

UNA IDEA TEÓRICA DE LA NO DISCRIMINACIÓN

Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA

El propósito de este texto es construir una definición conceptual del derecho a la no discriminación capaz de servir de orientación a los debates teóricos y también políticos generados en nuestros días en el contexto más amplio del debate sobre la igualdad. Así, esta tarea se orienta a poner las condiciones analíticas para un entendimiento básico acerca de la naturaleza de este derecho tan mencionado y a la vez, tan indeterminado y confuso, que ha entrado a la discusión en las democracias constitucionales de nuestra época, incluida desde luego la mexicana.

En la historia de la filosofía, el rechazo o, al menos, las profundas reservas frente a las definiciones se remiten hasta la antigüedad clásica. En Platón, es clara la idea de que los intentos de definir “discursivamente” una entidad, una realidad o un concepto están condenados en última instancia al fracaso. Por ejemplo, en el *Teeteto*, el famoso diálogo platónico acerca de la ciencia, Sócrates revisa críticamente las distintas definiciones del conocimiento o de la ciencia ofrecidas por Teeteto, sólo para concluir que el arte mayéutica, el método dialógico socrático, “dice que [con esta búsqueda de definiciones] no se logra más que viento...”.¹ Desde luego, en Platón no existe una defensa del escepticismo, pero sí una crítica radical de la posibilidad de atrapar el concepto de una realidad en una formulación discursiva.² Ciertamente la conclusión platónica en el *Teeteto* es que aún no sabemos cómo definir la ciencia, pero al agotar todas las

¹ Platón, *Teeteto* (210d), citado por la versión en español de Platón, *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1979.

² Es significativo que en el diálogo platónico ya mencionado, Sócrates considere y rechace tres intentos de definir el *logos*. El primero, que identifica *logos* con discurso o argumento; el segundo, que lo define como “enumeración de los elementos” de un objeto, y el tercero que lo identifica con el *sêmeion* o *diaphora* de un objeto, es decir, con aquello que hace su diferencia específica respecto del resto de objetos. Véase *Teeteto* (206c–210a). Vale decir, se rechaza la posibilidad de que una definición ponga en pala-

variaciones sensatas del acto de definir en su diálogo, más bien aboga por su imposibilidad epistemológica y desaconseja continuar en el intento. El trasfondo es la convicción de la existencia de un conocimiento superior, aprehensible por vía no discursiva —intuitiva o incluso *demiúrgica*— que se sofocaría al ser concretado en usos precisos del lenguaje.

Pero ya en la misma época clásica aparecía la defensa de las definiciones como herramienta esencial del conocimiento del mundo. Es, desde luego, Aristóteles, el inventor del método científico, quien no sólo construirá sus argumentos y juicios más importantes según un orden del discurso que exige la definición inicial de las categorías o conceptos a utilizarse en las demostraciones discursivas (tal como lo podemos apreciar en, por ejemplo, su *retórica*, su *física* o su *metafísica*) sino que concebirá a la definición misma como una forma de apropiarse de la esencia de las cosas mediante el uso del lenguaje. Así, dice, “una definición es una frase que significa la esencia de una cosa”.³ El modelo aristotélico de racionalidad implica que el conocimiento puede, a través de las formulaciones discursivas adecuadas (según, por ejemplo, las exigencias de la lógica) captar mediante definiciones los elementos esenciales de una realidad.

Desde la perspectiva que aquí defenderé, que en este sentido se reconoce como aristotélica, las definiciones pueden cumplir funciones explicativas de amplio alcance y ofrecer las notas distintivas del objeto intelectual que les ocupa. No trabajan sólo como pasos propedéuticos para arribar a los contenidos sustantivos de ese objeto intelectual, sino también como estipulaciones no arbitrarias que delimitan el terreno problemático y los objetos a considerar en el argumento. Es decir, forman parte ya de la reconstrucción conceptual del objeto en cuestión. Por ello, tomar a las definiciones como punto de partida de un argumento no sólo facilita la identificación de los objetos con que trabaja nuestro orden discursivo, sino que permite articular una crítica de las posiciones preexistentes en ese terreno y que puedan también ser traídas a la figura de una definición. En este sentido, construir definiciones es ya argumentar con una orientación conceptual específica.

bras (en *logos*), la naturaleza de una entidad. De allí a sostener que el genuino conocimiento siempre está más allá de las palabras sólo hay un paso, que el propio Platón no dudará en dar en sus compromisos metafísicos.

³ Aristóteles, *Lógica-tópicos*, libro I, cap. 6 (102a). Citado por la versión en español de Aristóteles, *Obras*, Madrid, Aguilar, 1977.

Es por ello que la definición no es un enunciado irrelevante o secundario, sino un paso esencial para articular un argumento conceptual, coherente y con cualidades heurísticas. Fue Thomas Hobbes, por cierto, quien postuló a las definiciones como el primer paso de todo trabajo científico. En su *Leviatán*, Hobbes señaló que "...en la definición correcta de los nombres, radica el primer uso del discurso, que es la adquisición de la ciencia; y en las definiciones incorrectas, o inexistentes, radica el primer abuso, del cual proceden todos los principios falsos y sin sentido".⁴ La definición despeja el terreno teórico y permite la ordenación discursiva. No necesita, desde luego, aparecer siempre en primera instancia de este orden discursivo, pero en algún momento su enunciación se hace pertinente para sentar los conceptos como puntos fijos de la argumentación.

Aunque no podríamos decir, con Hobbes, que es ciencia estricta y deductiva lo que la teoría política normativa hace mediante la construcción de sus modelos, resulta claro que sus argumentos no pueden desplegarse sin la base de conceptos precisos y coherentes, es decir, de definiciones adecuadamente construidas y poseedoras de cualidades heurísticas.

Desde luego, es posible construir conceptualizaciones coherentes y con alta capacidad explicativa sin tener que partir de la formulación precisa de definiciones. Incluso abundan, como he dicho antes, los argumentos que explícitamente rechazan el compromiso con definiciones porque supuestamente empobrecen el manejo teórico del objeto y limitan las posibilidades de la explicación o la interpretación. Sin embargo, aun estas rutas de producción discursiva pueden en muchos casos ver reflejados sus argumentos conceptuales en definiciones formuladas por un lector razonable, por lo que, aún no estando explícitas en los textos, prácticamente cualquier argumento coherente puede formular en definiciones el estatuto de sus principales objetos.

La necesidad de contar con definiciones apropiadas, siempre aconsejable, se hace imperativa cuando se entra al análisis detallado de temas y enunciados sujetos a una fuerte polisemia, como sucede en el caso de la teoría de la discriminación. Resulta una cuestión de sentido común que cualquier discurso o diálogo pierda todo sentido comunicativo real si los

⁴ Hobbes, Thomas, *Leviathan* (1651), editado con una introducción de C. B. Macpherson, Gran Bretaña, Penguin Books, 1985, p. 106 (*So that in the right definition of names, lies the first use of speech; which is the acquisition of science: and in wrong, or no definitions, lies the first abuse; from which proceed all false and senseless tenets*).

participantes en él no comparten una interpretación equivalente o muy similar de los problemas y objetos con los que tratan. En el caso de la discriminación, la variedad de sentidos que el término conlleva obliga a una definición previa como paso para instalar un espacio común de discusión.

En el terreno teórico, la polisemia de ciertos objetos políticos como los principios de discriminación y no discriminación proviene más de la naturaleza del propio conflicto político o de la pluralidad de emplazamientos intelectuales razonables que de una inadecuada labor intelectual, pues aunque pueden registrarse en el trabajo teórico definiciones desafortunadas y conceptualizaciones fallidas e imprecisas, esto no es lo más frecuente en los circuitos de trabajo profesional.

Lo que sucede, en realidad, es que las diferencias de enunciación y hasta de comprensión de los objetos normativos provienen más de la inclinación de los teóricos hacia cierto modelo político-normativo, o incluso de sus valores políticos subyacentes, que de una dificultad objetiva para desentrañar una formulación teórica. No obstante, parece razonable sostener que una buena definición no está condenada a obviar en su formulación el dinamismo y los matices relevantes que provienen de la condición política de sus objetos. Aunque no hay manera de introducir en la definición más de lo que conceptualmente pueda garantizar su desarrollo, ni más de lo que su obligada enunciación breve aconseja (una definición kilométrica es una suerte de *contradictio in adiecto*), es posible depositar en ellas las notas centrales del objeto teórico, incluidas sus variaciones posibles, su dinamismo histórico o su dependencia del inacabable conflicto político. Esta concepción dinámica de la definición es la que es aceptada por Michel Foucault, para quien:

Paradójicamente, *definir* un conjunto de enunciados en aquello que tiene de individual, no consiste en individualizar su objeto, en fijar su identidad, en describir los caracteres que conserva permanentemente; por el contrario, es describir la dispersión de esos objetos, captar todos los intersticios que los separan, medir las distancias que existen entre ellos en otros términos: formular su ley de distribución.⁵

⁵ Foucault, Michel, "Contestación al círculo de epistemología", en Michel Foucault, *El discurso del poder*, presentación y selección de Óscar Terán, México, Folios, 1983, p. 104. El énfasis es mío.

En este sentido, es razonable el argumento de que las definiciones bien construidas (como las que, por ejemplo, han tratado de ordenar el debate de la teoría política sobre la naturaleza del objeto democracia) respondan, como sostiene Giovanni Sartori, a una exigencia epistemológica de primer orden. Según Sartori, la definición aceptable de democracia no será el producto de una mera estipulación hecha individualmente, o la reiteración del significado lexicográfico o gramatical del término, mismo que, a fin de cuentas, no es otra cosa que la plasmación social de una estipulación previa (como la dada en un diccionario), sino de la referencia al campo semántico, es decir, al conjunto de conceptos que complementan o significan la realización del objeto, y nunca al término aislado de referencia.⁶ Lo mismo podría sostenerse para la definición de las categorías de discriminación y de no discriminación, en cuya formulación los rasgos lexicográficos son efectos de sentido a tomar en cuenta, pero siempre de menor importancia y peso que la definición conceptualmente orientada y que toma su sentido del modelo normativo al que se subordina y de la dinámica social en la que se inscribe y para cuya reforma se postula.

Este desarrollo nos conduce a defender la necesidad de una definición única para cada caso, que privilegie un sentido fundamental del objeto a definir. Empero, aunque se proponga ser compleja y multilateral, lo cierto es que en una definición no cabe todo. La definición aísla y limita de manera inevitable (“toda determinación es negación”, sostenía Hegel), y deja ver los perfiles sobre los que el argumento normativo pone mayor acento. La definición silencia incluso los rasgos que no se consideran relevantes o destacables, aun cuando este silenciamiento exija una explicación ulterior. Un claro ejemplo de este proceder es la memorable “definición mínima” de democracia de Norberto Bobbio, formulada bajo la seguridad de que:

...la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.⁷

⁶ Véase Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. 2: Los problemas clásicos*, México, Alianza Universidad, 1989, pp. 319-342.

⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 24. El primer énfasis es mío (JRZ).

Incluso no estando de acuerdo con esta definición, pocos podrían argüir que tal enunciado no reactivó en buena medida el debate acerca de la realidad democrática contemporánea y despejó el campo para incluso separar un campo de definiciones sustantivas de democracia y otro de definiciones procedimentales. Dicho de otra manera, la definición de Bobbio generó una “manera de entenderse” significativa y relevante a propósito de la democracia.

Por otra parte, esta defensa de la necesidad de definiciones no tiene por qué chocar con el lúcido argumento de Chantal Mouffe acerca de la imposibilidad de establecer “puntos fijos” conceptuales en el debate político-normativo, pues justamente lo que en éste se estaría jugando es la posibilidad de los distintos y enfrentados sujetos políticos de definir el significado de objetos siempre en debate y reformulación como la libertad, la igualdad, la justicia, etcétera.⁸ Concediendo la razón en esto a la pensadora francesa, también puede sostenerse, sin embargo, que tal inexistencia de puntos fijos definitivos para el debate teórico de la política no significa que en, ausencia de estos, lo que impere sea la fluidez de significaciones, el relativismo total y la imposibilidad práctica de construir referentes de sentido para el debate político racional.

El que nos obliguemos a no dogmatizar las definiciones, no implica que tengamos que renunciar a construirlas, pues aunque de naturaleza histórica, los objetos políticos tienen una duración larga y a veces hasta secular que permite, y en mi opinión exige, un tratamiento en términos de definiciones. En este sentido, la exigencia de definiciones se mantiene incólume e igualmente defendible de cara a la evidencia de la historicidad de las categorías sociales y del dinamismo del conflicto político, pues lo que se pretende es que los propios debates y conflictos de la política efectiva puedan traslucirse en los enunciados que construimos para normar el terreno en el que aquellos acontecen; y las definiciones pertenecen legítimamente a este tipo de enunciados.

Así, la exigencia que recogemos de Sartori de que las definiciones atiendan a su dimensión contextual o a su campo semántico, que para los efectos de nuestro interés es siempre de naturaleza política, nos permite avanzar algunas de ellas como paso legítimo para la construcción de un argumento teórico sobre los principios de discriminación y no discriminación.

⁸ Véase Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 204 y ss.

En todo caso, en pocas discusiones políticas y académicas es tan necesario un despeje conceptual como en la relativa al principio de no discriminación. Aunque intuitivamente la clarificación de este principio parece relativamente sencilla, pues bien podría resolverse bajo la figura de una exigencia normativa de tratamiento igualitario y sin excepciones para toda persona en todos los casos o, si se quiere, de aplicación equitativa y regular de los mismos ordenamientos legales para todos los casos, lo cierto es que esta apariencia de sencillez se disuelve apenas contemplamos los modelos políticos utilizados en las sociedades democráticas contemporáneas para luchar contra las prácticas discriminatorias.

En efecto, esta tarea se hace altamente problemática cuando constatamos que algunas de las estrategias y medidas políticas orientadas a subsanar los daños causados por la discriminación exigen, o al menos hacen aconsejables, tratamientos preferenciales y claramente diferenciados a favor de determinados colectivos sociales que han sido tradicionalmente víctimas de conductas discriminatorias.⁹ Esta serie de políticas que, como veremos, admite distintas denominaciones, contradice la regla de trato igualitario y sin excepciones propio de la prescripción directa de la no discriminación.

La contradicción parece provenir de que el principio de no discriminación se ha formulado en los terrenos político y jurídico como una extensión, o como un capítulo, de un *principio llano de igualdad*. Por ello, el consenso general en las democracias acerca de que es inaceptable todo tratamiento diferenciado que pueda ser considerado discriminatorio se transforma en una agria disputa apenas se entra a la discusión de cuál ha de ser la conducta del Estado y los particulares a la

⁹ Las distintas enunciaciones del “tratamiento diferenciado positivo” no son recíprocamente equivalentes ni políticamente ingenuas. Se le ha denominado “Acción afirmativa” (*Affirmative Action*) por parte de sus defensores abiertos y por parte de las agencias gubernamentales norteamericanas encargadas de la promoción de las oportunidades de grupos como las mujeres y las minorías étnicas; se le ha denominado “tratamiento preferencial” (*Preferential Treatment*) por parte de quienes han buscado una enunciación más neutra frente a la polarización política del debate; se le ha denominado “discriminación inversa” (*Inverse Discrimination* o *Reverse Discrimination*) por parte de quienes han insistido en su inaceptable carácter discriminatorio; e incluso se ha llegado a nombrar como “Discriminación afirmativa” (*Affirmative Discrimination*) por un autor tan renombrado como Nathan Glazer para evidenciar la ironía de una medida supuestamente orientada contra la discriminación que es, según él, una nueva forma de discriminación. Algunas variaciones como “discriminación compensatoria” (*Compensatory Discrimination*) pueden también ser registradas.

vista de los efectos históricos de la discriminación sobre grupos como las mujeres o las minorías étnicas.¹⁰

Así, la pareja de enunciados normativos “no discriminación” y “tratamiento preferencial” no se integra sin disonancias ni conflictos, pues allí donde han informado a las políticas de los Estados democráticos, no han dejado de estar sujetas a un debate prácticamente interminable. Y esta convivencia de enunciados normativos se hace problemática precisamente porque, como he señalado arriba, la defensa del principio de no discriminación sólo parece tener una defensa razonable en el horizonte discursivo del valor de la igualdad,¹¹ por lo que la noción intuitiva de no discriminación parece corresponderse únicamente con una visión también intuitiva de la igualdad, en la que ésta última es vista como una forma de tratamiento equivalente, simétrico y sujeto a las mismas reglas generales para todos los casos bajo consideración.¹² Por el momento, baste decir que buena parte de la solución del dilema del tratamiento diferenciado depende de la posibilidad de concebir una idea de igualdad que, sin negar la exigencia de tratamiento equitativo, pueda abrigar un territorio normativo para normas y acciones públicas que se aparten temporalmente de este ideal de tratamiento.

Cabe señalar que esta aparente contradicción entre la exigencia de un tratamiento sin excepciones y la necesidad de tratamientos preferenciales

¹⁰ Este paso del consenso a la disputa en el debate sobre la discriminación y la acción afirmativa está conceptualmente reconstruido por Nagel, Thomas, “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”, en Marshall Cohen, *et al.* (edits.), *Equality and Preferential Treatment, A Philosophy & Publics Affairs Reader*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, p. 4.

¹¹ Con alguna excepción significativa. Por ejemplo, para Iris Marion Young, defensora de la llamada “política de la diferencia”, el tratamiento preferencial se tiene que aceptar como una forma de discriminación y trato inequitativo perfectamente defendible que, sin pretender ser nunca igualitario, sí es capaz de generar relaciones de justicia y equilibrio de poder entre grupos asimétricos. Véase Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990, pp. 192-225.

¹² En el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, 21a. ed.), la igualdad se define, en las acepciones pertinentes para nuestro argumento, como “Conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma, calidad o cantidad” y como “Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”. Este sentido está presente también en la lengua inglesa, en la que respecto de la igualdad se dice “*Equality often refers to the right of different groups of people to have a similar social position and receive the same treatment, regardless of their apparent differences*”. Véase *Cambridge International Dictionary of English*, Londres, Cambridge University Press, 1995.

ha generado una suerte de estancamiento en el debate teórico y político de la discriminación, pues si bien el criterio de tratamiento indiferenciado parece gozar de consenso generalizado entre posiciones razonables, el objeto de disputa continúa siendo el de la aceptación o rechazo del segundo elemento de esta pareja de enunciados normativos.¹³

En buena medida, la acción política de los Estados democráticos está atada a los dilemas generados por este nudo conceptual, pues allí donde tales elementos se presentan como interdependientes, el tratamiento preferencial acompaña a la exigencia de no discriminación, mientras que allí donde esos elementos se presentan como independientes, la no discriminación aparece como una prohibición expresa de todo tratamiento preferencial, sea cual sea el fundamento normativo de este último.

Para una argumentación de índole normativa, vale la pena tomar en cuenta que el principio de no discriminación sólo puede ser adecuadamente formulado si se le define en contraste, bajo una forma antónima, del principio de discriminación. En este sentido, cabe señalar que no es aconsejable plantear como una pareja de enunciados normativos opuestos los principios de discriminación y de igualdad, pues este segundo, coincidiendo con una amplia zona del principio de no discriminación, no se agota en él ni se puede enunciar como una forma sinónima de éste.

Discriminación es una de las palabras de naturaleza política que están presentes en una gran cantidad de usos cotidianos del lenguaje. Se trata de un término que se usa con mucha frecuencia y con sentidos e intenciones diversas, por lo que la primera evidencia que tenemos de ella es la de su condición polisémica. El Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia Española de la Lengua, ofrece dos definiciones del verbo discriminar “1. Separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra. 2. Dar trato de inferioridad, diferenciar a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera”.¹⁴

¹³ Véase, a guisa de ejemplo el debate titulado “Discrimination on Higher Education. A Debate on Faculty Employment”, sostenido por Miro M. Todorovich y Howard A. Glickstein, y publicado en Gross Barry S. (ed.), *Reverse Discrimination*, Buffalo, Nueva York, Prometheus Books, 1977, pp. 12-40. La idea de que existe un consenso sobre el principio de no discriminación como equivalente de tratamiento indiferenciado, pero una severa disputa acerca de la acción afirmativa como práctica discriminatoria o antidiscriminatoria, puede verse también en Glazer, Nathan, *Affirmative Discrimination. Ethnic Inequality and Public Policy*, Nueva York, Basic Books, 1975.

¹⁴ En lengua inglesa las cosas no son muy distintas. El *Cambridge International Dictionary of English* (Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1995) registra

En la primera acepción de esta definición de diccionario, que llamaremos lexicográfica (pues está referida no a un uso técnico ni conceptual, sino a la manera en que se define en la lengua regular o léxico), el verbo discriminar no contiene ningún sentido negativo o despectivo; es equivalente solamente a separar, distinguir o escoger. En esta acepción, la discriminación no implica valoración o expresión de una opinión negativa. La primera acepción comporta un sentido plenamente neutral del vocablo discriminación, toda vez que no la postula como una acción guiada por criterios axiológicos o de intencionalidad política. En este primer sentido, alguien discrimina cuando distingue una cosa de otra, sin que ello implique una conducta de exclusión o rechazo. Así, podemos discriminar objetos por tamaños, colores o formas, sin que esto implique que consideremos que algunos entre ellos son superiores o inferiores y sin que se trasluzca desprecio hacia el objeto por parte del sujeto que ejerce la acción de discriminar. Este no es, desde luego, el sentido político que pretendemos hallar, pues lo que tratamos de definir es el sentido de la discriminación en cuanto fenómeno social y político; sin embargo, es preciso señalar su existencia, pues con frecuencia los demás sentidos del vocablo discriminar, en los que sí aparecen elementos de corte despectivo, pueden ser tratados de justificar bajo el argumento de que se trata de meras clasificaciones o distinciones sin peso axiológico negativo.

El segundo sentido es también lexicográfico, aunque ya denota un componente político no presente en el primer sentido. En efecto, un componente social y político se avizora cuando nos detenemos en la segunda acepción lexicográfica del término y vemos aparecer en ella la referencia a una “relación entre personas”, y de manera más precisa, una “relación asimétrica entre personas”. En la segunda acepción, como se ha visto, la discriminación implica “un trato de inferioridad y una diferenciación por motivos como la raza o la religión”. Esta segunda acepción es, seguramente, la más extendida en el uso común del idioma, y ya posee un sentido axiológico negativo, pues la diferenciación a la que aquí se alude supone un elemento pretendidamente superior y uno pretendidamente inferior sobre

dos sentidos del verbo “discriminar” (*discriminate*). El primero como “tratar diferente” y el segundo como “ver una diferencia”. En el primer sentido, discriminar consiste en “tratar a una persona o grupo de gente específico de manera diferente, especialmente de peor manera que en la que se trata a otra gente, en razón de su color de piel, religión, sexo, etcétera”. En el segundo, se trata sólo de “ser capaz de ver la diferencia entre dos cosas o personas”.

la base de algún rasgo del segundo elemento de la relación que no es bien visto o aceptado por el otro. Por ejemplo, una persona discrimina a otra, en este segundo sentido, cuando la considera inferior por ser afrodescendiente o por ser indígena, o por tener alguna discapacidad. Así, discriminar es tratar a otro u otros como inferiores, y esto en razón de alguna característica o atributo que no resulta agradable para quien discrimina: el color de la piel, la forma de pensar, el sexo, la discapacidad, etcétera. De esta manera, si alguien es considerado inferior por ser indígena, mujer u homosexual, tendemos a decir que está siendo discriminado. Este uso se halla más extendido que el primero, y alude ya a los prejuicios negativos y los estigmas que están a la base de la discriminación.

Un reconocido estudioso de esta cuestión formula los elementos de la definición de la acción de discriminar de la siguiente manera:

Discriminar tiene cuatro significados que pueden ser provechosamente diferenciados:

Transitivo: distinguir o diferenciar o establecer una diferencia entre personas o cosas.

Transitivo: percibir, darse cuenta o distinguir, con la mente o los sentidos, de las diferencias entre cosas.

Establecer una distinción o diferencia.

Hacer una distinción adversa respecto a algo o a alguien.¹⁵

Luego, el autor agrega "...es obvio que el sentido 4 es el relevante para el problema de la justicia social".¹⁶ Puede notarse que el sentido 4 de esta definición de Robert S. Gross coincide con el segundo sentido de la definición lexicográfica que hemos revisado antes.

Ahora, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿en este segundo sentido lexicográfico (el cuarto de Gross) está ya presente todo lo que hay que entender por discriminación en el ámbito social y político? ¿Qué sucede cuando a una persona no le resulta agradable otra y hace, como dice Gross, una distinción adversa hacia ella, pero no hace nada para lastimarla o dañarla? ¿Podríamos decir que la está discriminando o tendríamos que aceptar que está ejerciendo su libertad de opinión y pensamiento, aún cuando este ejercicio fuera de mal gusto y hasta grosero? Las dudas sus-

¹⁵ Gross, Barry, *Discrimination in Reverse. Is Turnabout Fair Play?*, Nueva York, New York University Press, 1978, p. 7.

¹⁶ *Idem.*

citadas por estas cuestiones nos permiten constatar que hace falta una pieza en la definición lexicográfica de la discriminación, a saber, la referencia a sus consecuencias concretas en relación con ciertos bienes fundamentales propios del sujeto moral o jurídico que sufre la discriminación y que se encuentran en riesgo. En efecto, aunque la segunda acepción lexicográfica es denotativa de ciertas prácticas que identificamos con el vocablo discriminación, lo cierto es que no se trata de una definición que recoja el sentido contextual que resulta esencial para lo que aquí denominaré una “definición técnica de discriminación”. Como veremos, lo propio de esta última es la limitación de derechos y oportunidades que le es inherente. Dicho de otra manera, hace falta, para arribar a la definición técnica, entender la discriminación en razón del daño que produce.

El campo semántico relevante para arribar a una definición aceptable de discriminación no es otro que el de los derechos fundamentales de la persona. En efecto, el problema del segundo significado lexicográfico es que es tan general que con mucha frecuencia nos lleva a perder de vista lo que es específico de la discriminación a nivel social, y que no puede reducirse sólo a la opinión negativa o el desprecio sentido, pensado e incluso expresado contra una persona o grupo de personas. No he argumentado que el sentido lexicográfico sea falso, sino sólo que es parcial o unilateral y que por ello pierde de vista un elemento definitorio de todo acto discriminatorio: sus consecuencias reales o posibles en relación con derechos subjetivos fundamentales o con oportunidades sociales relevantes. Este sentido técnico de la discriminación recoge el sentido lexicográfico de que la discriminación es una relación asimétrica basada en una valoración negativa de otra u otras personas, a las que se considera inferior a otros u otros por su sexo, raza o discapacidad, pero le adiciona las consecuencias de esta consideración respecto de un esquema de derechos fundamentales.

En los estudios sobre la discriminación, la teoría ha seguido a la experiencia social y, por ello, las definiciones que podemos juzgar preferibles se han nutrido de las redacciones de una amplia serie de instrumentos o leyes internacionales que se han convertido en modelos para las legislaciones nacionales. Así, por ejemplo, la idea de que la discriminación, en un sentido estricto, lo es sólo porque se manifiesta como una restricción o anulación de derechos fundamentales o libertades básicas, la encontramos en leyes y constituciones, antes que en estudios o teorías, aunque es-

tos últimos pueden sistematizarla y darle coherencia argumental. Esta presencia de nuestra definición en las leyes cumple la valiosa función de destrivializar la noción y darle una formulación adecuada en el propio lenguaje de los derechos.

En el artículo 7o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948,¹⁷ puede leerse que “Todos [los seres humanos] son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Debe notarse que la Declaración, que es probablemente el documento político y jurídico más relevante de la historia de la humanidad, señala que toda persona debe estar protegida contra toda discriminación “que infrinja” la propia Declaración, lo que quiere decir que no ser discriminado equivale a tener acceso a todos los derechos y libertades (civiles, políticos y sociales) estipulados por la propia Declaración. En este sentido, la discriminación puede interpretarse como una limitación injusta de las libertades y protecciones fundamentales de las personas, de su derecho a la participación social y política y de su acceso a un sistema de bienestar adecuado a sus necesidades. En este ordenamiento fundamental de la comunidad internacional, la no discriminación es la llave de acceso para todas las personas, en condiciones equitativas, a todos los derechos. De esta manera, el derecho a la no discriminación se presenta como una suerte de “derecho a tener derechos”.

De una manera similar, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU, se puede leer que:

La expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico 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 en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.¹⁸

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948. El énfasis es mío.

¹⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. El énfasis es mío.

De manera similar, en el instrumento internacional más importante para la protección de los derechos de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de la ONU, se lee que:

La expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.¹⁹

Estas definiciones son buenos ejemplos de cómo se formula el tema de la discriminación en el terreno de las normas internacionales y son, desde luego, un ejemplo preciso y claro del concepto de discriminación que aquí se fundamenta. La discriminación se inscribe, de esta manera, en el horizonte de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y ello hace evidente la necesidad de su eliminación para lograr una sociedad libre, igualitaria y justa. En la definición misma de Barry S. Gross, está abierta la posibilidad de incluir esta visión de la discriminación como una práctica social violatoria de derechos fundamentales. Este autor señala que:

El rasgo central de la discriminación como un problema social consiste en juzgar a la gente solamente como miembro de un grupo despreciado, y debemos descubrir cuándo es moralmente erróneo hacerlo... Lo que queremos saber es cuándo un miembro de un grupo puede no ser legítimamente discriminado sobre la base de su pertenencia grupal.²⁰

El criterio que establece el profesor Gross consiste en determinar los terrenos de la vida social en los que la discriminación es moralmente errónea. Estos terrenos son: el derecho, la vivienda, el hospedaje público, los servicios sociales y el empleo; no siendo terrenos de discriminación inaceptable la amistad, las invitaciones a cenar, las relaciones personales

¹⁹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979. *Entrada en vigor*: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. El énfasis es mío.

²⁰ Gross, Barry S., *op. cit.*, nota 13, p. 10.

en general, el matrimonio, etcétera.²¹ Es notorio en este argumento que el terreno de la discriminación moralmente errónea coincide con el daño a derechos fundamentales como el derecho a la vivienda, a la justicia equitativa o al trabajo. Así, aunque sea de manera implícita, la definición de Gross puede incluirse en las variantes del sentido técnico de discriminación que aquí se ha defendido.

Con estos antecedentes, explico mi propia definición conceptual de la discriminación sobre la base de las definiciones circulantes en el espacio jurídico que he tomado como ejemplo: *la discriminación es una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.*

Esta definición técnica de discriminación que he revisado sugiere ya la formulación de su principio opuesto, a saber, el de no discriminación; pero antes de hacerlo, han de anotarse algunas reflexiones adicionales.

En las definiciones del derecho internacional (e incluso en las del orden jurídico mexicano, que aquí no se registran por cuestión de espacio, pero que coinciden con el enfoque de las primeras), la discriminación, si bien caracterizada como una violación seria a derechos fundamentales, no contiene la referencia a su duración histórica o a su concatenación causal con hechos del pasado. Esta cuestión podría parecer menor; sin embargo, la formulación positiva del derecho a la no discriminación (si puede, paradójicamente, adjetivarse como positivo a un valor que incluye en su formulación una negación explícita), si se hace sólo en contraste mecánico con tales definiciones, nos llevaría a considerarlo sólo como una “protección” contra toda limitación al acceso a derechos fundamentales, y no contendría prescripción alguna para la remoción de los obstáculos sociales que ponen a determinados grupos en situación de vulnerabilidad o que alimentan el prejuicio y el estigma.

Esta definición mecánica de la no discriminación, a la que califico de *llana*, y que es sólo el resultado de formular en versión contraria la definición técnica de discriminación, tendría que establecerse de la siguiente manera: *la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria,*

²¹ *Idem.*

de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles.

El problema de esta definición llana de la no discriminación es que no resulta coherente con los datos históricos y sociológicos que muestran que el tratamiento homogéneo a las personas no redundaría necesariamente en su habilitación real como sujetos de derechos y oportunidades. La ausencia de consideraciones étnicas, sexuales, de discapacidad, de religión, etcétera, en el trato actual a quienes en el pasado han sufrido discriminación, no garantiza una igualdad real de oportunidades ni, mucho menos, una igualdad relativa de logros y acceso al bienestar. Si en tal definición apareciera la referencia a la desventaja inmerecida que supone la duración histórica de la discriminación y, además, constancia de la práctica imposible de entender la naturaleza de este fenómeno sin situarlo en su propio pasado, se podría derivar conceptualmente la obligación de que el Estado y otros actores sociales relevantes compensen, retribuyan o estimulen de manera especial a grupos determinados.

Vertida jurídicamente, esta definición llana de la no discriminación deja abierto un amplio debate acerca de lo que significa “proteger” a las personas para que su acceso a los derechos fundamentales sea posible. El acuerdo social mayoritario se ha generado alrededor de la idea de que tal protección debe interpretarse como una serie de medidas legales para “tratar a todos de la misma manera”, independientemente de sus atributos o características como el sexo, la edad, la raza o etnia, la discapacidad, etcétera. En este sentido llano, el derecho a la no discriminación puede entenderse como un derecho civil o subjetivo de nuevo cuño, pero no como un derecho laboral, económico, educativo, sanitario, reproductivo o sexual.²²

²² En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, la no discriminación se formula como la primera de las garantías individuales, pero siempre en el sentido de nuevo derecho civil que aquí he señalado “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”. En la paradigmática legislación norteamericana, en el título VII del Acta de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964 se prohíbe la discriminación en razón de raza o sexo, pero las medidas compensatorias de acción afirmativa se han amparado más bien en una serie de órdenes ejecutivos cuyos criterios en muchos casos han sido revertidos por mayorías legislativas o por sentencias judiciales. Ahora mismo, en Estados Unidos, el prin-

En este contexto, si se atiende a las evidencias de corte histórico o sociológico que muestran que la posibilidad de los sujetos históricamente discriminados de ejercer derechos y oportunidades fundamentales no se desprende directamente de la exigencia de tratamiento homogéneo, estamos obligados a transitar a una definición del principio de no discriminación que incluya en su concepto la defensa del tratamiento diferenciado y que no obstante, se formule como una forma específica del valor de la igualdad. De esta manera, denomino *compleja* a la definición de la no discriminación capaz de incluir en su formulación la exigencia de medidas compensatorias, tratamiento preferencial o acciones afirmativas. De este modo *la no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles, siempre y cuando un tratamiento preferencial temporal hacia ella o hacia su grupo de adscripción no sea necesario para reponer o compensar el daño histórico y la situación de debilidad y vulnerabilidad actuales causados por prácticas discriminatorias previas contra su grupo.*

Esta definición se formula bajo la lógica argumental del principio rawlsiano de diferencia, aunque no se deriva mecánicamente de éste. Su justificación reside en el argumento de que, como ha mostrado John Rawls en su teoría de la justicia, es posible situar los tratamientos diferenciados a favor de las posiciones menos aventajadas del espectro social como pasos compensatorios necesarios en una ruta normativa hacia la igualdad, y en modo alguno como una defensa normativa de las desigualdades *per se*.²³

Sin embargo, aun para la filosofía política, el problema no es meramente de definiciones sino de justicia sustantiva. Es decir, lo que se tiene que resolver es la capacidad emancipadora y la deseabilidad normativa de las estrategias políticas e institucionales articuladas en, y articuladoras

cipio (llano) de la no discriminación está garantizado, pero el de acción afirmativa está en profunda crisis.

²³ Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971; en especial, pp. 60-108. Para una propuesta de adaptación de la categoría rawlsiana al terreno de la no discriminación, véase Rodríguez Zepeda, Jesús, "Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad", *Revista internacional de filosofía política*, núm. 23, Barcelona, Anthrops, julio de 2004.

de, uno u otro concepto de no discriminación. Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición llana de la no discriminación, el riesgo inherente que se corre es el dejar intactos los mecanismos estructurales de la exclusión de los grupos discriminados y, de manera, derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces tendremos que asociar el valor de la igualdad a un sentido fuerte de la acción afirmativa.

Desde luego, el problema no es el de la justificación de derechos relativos al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar, sino el de justificar derechos compensatorios disfrutables por unos grupos y no por otros y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones.

Como ha señalado Amartya Sen, si bien no existe una sola doctrina de la igualdad en el pensamiento político contemporáneo, lo cierto es que todas las teorías que se reclaman igualitaristas postulan la igualdad de todas las personas en algún aspecto fundamental. El principio o el ideal de la igualdad es definido de distintas formas, y aunque esta idea supone siempre un elemento en común que establece la igualdad de los seres humanos, lo cierto es que cuando hablamos de este tema deberíamos no dar por supuesto que todos entendemos lo mismo por igualdad. En efecto, antes de preguntar si somos o no somos iguales, o si deberíamos serlo o no, lo adecuado es preguntar: ¿igualdad de qué?²⁴

Por eso, si se logra mostrar que el tratamiento preferencial o la acción afirmativa están al servicio de una forma fundamental de igualdad, no habrá razones aceptables para excluirlos de una genuina política democrática de la igualdad. De esta manera, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al

²⁴ Véase Sen, Amartya, "Equality of What", *Inequality Reexamined*, Harvard University Press & Russell Sage Foundation, 1992, pp. 12-30.

terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales innecesarias en razón de estigmas y prejuicios, sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se concretan en tratamientos grupales diferenciados. Esa sería una manera aceptable de ligar el valor de la igualdad con el valor de la diferencia, sin necesidad de recurrir a argumentos literarios o voluntaristas, interpelantes en el debate político regular, pero ayunos de capacidad discursiva para mostrar la legitimidad de tal vinculación.

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación debe contemplarse como conceptualmente distinta a la idea de compensación social para grupos desaventajados, aunque luego se reconozca que políticamente sólo el recurso a la segunda puede impedir la reproducción de la primera. Para John E. Roemer, por ejemplo, una y otra corresponden a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades. El principio de no discriminación, dice Roemer,

Establece que, en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes. (...) Un ejemplo de este (...) principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión.²⁵

De manera complementaria, Roemer, señala que una concepción alternativa, y por lo demás superior, de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para “nivelar el terreno de juego” (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias para grupos desaventajados en terrenos como el educativo y el laboral.²⁶ Las normas y acciones públicas derivadas de este segundo modelo irían más allá del principio llano de no discriminación, pues estarían orientadas a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos de la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios ostensiblemente no hace. Un efecto

²⁵ Roemer, John E., *Equality of Opportunity*, Cambridge, Mass.-Londres, Harvard University Press, 1998, p. 1.

²⁶ *Ibidem*, pp. 2-3 y 108-113.

de este argumento es que el concepto de no discriminación aparece como ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque este último sea normativamente defendible bajo el lenguaje de la igualdad de oportunidades.

Este argumento es similar a la distinción hecha por Rawls entre el “sistema de libertad natural” y la “igualdad liberal”. El primer argumento, típico de los defensores de la sociedad de mercado, exige:

una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales (...) la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales.²⁷

El sistema de libertad natural se formula como equivalente al principio convencional de no discriminación y, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas que han de disfrutar los individuos sean impropriadamente influenciadas por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. Por ello, la “igualdad liberal” se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos la condición adicional de la justa igualdad de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Por ello, dice Rawls:

La interpretación liberal (...) busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser puestos en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos.²⁸

²⁷ Rawls, John, *A Theory of Justice*, op. cit., nota 23, p. 72.

²⁸ *Idem*.

Esta idea rawlsiana atañe a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de “posición menos aventajada”, que es una categoría moral central en el argumento, se identifica con una posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable de ella para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales.²⁹ Si el derecho a la no discriminación se hace equivalente al sistema de libertad natural, es decir, si se acepta su definición llana, no queda espacio para transitar en la propuesta de justicia a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades con el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva de corte rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente. Dice Rawls:

Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable.³⁰

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta, como hemos dicho, en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas; tratamientos que según Rawls no abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad.³¹

No obstante los aportes rawlsianos, cabe preguntarse en dónde reside la fuerza discursiva que subyace a esta circunscripción muy extendida de

²⁹ Para una crítica de esta idea rawlsiana de “posición menos aventajada” definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desaventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, véase Rodríguez Zepeda, Jesús, *op. cit.*, nota 23.

³⁰ *Ibidem*, p. 59.

³¹ *Ibidem*, pp. 100-108.

la no discriminación a una concepción llana de igualdad (igualdad como trato igual o similar para todos al margen de sus atributos particulares moralmente irrelevantes). Acaso la respuesta más evidente puede encontrarse en el enorme consenso social acerca de lo que significa no discriminar y las grandes dificultades existentes para contemplar el tratamiento preferencial o la acción afirmativa como políticas de la igualdad y no del privilegio. Como señala Thomas Nagel:

Primero, y sólo hasta hace poco tiempo, se llegó a aceptar de manera generalizada que las barreras deliberadas contra la admisión de negros y mujeres a posiciones deseables deberían ser abolidas. Esta abolición de ninguna manera es completa y, por ejemplo, ciertas instituciones educativas pueden ser capaces de mantener durante algún tiempo cuotas limitantes para la admisión de mujeres; sin embargo, la discriminación deliberada es ampliamente condenada.³²

El propio Nagel señala que este amplio consenso de condena a la discriminación se extiende al reconocimiento de que la discriminación subsiste aún en ausencia de barreras o prohibiciones explícitas, lo que apoya los esfuerzos por desterrar las prácticas no explícitas de discriminación como las que constituyen la discriminación indirecta.³³

Este amplio acuerdo llega incluso a avalar algunas medidas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación en el pasado, bajo la forma de programas especiales de capacitación, apoyos financieros, guarderías, tutorías o becas de aprendizaje. Estas medidas se orientan a proporcionar cualificación social y laboral a personas que deben sus reducidas

³² Nagel, Thomas, *op. cit.*, nota 10, p. 4.

³³ Se llama “discriminación indirecta” a las exclusiones no explícitas de los integrantes de determinados grupos mediante la imposición de requisitos “generales” que sólo unos cuantos pueden cumplir. Por ejemplo, el solicitar “buena apariencia” para ciertos empleos, cuando la idea de belleza socialmente dominada es sólo la de un determinado grupo étnico o otorgar formalmente el derecho a estudiar a personas con discapacidad pero mantener las instalaciones educativas sin accesibilidad eficiente. También se ha denominado “discriminación estructural” a este mecanismo de exclusión, aunque el adjetivo estructural en esta discusión parece ser más adecuado para referirse no a las formas de discriminación indirecta sino a las relaciones estructurales de un orden social que ponen fuera de los derechos y oportunidades educativas, sanitarias y laborales a colectivos completos. Véase Fred L. Pincus, “From Individual to Structural Discrimination”, *Race and Ethnic Conflict: Contending Views on Prejudice, Discrimination and Ethnoviolence*, Boulder Colorado, Westview Press, 1994.

oportunidades a la discriminación sufrida, ya sea por ellas mismas o, en el pasado, por la mayoría de quienes han integrado su grupo de adscripción.

Sin embargo, el acuerdo general sobre la no discriminación desaparece cuando se entra al terreno de lo que propiamente se puede entender como acción afirmativa. Dice Nagel:

En esta cuarta etapa encontramos una amplia división de opinión. Están, por una parte, los que piensan que nada adicional puede legítimamente hacerse en el corto plazo una vez que las desigualdades injustas de oportunidad remediadas entre los individuos han sido enfrentadas: las irremediables son injustas, pero cualquier intento de contrabalancearlas mediante la discriminación inversa (reverse discrimination) serían también injustos, porque emplearía criterios irrelevantes. Por otra parte, están los que juzgan inaceptable en tales circunstancias permanecer con los criterios restringidos del desempeño exitoso y que creen que la admisión diferenciada o los estándares de contratación para los grupos peor situados están justificados porque de manera aproximada, pero sólo de manera aproximada, compensan las desigualdades de oportunidad generadas por la injusticia pasada.³⁴

En este contexto, el mayor aporte teórico para una clarificación del papel del tratamiento diferenciado en cuanto al valor de la igualdad ha sido hecho por Ronald Dworkin. Sus textos sobre la justificación filosófica y la clarificación constitucional y legal de la acción afirmativa cumplen el requisito de postular al principio de trato preferencial, incluido en nuestra definición compleja de no discriminación, como parte de una enunciación fuerte del principio de igualdad.

La ruta del consenso empírico no parece ser la más promisoría para arribar a una respuesta razonable respecto del valor del tratamiento preferencial en el terreno de la justicia. Como el mismo Dworkin ha señalado, la presencia de máximas y lugares comunes acerca de que “no se puede combatir el fuego con el fuego” o que nunca “el fin justifica los medios”, hace perder de vista la complejidad de una problemática social que tiene que ser entendida no sólo en su coherencia conceptual sino también en su dimensión histórica.³⁵

³⁴ Nagel, Thomas, *op. cit.*, nota 10, p. 6.

³⁵ Véase Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, p. 295.

Para Dworkin, uno de los malentendidos más frecuentes acerca de las políticas de acción afirmativa reside en el supuesto de que si los negros o las mujeres “merecen” un tratamiento preferencial, no debería existir obstáculo para que otras minorías étnicas y sociales reclamen un merecimiento similar, llevando a la sociedad a la fragmentación y a la pérdida de normas comunes de justicia. Aquí el problema está en el uso abusivo del “merecimiento”, pues las políticas de acción afirmativa no tienen que suponer que el tratamiento preferencial es merecido por quienes lo disfrutan, sino sólo que tales medidas contribuyen a solucionar problemas relevantes para toda la sociedad. En el caso de los criterios raciales para determinar cuotas laborales o escolares, el propósito no es aumentar la conciencia de la raza en esos terrenos, sino justamente lo contrario, es decir, que la predeterminación étnica o de género no sean factores para la distribución de los individuos en el mercado de trabajo o en las posiciones educativas.

Por ello, Dworkin precisa un doble sentido contenido en la noción de igualdad, y que es determinante para una visión completa del fenómeno discriminatorio. Así, puede decirse que existen, bajo el concepto de igualdad, dos maneras distintas de formular los derechos de no discriminación.³⁶

La primera es el derecho a un “tratamiento igual”, que consiste en el derecho a una distribución igual de alguna oportunidad, recurso o carga. En este sentido, la no discriminación es igualitaria porque obliga a no establecer diferencias de trato arbitrarias basadas en el prejuicio y el estigma. En este caso, no discriminar significa tratar de la misma manera a todos: a un hombre y a una mujer, a una persona con capacidades regulares y a una con discapacidad, a un blanco y a un negro, a un homosexual y a un heterosexual.

Este primer contenido de la igualdad es lo que se puede denominar “igualdad de trato” y tiene, por ejemplo, una de sus plasmaciones más claras en la manera en que la justicia penal y otras formas de justicia procesal tienen que tratar a quienes están bajo su jurisdicción. Un juez no puede permitirse tratar mejor a un rico que a un pobre, a un hombre que a una mujer. Esta forma de igualdad tiene un poderoso efecto antidiscriminatorio, pues actúa bajo el criterio de que ninguna excepción o arbitrariedad está justificada, pues la norma legal debe ser establecida y aplicada como si fuera “ciega a las diferencias” entre las personas.

³⁶ Véase Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.

La igualdad de trato equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio llano de no discriminación. Obliga a dispensar a todos un trato similar o equivalente.

La exigencia de igualdad de trato es necesaria para la vigencia social de la no discriminación, pero no es un criterio absoluto ni excluyente. Junto a esta idea de igualdad, es admisible otra forma de igualdad, capaz de admitir tratos diferenciados positivos o preferenciales, y que en ocasiones es tan necesaria que justifica la suspensión temporal del criterio de igualdad de trato.

La segunda forma de igualdad presente en la no discriminación consiste en el “derecho a ser tratado como un igual”, que es el derecho, no a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con el mismo respeto y atención que cualquiera otro. Esta forma de igualdad, que Dworkin denomina *igualdad constitutiva*, admite, e incluso exige, la consideración de las diferencias sociales y de las desventajas innmerecidas, por lo que cabe en su ruta de ejercicio la ejecución de medidas de tratamiento diferenciado positivo a favor de los desaventajados por discriminación. Dice Dworkin “El derecho a ser tratado como un igual es fundamental, y el derecho a un tratamiento igual es derivativo. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como un igual puede implicar un derecho a un tratamiento igual, pero no en todas las circunstancias”.³⁷

En este contexto, la igualdad derivativa, es decir, la igualdad de trato, tiene un carácter formal; exige, en efecto, que todas las personas sean tratadas “de la misma manera” y sin discriminación alguna, lo que supone una “protección igual y efectiva” para todas ellas, “incluyendo” en este trato a las personas tradicionalmente discriminadas por su pertenencia a un grupo estigmatizado. En este sentido, afirmar la no discriminación en el sentido formal de la igualdad se concreta en la exigencia de un trato igual para todas las personas.

Sin embargo, la igualdad como meta social y como ideal de una sociedad democrática (es decir, como valor compartido y no sólo como definición formal del trato del sistema legal con los ciudadanos) supone tratar a las personas como iguales en dignidad, derechos y merecimiento de acceso a las oportunidades sociales disponibles. Como las condiciones sociales reales en que viven las personas discriminadas suponen el peso de una serie de desventajas innmerecidas, que conllevan de manera regu-

³⁷ *Ibidem*, p. 227.

lar el bloqueo en el acceso a derechos fundamentales y la limitación para el aprovechamiento de oportunidades regularmente disponibles para el resto de la población, este valor de la igualdad sólo se podrá realizar si incluye la idea de “medidas compensatorias” de carácter especial, orientadas a estos grupos y promovidas y/o supervisadas y estimuladas por el Estado. La igualdad constitutiva exige, entonces, que en algunos casos la sociedad aplique tratamientos diferenciados positivos que promuevan la integración social de las personas discriminadas y que les permitan aprovechar esos derechos y oportunidades a los que sí acceden, de manera regular, quienes no sufren de discriminación.

Tengamos en cuenta que la posibilidad de aprovechar los derechos y oportunidades que brinda una sociedad no es igual para todos. Para ciertos grupos, los prejuicios negativos y el estigma cultivados durante mucho tiempo en su contra implican una desventaja real en el acceso a derechos y oportunidades, por lo que sus miembros viven, en los hechos, una desigualdad de origen, de la que no son moralmente responsables y que difícilmente pueden remontar de manera voluntaria por estar ésta arraigada en las costumbres, en las leyes, en las instituciones, en la cultura, en los modelos de éxito, en los estándares de belleza y en otros elementos de la vida colectiva que definen las relaciones entre grupos sociales.

Considerando el mundo tal cual es, y no un modelo ideal donde todos tengan igualdad de oportunidades, lo que la desventaja de estos grupos exige es una “compensación” que les permita equilibrar la situación de debilidad competitiva que han padecido a lo largo del tiempo. Esta compensación tiene que consistir en una estrategia a favor de la igualdad en su sentido constitutivo, pero implicaría la aceptación de diferencias de trato para favorecer, temporalmente, a quienes pertenecen a los grupos vulnerables a la discriminación.

Amy Gutmann ha conceptualizado esta distinción entre el ideal social de la justicia y la adecuación del trato diferenciado para alcanzar ese ideal. Gutmann señala que, en el caso del conflicto racial en Norteamérica, las estrategias de “indiferencia al color” (*color blindness*) no son necesariamente compatibles con un esquema de justicia adecuado, y que incluso la posibilidad de hacer posible este esquema reside en la aplicación de políticas “sensibles al color” (*color conscious*).³⁸ Gutmann criti-

³⁸ Véase Gutmann, Amy, “Responding to racial Injustice”, en Appiah, K. Anthony y Gutmann, A., *Color Conscious. The Political Morality of Race*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1998, pp. 106-118.

ca radicalmente la falacia de considerar que la estructura social no está moldeada por las prácticas de exclusión, abuso y discriminación del pasado y que, por lo tanto, las medidas basadas en la raza, el género u otros atributos particulares son arbitrarias e inversamente discriminatorias. En realidad, la indiferencia al color no es un principio fundamental de justicia, aún cuando pudiera ser aceptado en una concepción ideal de equidad. Sin embargo, en la experiencia social real, el ideal de justicia equitativa sólo puede alcanzarse si se recurre a ciertas formas de tratamiento preferencial. Dice Gutmann:

Los principios abstractos de justicia son indiferentes al color. Esto no es sorprendente, dado que han sido contruidos imaginando como debería lucir una sociedad justa. La aplicación justa de principios abstractos, en contraste, puede ser sensible al color. Esto no debería sorprendernos tampoco, porque una aplicación justa implica mirar con cuidado en una sociedad real más que imaginar o asumir el ideal. (...) la justicia misma puede exigir políticas sensibles al color, que no serían apropiadas en una sociedad justa.³⁹

La ventaja de los argumentos de Dworkin y Gutmann reside en su capacidad de introducir la exigencia de tratamiento diferenciado en un concepto fuerte de igualdad, estableciendo una diferencia conceptual muy clara entre la definición ideal de la justicia y el sentido normativo de los medios para reducir las injusticias reales.⁴⁰

Esta idea fuerte de igualdad permite considerar a la llamada “acción afirmativa” (que algunos autores han llamado también “discriminación inversa o positiva”, aunque, como he señalado, de manera equívoca) como parte integral del discurso de la igualdad y no como una forma de nueva discriminación.

La intuición moral presente en los argumentos de Dworkin o Gutman no se agota en el debate norteamericano sobre la discriminación y las medidas para combatirla, sino que es suficientemente poderosa como para estimular la crítica de esta forma concreta de desigualdad en otros

³⁹ *Ibidem*, p. 110.

⁴⁰ Una línea de argumentación similar puede leerse en los trabajos de Owen Fiss. Para este autor, el principio de igual protección de la ley sólo puede entenderse de manera correcta en relación con un principio de desventaja grupal, que lleva a la legitimación del tratamiento preferencial para los grupos estructuralmente débiles. Véase Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, en Marshall Cohen, *op. cit.*, nota 10.

contextos nacionales. Precisamente porque la no discriminación es un derecho humano fundamental, la construcción de nuestra definición compleja de la no discriminación tiene, en este contexto, la virtud de mostrar su vinculación necesaria con el valor democrático de la igualdad y la necesidad de que el propio Estado desarrolle políticas activas y comprometidas para hacerlo efectivo.