativas apropiadas a aplicar: el carácter intencional de la conducta discriminatoria; la gravedad del acto o práctica discriminatoria, y la recurrencia del acto. ⁷⁷

Pero, el Consejo también podrá recompensar a las compañías que lleven a cabo programas y medidas para prevenir la discriminación. De esta forma las compañías podrán reforzar su imagen corporativa y ética frente a la comunidad nacional e internacional. Para ello, el Consejo tiene competencia para preparar reglamentos con sanciones para las empresas incumplidoras y estímulos para aquellas que cumplan con las medidas.

⁷⁷ Según el artículo 83 se considera recurrencia de un acto discriminatorio que una misma persona incurra en una nueva violación de la prohibición de la discriminación.

A pesar de que esta Ley es bastante amplia y representa un logro y avance para el Derecho nacional, para los críticos,⁷⁸ la misma es demasiado débil, amplia y vaga. Desde el momento en que la Ley no crea responsabilidades civiles o penales para aquellos que realicen prácticas discriminatorias quedarán opciones muy limitadas para su aplicación. No es menos cierto, que esta Ley es la primera norma, nacional o internacional, que de forma explícita prohíbe la discriminación basada en un estado de embarazo. Realizar pruebas de embarazo a mujeres como condición para su empleo es una forma prohibida de discriminación sin ningún tipo de ambigüedad. Asimismo, el hecho de que alguna disposición de la Ley AntiDiscriminación sea amplia y poco precisa no es una característica necesariamente negativa ya que la Ley autoriza al Consejo para establecer la mayoría de medidas de aplicación lo que permite al Consejo poner fin a actos de discriminación de forma creativa, mediante medidas administrativas únicas.

Respecto de las medidas penales y civiles, apuntamos que estas no son exclusivas para solucionar los problemas. El objetivo a largo plazo de la lucha contra la discriminación es el de alcanzar la cohesión social y desarrollar una cultura de atmósfera de respeto por las diferencias. Por ejemplo, mediante medidas conciliatorias y acciones administrativas que promuevan la conciencia pública, la educación y la persuasión que logren que los ideales antidiscriminatorios sean parte de la base de una sociedad mexicana más igualitaria e inclusiva.

La Discriminación no sólo debe ser condenada, sino que requiere de alternativas.

Las multas y sanciones penales son efectivas porque limitan las prácticas discriminatorias de los empresarios, otras medidas sirven como alternativas a la discriminación. La propia Ley fomenta una actitud positiva hacia grupos

⁷⁸ Por ejemplo, algunos grupos de derechos humanos, ONG's gays, o de derechos de las Mujeres y Organizaciones indígenas.

vulnerables a la discriminación y educa y sensibiliza a la opinión pública sobre la naturaleza dañina de las prácticas discriminatorias.

A estas alturas es todavía demasiado pronto para determinar si es mejor un sistema como el que la Ley presenta con medidas administrativas en lugar de un sistema jurídico con penas y sanciones. Lo que si es un hecho es que la nueva Ley puede ser un instrumento mejor dirigido a origen del problema y al objetivo, a largo plazo, de cohesión social.

Además, esta Ley es una norma de mínimos a la que se deben adherir las empresas, los Estados de la República pueden adoptar normas que impongan requisitos más estrictos y penas elevadas.

8. LA REPRESENTACIÓN DE MUJERES EN EL ESPECTRO POLITICO MEXICANO. HACIA UNA MAYOR IGUALDAD.

Si bien México carece de una reglamentación de cuotas a nivel nacional, los dos principales partidos políticos de forma voluntaria han adoptado cuotas internas para el proceso electoral. La legislación aprobada en 1993 (fracción III del artículo 175 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) señalaba que los partidos " promoverán " una mayor participación de las mujeres en la vida política del País. Los primeros antecedentes hacia la igualación de los derechos de hombres y mujeres los encontramos en el ámbito de la Ciudadanía Política en 1916, limitada a tres Estados (Chiapas, Yucatán, y Tabasco). En 1923 se aprobó en San Luis Potosí una medida de inclusión que reconoció el derecho a participar en los procesos electorales a las mujeres que sepan leer y escribir y en 1936 se produjo otro avance en materia de equidad de derechos políticos en Puebla. En 1947 se otorgaron derechos políticos a las mujeres con el reconocimiento a votar y ser votadas, pero restringiéndolo al ámbito municipal. Seis años más tarde, el derecho a elegir y ser elegidas alcanzo

su plenitud para todo el ámbito federal. Sin embargo, estas medidas no tuvieron un verdadero impacto en la situación política de las mujeres, y las estadísticas así lo demuestran.⁷⁹

9. CONCLUSIONES

Históricamente, los principales interesados en que una declaración que protegiera los derechos fundamentales no tuviera lugar en el seno de la Unión Europea fueron los Estados.⁸⁰ Los derechos se hallaban diseminados por diversas normas de los Tratados o en normativa derivada o recogido en otros instrumentos, llegando incluso a enunciarse como objetivos de una política comunitaria.

Esta situación se ha ido flexibilizando en la década de los noventa y la *Declaración de Laeken* surgida del Consejo Europeo, reunido en Laeken los días 14 y 15 de diciembre de 2001, ha traído renovada el asunto del futuro de los Derechos Humanos al debate de la Constitución Europea. En el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa,⁸¹ hoy reconvertido en Tratado de Lisboa por un lado se recupera la idea de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁸² y por otro lado se prevé la incorporación de la Carta a los Tratados.⁸³

⁷⁹ Las Mujeres solo han alcanzado el 23 % de la representación en la Cámara baja y solo el 16 % en el Senado, y en los cargos ejecutivos la representación es todavía muy reducida para las mujeres.

⁸⁰ CLAPHAM ANDREW: " A Human Rights Policy for the European Community. " *Yearbook of European Law* 1990 pp. 360 – 361.

⁸¹ Adoptado por consenso por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003 presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003.

⁸² Artículo 7. 2 del Proyecto dispone " La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicha adhesión no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la Constitución. "

⁸³ Artículo 7. 1 del Proyecto dispone " La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución. "

Dos soluciones que bien pueden solaparse como ha apuntado el Profesor CARRILLO SALCEDO, " afirmando que estos son dos instrumentos jurídicos que pueden y deben enriquecerse mutuamente. " En la misma dirección, Rodríguez Iglesias y Valle Gálvez han manifestado " en la práctica, la incorporación del Convenio Europeo al ordenamiento jurídico comunitario por la vía de los principios generales ha llevado a una aplicación de las disposiciones del Convenio equivalente de hecho a su consideración formal como parte integrante del Derecho comunitario, aplicación en la que resulta clara además la voluntad del Tribunal de Justicia de respetar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultando, en cualquier caso, un nivel de protección de los derechos fundamentales generalmente considerado como satisfactorio " ⁸⁴ El Tratado de Lisboa ha dado un espaldarazo a esta tendencia al permitir, contrariamente a la opinión tradicional de los Jueces en Luxemburgo, en el artículo 6. 2 que la Unión se adherirá al *Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales* para lo que cuenta con personalidad jurídica propia. – art. 32.-

Sin embargo, respecto de la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales a los Tratados originarios han existido duras críticas ya que la misma no añade ninguna novedad en la protección de los derechos humanos pudiendo incluso tener un efecto inflacionario además de que su aplicación está muy restringida debido a normas nacionales y comunitarias, a pesar de la redacción del artículo 6 del Tratado, dudamos que las tesis sobre efecto útil y aplicabilidad directa entren en juego en un terreno tan sensible como esta gama amplia de derechos fundamentales.

Consideramos que las acciones afirmativas diseñadas para disminuir las desventajas naturales de los inmigrantes o minorías se pueden asociar a los

⁸⁴ RODRÍGUEZ IGLESIAS, VALLE GÁLVEZ, A.; " El Derecho comunitario y las relaciones entre el TJCE, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales nacionales. " *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, julio-diciembre 1997 p.369

beneficios especiales que se conceden a ancianos, madres, viudas, e inválidos que se dirigen a alcanzar una igualdad social