

Ciudad de México, 25 de marzo de 2020

## Consideraciones en materia de igualdad y no discriminación para empresas, en el contexto del COVID-19

**Este documento se divide en cuatro partes. La primera contiene una breve introducción. La segunda, aborda los conceptos de igualdad y no discriminación, la tercera analiza cuando se configura un acto discriminatorio, y la cuarta contiene algunas consideraciones desde el derecho comparado e internacional.**

### I. Introducción

Las crisis de salud, sobre todo aquellas de carácter mundial como las pandemias, siempre exigen medidas de riguroso cumplimiento y extrema precaución, y la epidemia del COVID-19, es muestra de ello.

Sin embargo, como consecuencia de lo anterior, las empresas en ese ánimo de atender y prevenir riesgos, por desconocimiento o mala asesoría podrían estar incurriendo en severas faltas derivadas de actos discriminatorios que pueden acarrearles contingencias legales, la mayoría de ellas en el ámbito no jurisdiccional, sin embargo, en muchas otras de carácter litigioso en materia civil, laboral o, incluso, hasta penal.

Cabe destacar que, a pesar de que actos discriminatorios se estén cometiendo sin intencionalidad, esto para la configuración de la responsabilidad resulta irrelevante, toda vez que el estándar más alto (que es el internacional) reconoce la existencia de un acto discriminatorio a pesar de que éste haya sido sin intención de discriminar.

En temporadas como la que actualmente se vive, derivado de la contingencia por el COVID-19, los protocolos de prevención para la discriminación se ponen a prueba, sobre todo tratándose de usuarios de servicios y productos, quienes podrían ser víctimas de actos discriminatorios directos e indirectos, que podrían ocasionarle a la empresa un perjuicio considerable, tal y como aconteció en México en el complejo habitacional "Parque Residencial Azcapotzalco"<sup>1</sup>, donde la propia administración del condominio estuvo involucrada, al prohibir el ingreso de víveres a uno de los inquilinos quien está infectado con COVID-19, argumentando que era una medida de seguridad.



## II. Igualdad y No Discriminación

Comúnmente, se llegan a confundir los conceptos de igualdad y no discriminación como sinónimos, sin embargo, esto es un grave error. Debe dejarse en claro que el concepto de igualdad debe tratarse como concepto genérico, mientras que la no discriminación, resulta de un tratamiento específico, lo cual significa que existen subespecies conceptuales si tomamos a la igualdad como género (tal es el caso del denominado trato diferenciado no discriminatorio).

Cabe destacar que la construcción de una definición de igualdad desde el derecho internacional, se ha centrado principalmente en cuatro áreas de importancia, a saber: *(i)* los métodos estructurales para prohibir la discriminación y, en su caso, proteger la igualdad; *(ii)* el análisis sobre la intención discriminatoria como elemento de existencia de la discriminación; *(iii)* la fijación de un límite entre distinciones justificadas e injustificadas; y *(iv)* la coherencia y proporcionalidad entre las medidas especiales de protección y la no discriminación.

Una primera noción de igualdad es la de la prohibición de cualquier trato arbitrario, basado en el principio de que la ley debe aplicarse de forma similar a toda persona con independencia de sus características, misma que ha sido traducida en los tratados internacionales como igualdad formal o ante la ley, implicando que, cuando esta realice clasificaciones entre personas, deberán evitar la arbitrariedad, debiendo ser objetivas y razonables.

Para determinar lo anterior, la Corte Europea de Derechos Humanos ya ha definido un test de igualdad para determinar si las medidas que se adopten frente a un caso en concreto garantizan la igualdad o si, por el contrario, discriminan<sup>2</sup>. Este consiste en lo siguiente:

- Valorar si la medida es idónea para alcanzar un fin constitucional o convencionalmente aceptable;
- Considerar si la medida es necesaria, si es que no existe otro medio alternativo menos lesivo;
- Si la medida es proporcional en sentido estricto, es decir, ponderar entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en el caso concreto, debiendo alcanzarse un mayor beneficio de derechos sin afectar excesivamente el derecho restringido.



Ahora bien, la segunda noción de igualdad cuyo tratamiento debe ser conjuntivo con el de prohibición de cualquier trato arbitrario, es el del reconocimiento social de la existencia de ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que continúe esta situación revirtiendo los efectos de esta marginación histórica, mediante programas sociales y regulación.

En consecuencia, además del test ordinario de igualdad ya referido, existe el juicio estricto de igualdad, mismo que se aplica para analizar la existencia de “categorías sospechosas”<sup>3</sup> y el uso de estas, como causa razonable de un trato diferente justificado. Es decir, cuando dichas categorías se encuentren involucradas para la ejecución de alguna medida específica, la carga de la prueba se invierte, toda vez que se presume la ilegitimidad de estas medidas y, en el caso de ser aceptadas, éstas deben atender necesariamente a criterios de imperiosa necesidad que justifiquen la diferenciación del trato.

Finalmente, cabe recordar que un acto discriminatorio puede constituirse de manera directa e indirecta. La primera, se da cuando un acto tiene como objeto hacer un trato diferenciado cuyo resultado es lesivo a los derechos humanos, mientras que la segunda, no necesariamente se traduce en acciones concretas o visibles, sino que puede ser mediante disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros, pone a una persona o grupo de personas en desventaja particular con respecto a otras sin ninguna justificación objetiva (corroborando nuevamente, que la intencionalidad es irrelevante para la justiciabilidad de un acto discriminatorio).

### **III. ¿Cuándo se configura un acto discriminatorio?**

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido suficientemente claro para identificar que acciones son consideradas como discriminatorias.

El artículo primero de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación Racial (“CERDC”), su correlativo con el mismo numeral de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (“CEDAW”), así como el artículo segundo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“CDPD”), constituyen el estándar mínimo para identificar un acto discriminatorio.

Al respecto, derivado de la lectura de dichas disposiciones, es posible determinar que se está frente a un acto discriminatorio, este se configura por cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho.



Sin embargo, deben realizarse algunas precisiones. Las denominadas “acciones afirmativas”, que en esencia constituyen actos preferenciales, no constituyen discriminación siempre y cuando estén dirigidos a grupos históricamente vulnerados. Por ejemplo, una acción como la contratación de plazas laborales exclusivas para población afrodescendiente o mujeres, donde existe un rezago evidente en la igualdad de oportunidades de dichos grupos poblacionales, no constituiría discriminación.

Cabe destacar que, sólo la CERD, prevé que la “preferencia” es discriminatoria, siendo que la CEDAW y la CDPD, no lo contemplan así. Esto atiende al contexto de la CERD, como un instrumento internacional que fue respuesta inmediata a la diferencia de trato que ciertos grupos vivían en distintas partes del mundo bajo argumentos de “superioridad racial o social” (como los afrodescendientes o los pueblos indígenas), que llevaba a que ciertos grupos poblacionales fueran preferidos por sobre otros, generando una situación de exclusión generalizada. De ahí la mención específica en el instrumento internacional.

En consecuencia, la CEDAW y la CDPD omitieron la preferencia como acción constitutiva de discriminación, toda vez que es a través de acciones afirmativas, mismas que pueden traducirse en ciertos tratos preferenciales, mediante los cuales se logran igualar oportunidades. Lo anterior queda más claro en la definición que la CDPD prevé sobre “discriminación por motivos de discapacidad”, en donde agrega que la denegación de ajustes razonables<sup>4</sup>, será considerado como un acto discriminatorio.

En consecuencia, no sólo basta con que se actualice lo anteriormente desarrollado, sino que, adicionalmente, es indispensable que se consideren las características particulares de la categoría sospechosa que se trate.

#### **IV. Conclusiones y Consideraciones**

La población infectada con COVID- 19, puede ser considerada como una categoría sospechosa para efectos de la configuración de un acto discriminatorio, toda vez que ésta, por su condición de salud particular, puede ser objeto de actos que puedan, directa e indirectamente, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho.

Como regla general, en el ámbito de las relaciones privadas, el principio de igualdad, se aplica matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, manifestándose a través de los derechos y deberes que nacen de una relación contractual, debiendo valorar necesariamente la proporcionalidad de las medidas que permitan la compatibilidad, ponderando entre aquello que se logra a través de la restricción y la afectación al derecho a la igualdad en



el caso concreto.

En la mayoría de las legislaciones del mundo, la discriminación puede ser punible vía civil (normalmente por la vía del daño moral o de las responsabilidades de carácter extracontractual), y en muchas otras hasta penal (como en el caso de la Ciudad de México, donde la discriminación está tipificada como delito en términos del artículo 206 del Código Penal local).

Dependiendo la jurisdicción, la preexistencia de protocolos de prevención de la discriminación y políticas de inclusión y accesibilidad, pueden constituir atenuantes de la responsabilidad. Sin embargo, a pesar de que se cuente o no con una política o instrumentos en la materia, la experiencia internacional y comparada ya ha comprobado que siempre es positivo ante alguna eventual contingencia, el contar con ellos.

## ECIJA México, S.C.

<sup>1</sup> Abraham Nava. (2020); "Mexicano con Covid-19 narra el hostigamiento de sus vecinos"; 23 de marzo de 2020, de Excelsior. Sitio web: <https://www.excelsior.com.mx/comunidad/mexicano-con-covid-19-narra-el-hostigamiento-de-sus-vecinos/1371350>

<sup>2</sup> Corte Europea de Derechos Humanos; Case Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium, Judgment of 23 July 1968, párrafo 10.

<sup>3</sup> Cuando se identifican condiciones que pueden atentar contra el correcto ejercicio del derecho de igualdad, dejando en estado de indefensión a una persona o grupo de personas, se actualiza la existencia de una categoría sospechosa.

<sup>4</sup> Los ajustes razonables, de acuerdo con la CDPD, son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.