

DERECHO PENAL ANTIDISCRIMINATORIO MEXICANO: 2001-2021

Alberto FRANCISCO GARDUÑO*

SUMARIO: I. *Nota aclaratoria*. II. *Conceptualizar la “discriminación”*. III. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. IV. *Código Penal Federal*. V. *Código Penal para el Distrito Federal*. VI. *Códigos penales de las entidades federativas*. VII. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. VIII. *Retrospectiva y perspectivas*.

I. NOTA ACLARATORIA

El presente trabajo de investigación se enfoca en el análisis del derecho penal antidiscriminatorio en México durante un periodo de veinte años, comprendido entre la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, en adelante) publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, en lo sucesivo) el 14 de agosto de 2001 y enero de 2021, fecha hasta la cual se analizaron los 33 códigos penales vigentes en el Estado mexicano para rastrear, analizar y comparar los tipos penales de discriminación.

El derecho penal antidiscriminatorio es una faceta del derecho penal poco explorada en el país, a causa —principalmente— de la falsa creencia de que en México “la discriminación no existe” o simplemente no es considerada un problema de atención urgente. El presente trabajo busca explorar la atención al problema de la discriminación desde la óptica penal, particularmente desde la formulación y construcción de los tipos penales, identificando en su proceso legislativo, la etapa clave, que determinará la adecuada protección a los bienes jurídicos tutelados por dichos tipos: la dignidad, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación.

* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y abogado fintech en el sector privado. Líneas de trabajo: teoría del delito, derecho de ejecución penal, derecho económico y derecho antidiscriminatorio.

A lo anterior, se suma una política antidiscriminatoria desprovista de recursos humanos y económicos suficientes; ninguna política pública —por idónea que sea— logrará su cometido con buenas intenciones y sin recursos económicos.

II. CONCEPTUALIZAR LA “DISCRIMINACIÓN”

Como ya se ha referido en múltiples trabajos académicos,¹ la discriminación surge como un concepto neutro para nombrar a la acción de distinguir una “cosa” de otra; sin embargo, cuando la conducta de “discriminar” se presenta en la interacción entre seres humanos, quizá inicialmente de manera natural en las primeras organizaciones sociales, cuando se segregaba a quienes no podían trabajar para contribuir a la supervivencia del grupo; así, se inició con una serie de distinciones con efectos perjudiciales que hasta la fecha se siguen presentando en las acciones cotidianas.

La discriminación es una conducta arraigada en la cultura y, por ende, se ha difundido a través de los grupos sociales. Consiste en una distinción, exclusión, restricción o preferencia hacia un ser humano o grupo de seres humanos y trae como consecuencia, la obstaculización, menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos.

En ese sentido, la discriminación es un atentado directo contra la dignidad —piedra angular sobre la cual se fundan los derechos humanos y los Estados sociales democráticos y de derecho— y contra la igualdad —que permite realizar la vida con dignidad—, concretamente contra la igualdad sustantiva y el derecho a la no discriminación. Desde la óptica jurídica, existe discriminación cuando no se cumple con tres criterios: 1) objetividad, 2) racionalidad y 3) proporcionalidad; de modo que una distinción en la norma jurídica es válida si cumple con estos criterios.

La discriminación opera a través de expresiones de rechazo dirigidas contra determinados grupos o individuos que han sido estigmatizados con base en una concepción social que supera lo racional y que, pese a lo injustificado y arbitrario de dichas expresiones, por parte del sujeto que presenta la conducta se estiman como argumento “válido y suficiente”; con inde-

¹ La presente conceptualización es el resultado de la evolución de la primera definición que elaboré formalmente y se publicó en: voz “Discriminación”, en Contreras Bustamante, Raúl y Fuente Rodríguez, Jesús de la (coords.), *Diccionario Jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Tirant lo Blanch, 2019, pp. 735 y 736. Al tratarse de un tema de investigación recurrente en mi práctica profesional, se pueden encontrar múltiples referencias en torno a la construcción de una definición desde la óptica jurídica, disponible en: <https://notitiacriminis.mx/> y disponible en: <https://www.laquerelladigital.com/>.

pendencia del comportamiento que presenta o no el sujeto del acto discriminatorio. Quizá el mayor riesgo de no atender la discriminación es que cualquier persona puede ser víctima de ella en algún grado, con independencia de que efectivamente presente o no el rasgo, al cual el perpetrador le atribuya la razón de su conducta.

III. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Cuando se habla de un derecho penal antidiscriminatorio mexicano, es necesario partir de la referencia a su marco jurídico constitucional en el artículo 1o. de la CPEUM porque hace la función de una cláusula de reconocimiento o incorporación del derecho internacional de los derechos humanos e, históricamente, su contenido se ha ocupado indirectamente de la dignidad e igualdad, al prohibir la esclavitud. No se trata de obviar el contenido y vocación de otras normas constitucionales que también tutelan la igualdad, como es el artículo 4o. con su igualdad ante la ley de la mujer y el hombre.

En el último siglo, el artículo 1o. constitucional ha sido objeto de tres reformas desde su aprobación, a saber:

- a) La primera de ellas se publicó en el *DOF* de 14 de agosto de 2001 y consistió en adicionar un párrafo segundo que originalmente era el artículo 2o. constitucional y un párrafo tercero, que introdujo el principio de no discriminación, de la siguiente forma:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²

Esta enmienda dio fundamento jurídico a una política antidiscriminatoria.

² “Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero, del artículo 4o.; y se adiciona un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, Primera Sección, 14 de agosto de 2001, p. 2, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_151_14ago01_ima.pdf

- b) La reforma siguiente fue publicada el 4 de diciembre de 2006. En ella se modificó el párrafo tercero con el fin de cambiar “capacidades diferentes” por “discapacidades”.³
- c) La tercera y última enmienda fue la de 10 de junio de 2011, en ella hubo variación: en el párrafo primero se reemplazó “todo individuo” por “todas las personas”; se sustituyó “garantías que otorga” por “derechos humanos reconocidos” y se adicionó “y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”; se adicionaron dos párrafos (un segundo y un cuarto); y en el ahora párrafo quinto se añadió el calificativo “sexuales” a la categoría preferencias.⁴

El artículo 1o. constitucional quedó integrado por cinco párrafos, cada uno de ellos da fundamento a elementos de suma trascendencia, como son: el párrafo primero es fundamento del principio de igualdad en derechos fundamentales, jerarquía constitucional de los tratados internacionales, restricción y suspensión de garantías; el párrafo segundo prevé la interpretación conforme y el principio pro persona; el párrafo tercero integra las obligaciones generales y específicas del Estado en materia de derechos humanos y las características de los derechos humanos; el párrafo cuarto prohíbe la esclavitud y garantiza la libertad; y el párrafo quinto contiene el principio de igualdad ante la ley y no discriminación, así como las llamadas categorías sospechosas.

Resulta interesante advertir que, si bien el tema de esta investigación es el derecho penal antidiscriminatorio como una de las formas en que el Estado cumple con el deber de sancionar la violación al derecho humano a la igualdad (especialmente la igualdad de hecho o sustantiva) y el derecho a la no discriminación, de acuerdo con Carbonell, esta norma habilita un control jurisdiccional de la no discriminación,⁵ que no se refiere ni al pro-

³ “Decreto por el que se reforma el Artículo 1o., Párrafo Tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2006, Primera Sección, p. 13, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_169_04dic06_ima.pdf

⁴ “Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, Primera Sección, p. 2, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

⁵ “Una de las cuestiones más debatidas de los últimos años en torno a la prohibición de discriminar tienen que ver con la forma en que su violación puede ser reparada; concretamente, el tema que preocupa de forma insistente es el de los efectos de una sentencia de la jurisdicción constitucional que anule una norma por ser discriminatoria. En algunos casos, el efecto

ceso penal, ni al proceso de queja sustanciado ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, sino a un asunto de la jurisdicción constitucional.

Con la inclusión de la llamada “cláusula antidiscriminatoria” contenida en el párrafo 5o., del artículo 1o., de la CPEUM, todas las autoridades estatales se vieron vinculadas a proteger en el ámbito de su competencia los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Consecuencia de lo anterior, se formuló la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación publicada en el *DOF* de fecha 11 de junio de 2003.

Una obligación del Estado en materia de derechos humanos es garantizar que las personas cuyos derechos fueron violados, cuenten con un recurso efectivo para su atención integral. Es cierto, originariamente correspondió a los organismos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos la atención de casos de discriminación, pero se presentaron dos situaciones: 1) ante la existencia de una nueva autoridad, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación —creado con base en la ley de 2003—, responsable principal de la política antidiscriminatoria y con competencia para conocer de posibles actos de discriminación, las comisiones de derechos humanos dejaron de atender esos casos, y 2) tanto las comisiones de derechos humanos, como el entonces recién creado Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, sólo tenían competencia cuando los probables responsables de conductas discriminatorias fueran autoridades estatales, limitándose a “orientar y conciliar” cuando los acusados fueran particulares.

Desde el inicio de su vigencia hasta la publicación de la reforma de 20 de marzo de 2014, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación preveía como única forma de atender las quejas por presuntas conductas discriminatorias de particulares, el procedimiento conciliatorio, en el que, si alguna de las partes o ambas no lo aceptaban, la atención a la queja se limitaba a “brindar orientación al quejoso para que acuda ante instancias judiciales o administrativas correspondientes”.⁶

En relación con la reforma constitucional de 2001 y con la Ley Federal de 2003, la aparición de leyes antidiscriminatorias en cada una de las treinta y dos entidades federativas se dio de forma muy diferente en el transcurso del tiempo, a saber: en 2004, únicamente Tamaulipas; en 2005, sólo Nayarit; en

de esa sentencia puede ser el de extender el supuesto de la norma a sujetos hasta entonces irrazonablemente excluidos de ella; en otros puede llevar a la simple anulación de la norma, retirando un derecho o prerrogativa que había sido reconocido de forma discriminatoria”, Carbonell, Miguel, “Artículo 1o. Comentario”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 9a. ed., sección tercera, vol. VI, México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 274.

⁶ Artículo 81, párrafo segundo, de la publicación original de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

2006, tres entidades federativas;⁷ en 2007, cuatro estados;⁸ en 2008, únicamente Colima; en 2009, cuatro estados;⁹ en 2010, sólo Yucatán; en 2012, cuatro estados;¹⁰ en 2013, seis entidades federativas;¹¹ en 2014, dos estados;¹² en 2015, dos estados;¹³ en 2016, dos estados;¹⁴ y en 2017, Nuevo León, siendo el último estado en contar con su propia ley en esta asignatura.

De las treinta y dos entidades federativas, diecinueve crearon una autoridad específica para ser titular de la política antidiscriminatoria¹⁵ y doce facultaron a su comisión estatal de derechos humanos para encargarse. Excepcionalmente, en el Estado de Puebla, se ordenó la integración de comités al interior de cada ente público para conocer de conductas discriminatorias.

Más allá de la titularidad de la política antidiscriminatoria, es preciso comentar que la autoridad creada, independientemente de su nombre, en varios casos es un mecanismo de coordinación interinstitucional que delega la facultad para conocer de presuntas conductas discriminatorias; sin embargo, convocar a tantas personas y autoridades para su integración provoca que la viabilidad de su conformación y correcto funcionamiento se vuelvan lejanos y, al final, no es comprensible a quién le toca conocer de las conductas discriminatorias, menos cuando el probable responsable es un particular, con lo que se evidencia la ineficiencia del sistema de protección no jurisdiccional del derecho a la no discriminación; frente a lo cual, el Poder Legislativo encausó hacia la instancia penal, la respuesta estatal a los actos de discriminación.

IV. CÓDIGO PENAL FEDERAL

Es posible fijar la fecha de inicio de esta introducción del derecho penal antidiscriminatorio en el orden jurídico nacional, el 3 de marzo de 2011, cuando la diputada Diva Hadamira Gastélum Bajo presentó a consideración del

⁷ Baja California Sur, Zacatecas y la Ciudad de México; esta última publicó su ley en la *Gaceta Oficial* de 19 de julio de 2006, misma que posteriormente fue abrogada y sustituida por la publicada el 24 de febrero de 2011.

⁸ Campeche, Chihuahua, Coahuila y Estado de México.

⁹ Chiapas, Durango, Michoacán y San Luis Potosí.

¹⁰ Aguascalientes, Baja California, Querétaro y Quintana Roo.

¹¹ Hidalgo, Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Tlaxcala y Veracruz.

¹² Guanajuato y Sonora.

¹³ Jalisco y Morelos.

¹⁴ Guerrero y Tabasco.

¹⁵ Baja California Sur, Chiapas, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Yucatán y Zacatecas.

pleno de la Cámara de Diputados la “Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones a los Códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales”. Dicha iniciativa también fue signada por las diputadas Alma Carolina Viggiano Austria, Rosario Brindis Álvarez y Enoé Uranga Muñoz. Una vez presentada, fue turnada a la Comisión de Justicia de la LXI Legislatura de la Cámara de Diputados en la misma fecha. Comisión que, para su estudio, análisis y dictaminación, la agrupó junto con otras iniciativas con la temática de la situación jurídico-penal de la mujer y su acceso a la justicia, y que proponían cambios a los mismos ordenamientos.

Al anterior grupo de iniciativas, se sumó otro en la misma línea temática, compuesto por iniciativas que, además de proponer modificaciones a los códigos penales sustantivo y procesal, buscaban reformar la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; motivo por el cual, de este segundo grupo conoció también, la Comisión de Equidad y Género, unida a la de Justicia. Finalmente, el dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, y Equidad y Género, versó acerca de nueve iniciativas y sumó propuestas para modificar la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

De acuerdo con las consideraciones respecto de las nueve iniciativas referidas, “todas ellas proponen reformar ordenamientos legales a efecto de garantizar el acceso a la justicia para las mujeres de manera eficaz, igualitaria y desde una perspectiva de género”.¹⁶ Por lo que respecta a la discriminación vista como delito, sólo una de estas iniciativas proponía su tipificación; se trata de la del 3 de marzo de 2011, misma que fue tomada como eje rector en la elaboración del dictamen, por presentar una propuesta de reformas integral, además de abordar al tiempo, los otros temas en los que el resto de iniciativas buscaban incidir.¹⁷ El dictamen que resultó de la decisión anterior, buscó impactar en las siguientes figuras: reparación del daño, perdón del ofendido, prescripción de los delitos, homicidio y lesiones calificadas por odio, feminicidio, delitos contra los derechos reproductivos,

¹⁶ Cámara de Diputados, “Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, y de Equidad y Género, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal; y de las Leyes General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Orgánica de la Administración Pública Federal, y Orgánica de la Procuraduría General de la República”, *Diario de los Debates*, 13 de diciembre de 2012, p. 4. Consultado dentro del documento “Proceso Legislativo: Decreto 254, LXI Legislatura”, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/254_DOF_14jun12.pdf.

¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 7.

abuso sexual, estupro, violación, incesto, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, trata equiparada, violencia familiar y fraude familiar.¹⁸

Lo que ocurrió con el artículo donde se tipificaba la discriminación fue lo siguiente: de la iniciativa a su dictamen por la Comisión de Justicia, se modificó la ubicación del artículo: el número que le correspondería y, el número y rubro del capítulo; se cambió la redacción del primer párrafo; se modificó una fracción y se añadieron otras tres; y se adicionaron dos párrafos previos al último de la propuesta. El dictamen fue aprobado en lo general y en lo particular por 279 votos, 0 abstenciones y 0 votos en contra, en fecha de 13 de diciembre de 2011 y fue turnado a la Cámara de Senadores.

La minuta con el proyecto de decreto fue recibida en la sesión ordinaria del Senado de la República del 15 de diciembre de 2011. En la misma sesión se acordó darle trámite y fue turnada a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, las cuales procedieron a su análisis y entre las consideraciones que efectuaron en su proyecto de modificaciones, trascendió que suprimieron lo correspondiente a la discriminación; pero fue una reserva presentada al momento de su exposición al pleno del Senado la que reincorporó al capítulo de discriminación al proyecto que, finalmente, se regresó a la Cámara de origen.

La Cámara de Diputados al cumplir con la obligación de únicamente entrar al estudio de los cambios propuestos por la Cámara revisora, acordó de conformidad con las modificaciones y así fue como finalmente, el texto legal del que se ocupa este apartado continuó sin modificación hasta que inició su vigencia.

En los párrafos anteriores se da una explicación sucinta sobre la trayectoria por la que transitó el texto que quedaría como artículo 149, Ter hasta comenzar su vigencia, pero algo que cobra vital relevancia es que, de los debates entre los legisladores, se aprecia que los diputados apenas mencionaron el tema de la discriminación como delito y en el Senado casi se queda fuera de la reforma.

En este contexto, en los comentarios de las y los legisladores a favor de la inclusión de la discriminación en el Código Penal Federal, se aprecia más “buena voluntad” que técnica legislativa o conocimiento jurídico penal. Tampoco abundaron los conocimientos sobre política criminal; sin embargo, no se soslaya que, con independencia de las motivaciones y fundamentos de las legisladoras y legisladores, lo relevante es contar con dichas reformas penales.¹⁹

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 22-25.

¹⁹ Por ejemplo, la diputada Enoé Margarita Uranga Muñoz manifestó: “Gracias, presidente. Un día de fiesta y de estar contentos...”

Ahora bien, en lo relativo a los argumentos expuestos en la iniciativa y concretamente a lo que se refiere a la discriminación como delito, destacan los siguientes:

- La igualdad formal entre mujeres y hombres como principio jurídico internacional reconocido en los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes para el Estado mexicano.
- Se expresa la necesidad de una acción normativa para combatir las manifestaciones aún subsistentes de discriminación —cualquiera que sea el tipo de ésta— y que permita la remoción de aquello que impida alcanzar la igualdad; se pone énfasis en las mujeres, pues su vulneración y discriminación por razones de sexo y género es una situación antiquísima en la historia de la humanidad, reconociendo que han sido ellas, quienes mayor esfuerzo han aplicado para la reivindicación de sus derechos.
- Se habla de la eliminación de los factores culturales de violencia y discriminación presentes en la ley que generan injusticia e impunidad. La creación de normas jurídicas y la modificación de las actuales, no debe ignorar el impacto diferenciado que la aplicación de determinados ordenamientos puede generar en la vida de las personas.

En el tema de discriminación agradezco a la Comisión de Justicia por aceptar la propuesta de su servidora en sus términos. El Código Penal por primera vez hablará de la obligación de no discriminar por preferencia sexual, identidad genérica, xenofobia entre varias otras causas. Efectivamente estamos creando el Delito de Discriminación que se perseguirá por querrela, pues aunque existe la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación su gran debilidad es que carece de sanciones efectivas que inhiban estas conductas y que hagan que el responsable enfrente a la justicia.

Gracias al nuevo artículo 149, Ter, quien vulnere derechos humanos, menoscabe libertades, provoque o incite a la violencia; niegue un servicio o una prestación, excluya, etcétera, enfrentará pena de prisión, días de trabajo en favor de la comunidad y multa económica.

De la mano de esta reforma está la necesidad de que se reconozcan el homicidio y lesiones de odio como un elemento agravante para la aplicación de la pena, por ello ahora se definiría y reconocería la existencia de estas agresiones motivadas en la discriminación”.

Cámara de Diputados, *Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, y de Equidad y Género, con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal Federal; y de las Leyes General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Orgánica de la Administración Pública Federal, y Orgánica de la Procuraduría General de la República*, 13 de diciembre de 2011, pp. 10 y 12. Aprobado en lo general y en lo particular por 279 votos en pro, 0 en contra y 0 abstenciones. Se turnó a la Cámara de Senadores para sus efectos constitucionales. *Diario de los Debates*, 13 de diciembre de 2012.

- Se señala a la violencia de género como el primero y más alarmante de los fenómenos que afectan la vida de las mujeres, cuya concepción social y jurídica también se ha transformado, pasando de ser un “asunto de familia” que se resolvía en la privacidad del hogar a ser perseguido y denunciado con ordenamientos específicos para su erradicación; sin embargo, el progreso en su atención es insuficiente.

Del análisis y dictamen de la primera lectura de la “Minuta Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, remitida por la Cámara de Diputados el 13 de diciembre de 2011, las Comisiones Unidas de Justicia; y Estudios Legislativos del Senado, en lo que atañe al proyecto de artículo 149, ter, efectuaron una breve exploración de cada uno de sus seis párrafos. De dicha revisión, lo destacable es la referencia a identificar quiénes serían los sujetos activo y pasivo, la presencia de dolo directo, criticar los supuestos en los que se ve agravado, mencionar los elementos normativos de valoración cultural presentes y las 252 formas posibles en que podría configurarse el delito con la redacción propuesta.²⁰

Dentro del dictamen en comento, en la parte de “Consideraciones” se cuestiona la utilización de conceptos vagos o imprecisos derivado del arribo de conceptos de índole social a la órbita del derecho penal. La principal crítica al artículo 149 ter se centró en su incumplimiento a la exigencia del derecho a la legalidad en materia penal, “para que el legislador describa de manera precisa, clara y unívoca las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas”.²¹

Otra cuestión que se critica y sobre la que desafortunadamente no se profundiza es la referencia al principio de intervención mínima del derecho penal, para recordar que varios de los supuestos contenidos en la propuesta de artículo 149 ter no deberían estar siendo considerados dentro de la ley penal.²²

²⁰ Senado de la República, Comisiones Unidas de Justicia y Estudios Legislativos, *Minuta Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, 11 de abril de 2011, pp. 10-12.

²¹ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

²² *Ibidem*, p. 31.

Luego de esas reflexiones, la discriminación habría quedado fuera, de no ser por una propuesta de reserva al dictamen en comento, formulada por los senadores Jesús Murillo Karam y Leonel Godoy Rangel y la senadora María Serrano Serrano, que finalmente se aprobó por unanimidad, lo cual contrasta con que previamente ni siquiera se había pensado incluir ese artículo. De la reserva se destaca lo siguiente:

El pasado 3 de marzo, Ricardo Bucio, presidente del CONAPRED, confirmó la necesidad de sancionar la discriminación por la vía administrativa o penal ante un preocupante incremento de este fenómeno en el país.

Imagínense ustedes que en el año 2011 se interpusieron más de 1093 denuncias, y en lo que va de este año tenemos 254. Ante el crecimiento de este fenómeno, la Cámara de Diputados incluyó en su dictamen el tipo penal de discriminación...²³

El mismo 19 de abril de 2012, el dictamen de la minuta (incluyendo la reserva aprobada) fue votado con 74 votos a favor y una abstención; luego fue devuelto con modificaciones a la Cámara de Diputados. Fue el 24 de abril del mismo año, cuando el presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, turno la minuta a la Comisión de Justicia.

La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados subraya en relación con el artículo 149 ter de la minuta enviada por el Senado lo siguiente:

Continúa señalando que el Juicio análogo con relación a la nueva figura delictiva que se invoca plasmar con el interés de prohibir y sancionar la discriminación. Descripción típica, en la que se manifiestan el uso de algunos conceptos vagos e imprecisos, consecuencia de transposiciones a la esfera penal de conceptos desarrollados en las ciencias sociales; como el enunciado que se presenta en el párrafo penúltimo del artículo 149 Ter del Código Penal Federal.

Recalca que los Principios de determinación y de taxatividad (*sic*), que imponen a las autoridades que legislen y juzguen la obligación de evitar en normas que expidan la presencia de enunciados vagos o imprecisos, abiertos y amplios que solo consientan la arbitrariedad y la incertidumbre jurídica, por lo que con fundamento al artículo 14 Constitucional se exige una exacta aplicación de la propia Ley.²⁴

²³ *Propuesta de Reserva al Dictamen con Proyecto de Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, elaborada por los senadores Jesús Murillo Karam y Leonel Godoy Rangel y la senadora María Serrano Serrano, 19 de abril de 2012, p. 1.

²⁴ Cámara de Diputados, "Dictamen de la Comisión de Justicia, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la

Si los anteriores argumentos los tenía presentes la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, es de extrañar que dentro de sus consideraciones no se apuntó nada más sobre la redacción del artículo 149, Ter y, tal y como fue enviado por los senadores, el texto se conservó sin una sola modificación en el dictamen de la Comisión de Justicia, que fue discutido y votado el 30 de abril de 2012, y turnado al Ejecutivo federal para sus efectos constitucionales.²⁵ En tan importante paquete de reformas, también se aprobó el feminicidio, el homicidio y las lesiones calificadas por ventaja, cuando exista una situación de vulnerabilidad motivada por la condición física o mental o por discriminación.²⁶

La redacción del artículo 149, Ter, del Código Penal Federal que finalmente fue aprobada es la siguiente:

Título Tercero Bis

Delitos contra la Dignidad de las Personas

Capítulo Único

Discriminación

Artículo 149 Ter. Se aplicará sanción de uno a tres años de prisión o de ciento cincuenta a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad y hasta doscientos días multa al que por razones de origen o pertenencia étnica o nacional, raza, color de piel, lengua, género, sexo, preferencia sexual, edad, estado civil, origen nacional o social, condición social o económica, condición de salud, embarazo, opiniones políticas o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas mediante la realización de cualquiera de las siguientes conductas:

I. Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho;

II. Niegue o restrinja derechos laborales, principalmente por razón de género o embarazo; o límite un servicio de salud, principalmente a la mujer en relación con el embarazo; o

III. Niegue o restrinja derechos educativos.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación a que tenga derecho se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, p. 3, *Diario de los Debates*, 30 de abril de 2012.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Diario Oficial de la Federación*, 14 de junio de 2012.

e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Cuando las conductas a que se refiere este artículo sean cometidas por persona con la que la víctima tenga una relación de subordinación laboral, la pena se incrementará en una mitad.

Asimismo, se incrementará la pena cuando los actos discriminatorios limiten el acceso a las garantías jurídicas indispensables para la protección de todos los derechos humanos.

Este delito se perseguirá por querrela.

V. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El 30 de septiembre de 1999 se publicó en el *DOF*, el “Decreto por el que se derogan, reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”, el cual significó un antes y un después en la legislación penal a nivel federal y local porque trajo a la vida jurídica el “Código Penal para el Distrito Federal” a través de un proceso legislativo muy criticado²⁷ y dejó por separado un “Código Penal Federal”.

Entre los cambios que comenzaron a marcarle una identidad propia, hasta “vanguardista” al Código Penal para el Distrito Federal, se encuentra que se adicionó el “Título Decimoséptimo Bis” denominado “Delitos contra la Dignidad de las Personas”, con un capítulo único que contenía los artículos 281 Bis y 281 Ter, que tipificaron la discriminación y la tortura, respectivamente. La autora Olga Islas, quien realiza una crítica al origen del Código Penal del año 2000, igualmente reconoce la notable contribución que significa para el desarrollo social, la aparición de tipos penales protectores de la dignidad.²⁸

No acababa el año 2000, cuando ya se presentaban iniciativas para que el Distrito Federal contara con un “nuevo” Código Penal y aunque ninguno de esos proyectos prosperó, la intención reformista tuvo sus frutos y el 16 de julio de 2002, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, apareció publicado el “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, que se ocuparía de la discriminación en el artículo 206.

²⁷ Islas de González Mariscal, Olga, “El nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIII, núm. 98, mayo-agosto de 2000, pp. 845-872.

²⁸ *Ibidem*, p. 867.

Es interesante que durante la discusión del dictamen del proyecto de decreto del entonces llamado Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, intervino el diputado José Luis Buendía Hegewisch con relación al delito de discriminación para destacar que con “la nueva descripción que de él se hace, se abre la posibilidad de que cualquier persona o grupo de personas que se vea vejada o excluida por motivos discriminatorios, pueda querellarse y el delito se pueda perseguir sin la necesidad de que la vejación o la exclusión hayan tenido como resultado un daño material o moral, éste no tendrá que acreditarse”.²⁹

Buendía Hegewisch continúa diciendo: “De esta manera se da protección a la igualdad como bien jurídico tutelado y se contribuye a la construcción de una comunidad donde la pluralidad sea un valor positivo que enriquezca la vida social y no una razón más para profundizar en la desigualdad”.³⁰

Las diferencias entre los “delitos contra la dignidad de las personas” en el Código del 2000 y el Código del 2002, se enlistan a continuación:

- Título: cambia el número y la denominación permanece igual.
- Capítulo: continúa un capítulo único. El código de 2002 añade la denominación “Discriminación”.
- El número de artículo pasa de 281 bis a 206.
- En el párrafo primero se suprime la pena de trabajo en favor de la comunidad; se añade a las categorías protegidas, la procedencia étnica; la categoría “carácter físico” cambia por “características físicas”.
- La fracción primera se mantiene igual; la fracción segunda se suprime; de la fracción tercera se conserva sólo una parte y el contenido de la fracción cuarta se conserva igual y pasa a ser la fracción tercera.
- Del párrafo segundo se suprimen 2 elementos: “... incurra en alguna de las conductas previstas en este artículo...” y “...hasta por el...”.
- Se suprime el párrafo tercero.
- Del párrafo cuarto, únicamente se conserva que se perseguirá por querrela.

Luego de anotar los cambios que sufrió el artículo 281 bis tras su aparición en el Código del 2000, conviene mencionar que durante la “Discusión

²⁹ *Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, año 2, núm. 6, 30 de abril de 2002.

³⁰ *Idem*.

en lo particular del dictamen del proyecto que contiene el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, la diputada Enoé Margarita Uranga Muñoz fue la única que se refirió al artículo 206, destacando la importancia de la pena de trabajo en favor de la comunidad y lo perjudicial de su supresión; el incumplimiento a compromisos internacionales en materia de discriminación y la ausencia del reconocimiento de la discriminación positiva como medida afirmativa, principalmente.³¹

El artículo 206 del otrora “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, desde que comenzó su vigencia se ha reformado en dos ocasiones “aparentemente”:

- a) La primera adicionó como pena el trabajo en favor de la comunidad como una opción diferente a la prisión; se cambia el orden de aparición entre las categorías embarazo y estado civil; se añadió “... cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:...”. Se adiciona una fracción segunda, que rescata tres de cuatro líneas de la redacción de la fracción II del Código del 2000; en el párrafo segundo se adiciona la aclaración “...por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo,...”, que retoma la intención del tipo calificado contenido en Código del 2000; y se adiciona un párrafo tercero donde se señalan las medidas que no serán consideradas como discriminatorias.³²
- b) La segunda corresponde al “Decreto de Reformas al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal” publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 9 de junio de 2006, que en su Artículo Tercero menciona el artículo 206, mismo que no aparece en el cuerpo del decreto y en una comparación entre la redacción resultado de la reforma anterior de 25 de enero de 2006 y el texto vigente se puede apreciar que no hay cambios;³³ por ello se apuntaba que se reformó “aparentemente” en dos ocasiones.

³¹ La discusión en lo particular siguió inmediatamente después al conteo de votos del dictamen generado por la discusión en lo general, *Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, año 2, núm. 6, 30 de abril de 2002.

³² “Decreto por el que se reforman los artículos 206 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, 249, 614 y 615 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal”, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 25 de enero de 2006.

³³ “Decreto de Reformas al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal”, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 9 de junio de 2006.

Finalmente, se destaca que las modificaciones que se efectuaron al artículo 206, fueron en el sentido se acercarse más a la redacción del artículo 281, Bis del Código del 2000; aspectos que en su momento la diputada Uranga Muñoz ya había advertido antes de la aprobación del texto vigente. La redacción del artículo 206 en el Código Penal para el Distrito Federal quedó finalmente de la siguiente manera:

Título Décimo

Delitos Contra la Dignidad de las Personas

Capítulo Único

Discriminación

Artículo 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.- Provoque o incite al odio o a la violencia;

II.- Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general;

III.- Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendientes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos.

Este delito se perseguirá por querrela.

VI. CÓDIGOS PENALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

En los Estados Unidos Mexicanos, de las treinta y dos entidades federativas, Guanajuato y Nayarit no tipifican la discriminación. La aparición de los tipos penales de discriminación en los códigos penales se dio de forma heterogénea a través de los años: en el 2000, la Ciudad de México es la primera en tipificar la discriminación; en 2003, Veracruz; en 2006, Chihuahua; en

2007, Chiapas; en 2009, Durango; en 2010, Quintana Roo; en 2011, dos estados;³⁴ en 2012, cuatro estados y el Código Penal Federal;³⁵ en 2013, cuatro estados;³⁶ el 2014, es el año en que más entidades federativas tipificaron la discriminación, fueron ocho;³⁷ en 2015, Tamaulipas; en 2016, Sonora; en 2017, tres estados;³⁸ y en 2018, Oaxaca fue la última entidad en incorporar la discriminación a su ley penal sustantiva.

Los bienes jurídicos tutelados de acuerdo con la ubicación de las figuras típicas dentro de los treinta códigos penales locales, son: la dignidad de las personas, en doce entidades federativas y el Código Penal Federal;³⁹ la dignidad y el desarrollo en cinco estados;⁴⁰ la dignidad, paz y seguridad, en tres estados;⁴¹ la dignidad y el honor, en tres estados;⁴² la dignidad y la familia en dos estados;⁴³ la dignidad y la moral en Chiapas; el honor en Colima; el libre ejercicio de la educación pública en Baja California; el derecho a una vida libre de violencia en Oaxaca; y, la igualdad en Coahuila.

En cuanto a las penas previstas, se ordenan las siguientes: prisión o trabajo en favor de la comunidad y multa, en doce entidades federativas y el Código Penal Federal;⁴⁴ prisión y multa, en once estados;⁴⁵ prisión o multa y trabajo en favor de la comunidad, en tres estados;⁴⁶ prisión, multa y trabajo en favor de la comunidad, en dos estados;⁴⁷ prisión, trabajo en favor de la comunidad o libertad supervisada y multa, en Coahuila; y, multa o trabajo en favor de la comunidad, en Jalisco.

El estado de Jalisco es el único que no sanciona la discriminación con prisión. En lo que respecta a las punibilidades de la pena de prisión en veintinue-

³⁴ Querétaro y Yucatán.

³⁵ Campeche, Estado de México, Puebla y Zacatecas.

³⁶ Aguascalientes, Baja California, Sinaloa y Tlaxcala.

³⁷ Baja California Sur, Colima, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nuevo León, San Luis Potosí y Tabasco.

³⁸ Coahuila, Guerrero e Hidalgo.

³⁹ Aguascalientes, Baja California Sur, Chihuahua, Ciudad de México, Hidalgo, Jalisco, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala y Veracruz.

⁴⁰ Estado de México, Morelos, San Luis Potosí, Sonora y Zacatecas.

⁴¹ Durango, Tamaulipas y Yucatán.

⁴² Campeche, Nuevo León y Puebla.

⁴³ Guerrero y Michoacán.

⁴⁴ Chihuahua, Ciudad de México, Estado de México, Guerrero, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sonora, Tamaulipas y Zacatecas.

⁴⁵ Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Durango, Hidalgo, Puebla, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco y Tlaxcala.

⁴⁶ Baja California, Michoacán y Yucatán.

⁴⁷ Chiapas y Veracruz.

ve estados, son: de tres meses a un año, en dos estados;⁴⁸ de seis meses a dos años, en dos estados;⁴⁹ de seis meses a tres años, en tres estados;⁵⁰ de seis meses a cinco años, sólo en Campeche; de un año a tres años, en dieciocho estados y el Código Penal Federal;⁵¹ de dos a cuatro años, en Quintana Roo; de dos a cinco años, en Baja California; de tres a seis años, únicamente en Chiapas.

Los tiempos mínimos de prisión previstos en las punibilidades son: tres meses, en dos estados;⁵² seis meses, en seis estados;⁵³ un año, en dieciocho entidades federativas y el Código Penal Federal;⁵⁴ dos años, en dos estados;⁵⁵ y tres años en Chiapas.

Los máximos previstos en las punibilidades son: un año, en dos estados;⁵⁶ dos años en dos estados;⁵⁷ tres años en veintidós estados y el Código Penal Federal;⁵⁸ cuatro años en Quintana Roo; cinco años en dos estados;⁵⁹ seis años en Chiapas.

En cuanto a la pena de trabajo en favor de la comunidad, está prevista en diecinueve entidades federativas, donde las punibilidades son: de veinticinco a cien días, en nueve estados;⁶⁰ de treinta a cien días, en Jalisco; de cien a doscientos días, en Quintana Roo; de cien a trescientos días, en dos estados;⁶¹ de seis meses a un año, en Coahuila; de ciento cincuenta a trescientos días, en cuatro estados y el Código Penal Federal;⁶² y hasta mil días en Veracruz.

⁴⁸ Coahuila y Nuevo León.

⁴⁹ Aguascalientes y Tabasco.

⁵⁰ Chihuahua, Michoacán y San Luis Potosí.

⁵¹ Baja California Sur, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

⁵² Coahuila y Nuevo León.

⁵³ Aguascalientes, Tabasco, Chihuahua, Michoacán, San Luis Potosí y Campeche.

⁵⁴ Baja California Sur, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

⁵⁵ Baja California y Quintana Roo.

⁵⁶ Coahuila y Nuevo León.

⁵⁷ Aguascalientes y Tabasco.

⁵⁸ Baja California Sur, Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas.

⁵⁹ Baja California y Campeche.

⁶⁰ Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Querétaro, Tamaulipas y Yucatán.

⁶¹ Baja California Sur y Michoacán.

⁶² Guerrero, Oaxaca, Sonora y Zacatecas.

En lo que respecta al número de fracciones: dos estados tienen seis fracciones;⁶³ siete estados tienen cinco fracciones;⁶⁴ trece estados tienen cuatro fracciones;⁶⁵ cinco estados y el Código Penal Federal, tienen tres fracciones;⁶⁶ Aguascalientes tiene dos fracciones; y dos estados no tienen fracciones.⁶⁷

Otro aspecto interesante es que, de las treinta entidades federativas, veintiocho prevén una calificativa en función de la calidad de servidor público del sujeto activo; las excepciones son Baja California y Tabasco.

VII. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido una evolución sumamente interesante y valiosa en el quehacer jurídico nacional, especialmente durante la apertura de la Décima Época a raíz de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011.

Entre las aclaraciones y precisiones que ha aportado la jurisprudencia se encuentran las explicaciones en torno a los siguientes tópicos:

- a) Derecho humano a la igualdad jurídica. La igualdad como derecho fundamental —se reitera— se modificó sustancialmente a partir de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, con lo cual sus condiciones de aplicación y supuestos de protección se ampliaron gracias al contenido de los tratados internacionales; en consecuencia, cuando se ventile una violación al principio de igualdad, el juzgador no puede considerar “sin importancia” el tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales que se refieran a la igualdad y la prohibición de la discriminación.⁶⁸

El derecho humano a la igualdad jurídica, como un principio adjetivo, está compuesto por dos facetas diferentes, pero complementarias

⁶³ Baja California Sur y Coahuila.

⁶⁴ Chiapas, Durango, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Oaxaca y Veracruz.

⁶⁵ Chihuahua, Ciudad de México, Colima, Estado de México, Morelos, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

⁶⁶ Campeche, Guerrero, Nuevo León, Sonora y Tabasco.

⁶⁷ Baja California y Tamaulipas.

⁶⁸ DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, Tesis: 1a./J. 124/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, diciembre de 2017, t. I, p. 156.

e interdependientes entre sí. La primera de esas facetas es la igualdad formal o de derecho, compuesta a su vez por dos áreas: *a)* la igualdad ante la ley y *b)* la igualdad en la norma jurídica; la violación a la igualdad formal se concreta en dos tipos de actos discriminatorios, los directos y los indirectos.

La segunda de las facetas del derecho humano a la igualdad jurídica es la igualdad sustantiva o de hecho, cuya violación se concretiza a través de actos de discriminación estructural y omisiones (*v. gr.*, desproporcionada aplicación de la ley y efecto adverso o desproporcional de cierto contenido normativo contra un grupo social relevante o de sus integrantes). La violación a la igualdad sustantiva se acredita dependiendo de las características del propio grupo y la existencia acreditada de discriminación estructural y/o sistemática.⁶⁹

- b) Derecho humano a la igualdad entre mujeres y hombres, que “busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo, dada su calidad de persona; y también comprende la igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de responsabilidades”.⁷⁰
- c) Criterios para determinar si el legislador respeta el principio de igualdad constitucional.⁷¹ Cuando la Suprema Corte conoce de un asunto donde la ley distingue entre dos o más hechos, personas o colectivos, debe analizar si tal distinción descansa sobre una base objetiva, razonable y proporcional, o por el contrario, constituye discriminación. Para efectuar el anterior razonamiento, el Máximo Tribunal establece tres criterios en el siguiente orden:
 - “Objetividad”: el legislador puede incluir algún trato desigual en la norma, siempre que contribuya a alcanzar objetivos admisibles dentro de los límites contenidos en las previsiones constitucionales;
 - “Racionalidad”: la introducción de una distinción se justifica cuando se trata de un medio apto para lograr el objetivo que el legislador

⁶⁹ *Cfr.* Derecho humano a la igualdad jurídica. Diferencias entre sus modalidades conceptuales, Tesis 1a./J. 126/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2017, p. 119.

⁷⁰ DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, Tesis 1a./J. 30/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2017, p. 789.

⁷¹ IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Tesis 1a./J.55/2006, *Semanario Judicial y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

busca, lo que significa que hay una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin que pretende el legislador; y, “Proporcionalidad”: aunque el legislador busque alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos, no lo puede hacer desproporcionalmente. El juzgador deberá determinar si la distinción legislativa puede considerarse como proporcional habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los derechos constitucionales afectados por ella; no puede ser que dicha medida lesione más bienes y derechos de los que pretende tutelar.

- d) Categorías sospechosas son los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. de la CPEUM. “Si bien la Constitución no prohíbe que el legislador utilice categorías sospechosas, el principio de igualdad garantiza que sólo se empleen cuando exista una justificación muy robusta para ello”.⁷²
- e) Normas discriminatorias: “Cuando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional...”.⁷³
- f) Discriminación: La discriminación tiene como principal característica que la diferenciación afecte el ejercicio de un derecho humano. No toda diferencia en el trato hacia una persona es discriminatoria, para efectos jurídicos, la distinción constituye una diferencia razonable y objetiva; y la discriminación significa una diferencia arbitraria y, en consecuencia, viola derechos humanos.⁷⁴
- g) Discriminación normativa: “se actualiza cuando dos supuestos de hecho equivalentes son regulados de forma desigual sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado”.⁷⁵

⁷² IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO, Tesis 1a./J. 66/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1462.

⁷³ NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR, Tesis 1a./J. 47/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 394.

⁷⁴ PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL, Tesis P./J. 9/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 1, septiembre de 2016, p. 112.

⁷⁵ PRINCIPIO DE IGUALDAD. EL DELITO DE DESACATO A UNA SENTENCIA DE AMPARO, PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 267 DE LA LEY DE LA MATERIA, CON RELA-

- h) Delito de discriminación. Respecto a este tópico, se presentan los siguientes puntos importantes contenidos en tesis aisladas:

En la órbita procesal, una excepción al principio de inmediación en el proceso acusatorio y derecho de la víctima de discriminación, es cuando se permite que, para resguardar su identidad y otros datos personales, su intervención en la audiencia sea a través de un medio electrónico, estando físicamente en otra sala.⁷⁶

En lo relativo a los sujetos involucrados en hechos de discriminación, es interesante la siguiente reflexión a fin de que el sujeto acusado se libere de responsabilidad: “el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene sólo una justificación objetiva, sino que persigue un fin necesario”.⁷⁷

En ese mismo orden de ideas, respecto a la acreditación de los elementos del tipo penal de discriminación, en otra tesis se sostiene que “los calificativos y acciones hostiles hacia el pasivo, demuestran un trato discriminatorio por la sola presencia de una diversidad funcional.” Tal diversidad funcional puede colocar a una persona en una situación de desventaja en relación con el resto, para quienes los calificativos y acciones hostiles representarían agresiones sin la mayor trascendencia. En este contexto, un rasgo particular del individuo lo coloca “en una situación de vulnerabilidad que exige de cada miembro de la sociedad (autoridad o particular) no sólo tolerancia y cortesía, sino una actitud apreciativa”.⁷⁸

Para cerrar este apartado, la última tesis aislada a comentar se pronuncia sobre lo innecesario de aplicar una norma de diversa fuente o agregar elementos ajenos a la descripción típica para acreditar el

CIÓN AL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL PRECEPTO, NO LO VULNERA. Tesis 1a./J. 66/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2019, p. 1016.

⁷⁶ PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ADVERSARIAL DE CORTE ACUSATORIO. NO SE VULNERA SI ANTE LA PETICIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO DE DISCRIMINACIÓN, Y EN ATENCIÓN AL PARÁMETRO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 366 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EL JUEZ DE CONTROL, EN LA AUDIENCIA INICIAL, ACCEDE A SITUARLA EN UNA SALA DISTINTA A LA EN QUE SE ENCUENTRA EL IMPUTADO, Tesis aislada I.9o.P.249 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, agosto de 2019, p. 4610.

⁷⁷ DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O..., Tesis 1a./J. 100/2017 (10a.), *cit.*

⁷⁸ DELITO DE DISCRIMINACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 170, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO. CASO EN EL QUE SE ACTUALIZA RESPECTO DE UNA PERSONA CON DIVERSIDAD FUNCIONAL SÍNDROME DE DOWN, Tesis aislada XXII.P.A.3 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2017, p. 1902.

delito de discriminación, de acuerdo con el artículo 206 del Código Penal para el Distrito Federal. En ese sentido, son ejemplos de elementos ajenos a la descripción típica: la “afectación a la psique de la ofendida o considerar simples aseveraciones o señalamientos genéricos como discriminatorios”; porque para la acreditación del tipo penal “sólo se requiere que se atente contra la dignidad humana, esto es, se demuestre la acción de un trato desigual de la víctima ante otras personas, basada en el origen étnico o nacional..., que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades”.⁷⁹

VIII. RETROSPECTIVA Y PERSPECTIVAS

Como se podrá observar en los primeros 20 años de vigencia del derecho penal antidiscriminatorio, ha quedado expuesta la deficiencia en la tutela de la dignidad humana, el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación y, por ende, de la dignidad humana, por parte de instancias no jurisdiccionales y administrativas, siendo necesario recurrir a la materia penal en la búsqueda de justicia, la cual en esta responde a dicha necesidad de manera legítima.

Desafortunadamente, la incorporación de la discriminación a los códigos penales se realizó con deficiencias que se pueden advertir desde su proceso legislativo, el cual es toral en la construcción de tipos penales que respondan a la exacta determinación y protección de los bienes jurídicos; estos últimos, incluso ni siquiera logran ser identificados correctamente; reiterando la relevancia de la adecuada determinación de los bienes jurídicos tutelados y la formulación de los tipos penales para su exacta protección como primer paso para la realización del sistema de justicia penal.

⁷⁹ DISCRIMINACIÓN. PARA ACREDITAR ESTE DELITO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ES INNECESARIO APLICAR UNA NORMA DE DIVERSA FUENTE O AGREGAR ELEMENTOS AJENOS A SU DESCRIPCIÓN, Tesis aislada I.3o.P.7 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, septiembre de 2013, p. 2577.