

EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO: ESTRUCTURA Y CONTENIDO JURÍDICO

Carlos de la TORRE MARTÍNEZ*

SUMARIO: I. *Cláusulas constitucionales de no discriminación.* II. *Naturaleza jurídica del derecho a la no discriminación.* III. *La relación del derecho a la no discriminación y el principio de igualdad.* IV. *El mandato de no discriminación como derecho subjetivo.* V. *Elementos del derecho a no ser discriminado.* VI. *Funcionamiento del derecho a no ser discriminado.*

I. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE NO DISCRIMINACIÓN

La cláusula de no discriminación es la forma jurídica adoptada por la mayoría de las Constituciones y leyes fundamentales de los diversos sistemas y culturas jurídicos del mundo para integrar el derecho a no ser discriminado al ordenamiento jurídico. No obstante, en todas ellas se percibe con gran claridad la influencia del artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹ así como el respectivo artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.² Las fórmulas lingüísticas y

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Textualmente establece lo siguiente: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

² Textualmente establece lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

términos jurídicos que cada una emplea varían considerablemente según la tradición jurídica subyacente y, especialmente, de la intensidad y especificidad con la que el fenómeno de la discriminación se presenta en sus respectivas sociedades.

El mayor o menor grado de desarrollo y protección que estas cláusulas otorgan al derecho a no ser discriminado puede ser medido de acuerdo con cuatro criterios. El primero de ellos se refiere a la amplitud de motivos con base en los cuales se considera injustificado racionalmente y, por lo tanto, discriminatorio hacer una distinción.³ Así, podemos encontrar desde cláusulas sumamente restrictivas como la de la Constitución de la República China de 1946, que tan sólo considera discriminatorias las distinciones realizadas con base en el sexo, la religión, la raza o la afiliación partidista, hasta cláusulas como la del proyecto de Constitución europea, que además de integrar los elementos clásicos, tales como el sexo, la raza, el color, el origen étnico o social, la lengua, la religión, las opiniones políticas, la discapacidad o la edad, integran otros elementos más novedosos, tales como la orientación sexual, las características genéticas o el patrimonio.⁴

El segundo criterio se relaciona con el conjunto de derechos que quedan protegidos bajo la exigencia de la no discriminación. De tal manera que mientras algunas cláusulas reducen su protección a la discriminación en la aplicación de la ley, otras, como lo hace de manera paradigmática la Constitución ecuatoriana de 1988, además de prohibir toda discriminación en el goce y ejercicio de los derechos consagrados en su texto, amplía su protec-

³ La tendencia en la mayoría de las Constituciones y leyes antidiscriminación de los diversos países es la de dejar abierto el catálogo de los motivos con base en los cuales se prohíbe hacer algún tipo de distinciones o preferencias. De esta manera, las características o circunstancias personales que se mencionan de manera clásica no son las únicas posibles para determinar cuándo una distinción es discriminatoria. Los tribunales tienen la labor de discernir en cada caso concreto si existen otros motivos o características personales por los cuales se considera racionalmente injustificado hacer cualquier distinción en relación con el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Sobre este problema véase Joseph, Sarah *et al.*, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 530.

⁴ *Cfr.* artículo II-81.1 del Proyecto de Constitución Europea: “Se prohíbe toda discriminación, y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

ción a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁵

El tercer criterio se refiere a la distinción entre discriminación directa y discriminación indirecta. Así, mientras algunas cláusulas constitucionales tan sólo prohíben los actos que en sí mismos resultan discriminatorios y en los que se puede percibir una clara intención de discriminar de parte de sus autores, otras cláusulas, las menos, por cierto, establecen que además de estos actos se considerarán discriminatorios aquellos en los que, aunque no se perciba una clara intención de discriminar ni resulten en sí mismos discriminatorios, sus efectos conlleven, a mediano y a largo plazo, la creación de distinciones injustificadas en el ejercicio de los derechos de las personas.⁶

Finalmente, el cuarto criterio para medir los alcances jurídicos de las cláusulas de no discriminación se relaciona con la integración de ciertos elementos jurídicos que tienen la virtud de proyectar el derecho a la no discriminación a la consecución del principio de igualdad sustancial o de oportunidades. Estos elementos son tres: el establecimiento de *acciones positivas* a favor de ciertos grupos de personas que debido al contexto de discriminación y marginación en el que históricamente se encuentran carecen de las mismas oportunidades que el resto de la población para ejercer sus derechos;⁷ la integración de una obligación específica del Estado de promover las condiciones para que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva;⁸ y, finalmente, el mandato dirigido al Estado de proteger a

⁵ El artículo 17 de la Constitución de la República de Ecuador de 1998 establece lo siguiente: “El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes”.

⁶ La Constitución de Kenia, reformada en 1990, establece en la fracción primera de su artículo 70 que ninguna ley podrá establecer disposiciones que sean discriminatorias en sí mismas, o bien que resulten discriminatorias por sus efectos.

⁷ Este es el caso, por ejemplo, del Acta Constitucional Canadiense de 1982, la cual en el apartado dos del artículo 15 establece que la cláusula de no discriminación de su apartado primero no anula aquellas leyes, programas o actos que tengan como objetivo mejorar las condiciones de desventaja de ciertos individuos o grupos, incluyendo aquellos que padecen desventajas por motivos de raza, origen étnico o nacional, color, religión, sexo, edad o discapacidad física o mental.

⁸ Como ejemplos de estas cláusulas podemos citar el artículo 3o. de la Constitución italiana de 1947, así como el artículo 9o. de la Constitución española de 1978. Ambos coinciden en señalar que es deber del Estado alcanzar la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, por lo que les encomienda la tarea de remover los obstáculos que impiden o

los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad. Como modelos de cláusulas de no discriminación que otorgan una protección sumamente amplia del derecho a la no discriminación podemos citar el artículo 13 de la Constitución de Colombia de 1991 y el artículo 21 de la Constitución de Venezuela de 1999.⁹ En ambas cláusulas, además de contenerse los principios de igualdad ante la ley y de igual aplicación en la ley, se integra una cláusula amplia de no discriminación, por la cual se exige al Estado aplicar acciones positivas para alcanzar una igualdad material entre las personas y proteger a los grupos en situación de vulnerabilidad.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

Ahora bien, a pesar de la variedad tipológica de las cláusulas de no discriminación y, sobre todo, de los alcances jurídicos que unas y otra puedan lograr, su estructura fundamental es la misma: un primer elemento por el cual se prohíbe todo tipo de distinción, preferencia, exclusión o desigualdad entre las personas; un segundo elemento mediante el cual se establece

dificulten el desarrollo de la persona humana y su participación en la vida política, económica, social y cultural.

⁹ Artículo 13 de la Constitución de Colombia de 1991: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Artículo 21 de la Constitución de Venezuela de 1999: “Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona. 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

un catálogo de características personales o grupales con base en las cuales se considera injustificado hacer cualquier tipo de distinción relevante al derecho; y un tercer elemento a través del cual se determina que toda distinción basada en las anteriores características se considerará discriminatoria cuando limite, restrinja, anule u obstaculice el goce y ejercicio de un derecho fundamental.¹⁰

Tomando en cuenta los anteriores elementos, a primera vista podemos asegurar sin mayores complicaciones que las cláusulas de no discriminación expresan una norma iusfundamental. En primer lugar, la condición de norma la adquieren en tanto que en su formulación incluyen un conjunto de modalidades deónticas.¹¹ Lo cual implica que a través de expresiones tales como “queda prohibida toda discriminación...”, nadie podrá ser excluido, preferido o perjudicado con base en...”, o bien, “todos gozarán de iguales derechos sin ningún tipo de discriminación”, se establece que algo *deber ser* de una manera específica. En concreto, que nadie debe ser discriminado del ejercicio de sus derechos con base en ciertas características personales o grupales. En segundo lugar, la condición de iusfundamental le viene dada —si seguimos un criterio formal— por la posición en la que de manera general son colocadas estas cláusulas, normalmente en los primeros artículos del título de derechos fundamentales de las diversas Constituciones, mientras que —si seguimos un criterio material— por el hecho de que protege e intenta plasmar en la realidad un conjunto de valores reconocidos como fundamentales por la mayoría de las sociedades contemporáneas.

Sin embargo, el hecho de que estemos frente a una norma iusfundamental no implica necesariamente que estemos frente a un derecho fundamental a no ser discriminado, pues hasta ahora lo que hemos podido vislumbrar es que las cláusulas de no discriminación imponen un deber o un mandato de no discriminar, de lo cual no necesariamente se sigue la existencia de un derecho subjetivo consistente en la capacidad jurídica de un sujeto, de exigir a un

¹⁰ El Comentario General número 18 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos define la discriminación de la siguiente manera: “Cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos tales como la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otro estatus, que se proponga o tenga como efecto nulificar o limitar el reconocimiento, el goce o el ejercicio de todas las personas, en pie de igualdad, de sus derechos y libertades fundamentales” (traducción libre del autor).

¹¹ Sobre el concepto de norma puede consultarse Wright G.H.

tercero que no realice ninguna distinción injustificada que pueda limitar o vulnerar su esfera de derechos.

Este problema teórico ha quedado ampliamente resuelto positivamente por la interpretación jurisdiccional de diversos tribunales nacionales e internacionales. Incluso, es necesario mencionar que no sólo se ha reconocido la existencia de un derecho fundamental a la no discriminación, sino que además, como lo asentó en su Opinión Consultiva número 18¹² la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estamos frente a un derecho con calidad de *ius cogens*.¹³ Por ello, mi intención no es la de poner en duda, desde una perspectiva teórica, un instrumento que en el plano de los hechos resulta de vital importancia para alcanzar el ideal de la equidad y la justicia social. Por el contrario, a continuación intentaré, por decirlo de alguna manera, deconstruir el derecho fundamental a no ser discriminado con el fin de aclarar y profundizar más en su estructura y en su potencial jurídico.

III. LA RELACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El punto de partida para este análisis debe ser la relación que guardan el mandato de no discriminar y el principio de igualdad. Como bien lo indica Fernando Rey Martínez, esta relación es de género y especie, ya que junto a los principios de igualdad ante la ley, de igualdad en la aplicación de la ley, de igualdad en el contenido de la ley y el principio de la igualdad sustancial, el mandato de no discriminación forma parte del conjunto de figuras jurídicas mediante las cuales el constitucionalismo contemporáneo busca plasmar en la realidad el complejo y tan anhelado valor de la igualdad.¹⁴ Sin embargo, esta común convergencia no impide que cada expre-

¹² Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

¹³ En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, elevar a la categoría de *ius cogens* a un derecho fundamental implica que debe considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todos los Estados, independientemente de que sean parte o no en un determinado tratado internacional que contenga dicho derecho fundamental.

¹⁴ Sobre el principio de igualdad, véase Carbonell, Miguel, *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003; Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*,

sión tenga un contenido normativo y un alcance jurídico propio y distinto al de los demás. A mi juicio, es posible fijar una doble distinción basada en la naturaleza jurídica y en los efectos jurídicos de cada una.

En razón de sus efectos jurídicos, podemos señalar tres diferencias relevantes. Primera, mientras los principios de igualdad son mandatos dirigidos específicamente a los poderes estatales,¹⁵ el mandato de no discriminar no sólo obliga a las autoridades, sino también a todos cada uno de los particulares. Segunda, mientras la formulación jurídica de los principios de igualdad sólo puede ser planteada de manera negativa, en el sentido de una prohibición a las autoridades de realizar distinciones irracionales o arbitrarias en la aplicación y en la creación del derecho, el mandato de no discriminar no sólo implica la obligación de no establecer distinciones injustificables en el ejercicio de los derechos, sino, además, el deber de tomar las medidas necesarias para combatir todas las formas de desigualdad que impiden el ejercicio efectivo de los derechos de todos en una plano de igualdad. Finalmente, la no discriminación no sólo se compromete con el principio formal de que todos deben ser tratados iguales, cualquiera que sea el contenido de aquella igualdad, por el contrario, al tener como meta última el que todos puedan gozar y ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de oportunidades, parte de un contenido normativo mínimo irreductible. En este sentido, y en lo que se refiere a sus efectos jurídicos, el mandato de no discriminación escapa de la crítica mordaz que Bertrand Russell hizo al principio de igualdad cuando exclamó: “la igualdad existe lo mismo donde todos son esclavos que donde todos son libres”, a la vez que se identifica de manera muy cercana con el principio de la igualdad sustancial o de oportunidades.

Así, pues, trazar la diferencia entre el mandato de no discriminación y el principio de igualdad sustancial resulta aún más complejo, debido a que

México, Conapred-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, y Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. La teoría y práctica de la igualdad*, trad. de Fernando Aguiar y María Julia Betomeu, Barcelona, Paidós, 2003.

¹⁵ En este sentido, el principio de igualdad ante la ley exige al Ejecutivo y Judicial no aplicar o interpretar la ley de manera distinta en casos que sean sustancialmente iguales. El principio de igualdad ante la ley es un mandato al legislador por el cual se le exige tratar de igual manera a personas que se encuentran en idéntica situación, así como de no tratar igual a personas que se encuentran en situaciones sustancialmente distintas. Mientras que el principio de igual contenido constituye un límite a la discrecionalidad del legislador en el establecimiento de distinciones, obligándolo a justificar racionalmente el motivo y las razones de las mismas distinciones.

existe una fuerte coincidencia en sus efectos. Sin embargo, entre estas dos expresiones no hay una plena identidad, pues si analizamos la naturaleza jurídica de cada una es factible encontrar una diferencia sustancial. A primera vista, la posición más convincente es la adoptada por el propio Fernando Rey Martínez, quien siguiendo la distinción trazada por Robert Alexy entre *principios* y *reglas*, sostiene que mientras el principio de igualdad sustancial es un mandato de optimización dirigido a los poderes públicos y, por lo tanto, un principio cuya realización está sujeta a las condiciones fácticas y jurídicas del momento, como pueden ser las posibilidades financieras y técnicas del aparato estatal, o la estructura socioeconómica de cada población, el mandato de no discriminación es una regla mediante la cual, y sin que se condicione a ningún factor real o jurídico, se prohíbe cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial hacia una persona por el mero hecho de pertenecer a un colectivo social que sufre discriminación.¹⁶ En lo relativo al principio de igualdad sustancial, me parece que no existe objeción alguna ante la anterior afirmación, máxime si tenemos en mente, como lo tiene Rey Martínez, el artículo 9o.2 de la Constitución española. Sin embargo, la afirmación de que el mandato a la no discriminación es exclusivamente una regla me parece que merece mayor consideración, pues, por el contrario, la opinión generalizada es que los derechos fundamentales funcionan en el sistema jurídico también como principios.

Según la propia teoría de Robert Alexy, tanto las reglas como los principios son normas, esto es, razones para juicios concretos de *deber ser*.¹⁷ Su diferencia, pues, no es de grado, sino cualitativa, y se muestra de manera privilegiada en el contexto de la decisión jurisprudencial relativa al conflicto de reglas, por una parte, y la colisión de principios, por la otra. Cuando se enfrentan dos reglas entre sí, el juez sólo puede elegir una de ellas; esto quiere decir, como también apunta Ronald Dworkin, que las reglas son una cuestión del todo o nada.¹⁸ Mediante la aplicación de otras reglas, tales

¹⁶ Cfr. Rey Martínez, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México, CONAPRED, 2005, p. 28.

¹⁷ “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

¹⁸ Dworkin, Ronald, *Tomar los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 24-26.

como; “la ley particular deroga la general”, o “la ley posterior deroga la anterior”, sólo una de ellas puede ser válida para resolver un caso concreto, excluyendo por completo lo mandado por la otra. En cambio, cuando dos principios entran en colisión, resulta imposible en abstracto poder determinar cuál de ellos debe desplazar al otro. El juzgador, por el contrario, deberá tomar muy en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto para *ponderar* cuál de los dos principios tiene mayor peso para vencer en ese caso específico. Por lo tanto, la tensión entre dos principios no se soluciona declarando que uno solo es válido y anulado por completo la validez de otro. Como tampoco se resuelve introduciendo una excepción en uno de ellos de forma tal que en todos los casos futuros tenga siempre que vencer el mismo principio. El ponderar dos principios implica, en muchas ocasiones, reconocerle a ambos un determinado margen de aplicabilidad en el caso concreto, pero, al final, inclinar la balanza por aquel que en esas condiciones específicas presenta un mayor peso normativo.¹⁹ Para Alexy, los principios son razones *prima facie*, es decir, razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas según el caso concreto. Por el contrario, las reglas son razones definitivas, de manera que si no existe una excepción para no aplicar una regla a un caso determinado, lo mandado por ella debe aplicarse de manera terminante.²⁰

En vista de esta diferencia entre principios y reglas, son muchos los autores que sostienen que la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales es la de *principios*, pues sólo así es posible explicar las múltiples colisiones que a diario nos encontramos entre los diversos derechos fundamentales, desde la más clásica colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o al honor, hasta la más cotidiana colisión entre el derecho a la libertad de circulación y el derecho de manifestación. El propio Alexy adopta un modelo dual, afirmando que todos los derechos fundamentales, salvo tal vez el derecho a no ser torturado, se componen tanto de una dimensión de principio, como de una dimensión de regla. Es decir, los derechos fundamentales son razones *prima facie*, y su aplicabilidad en el caso concreto debe ser ponderada frente a otras razones de peso similares. No obstante, a la vez todos los derechos tienen un núcleo normativo que resulta definitivo en todos los casos, es decir, existe un punto en el que cierto

¹⁹ Sobre el juicio de ponderación véase Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 175-217.

²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 17, pp. 81-104.

contenido normativo del derecho ya no puede ponerse en discusión y debe ser aplicado de manera definitiva.²¹ Este es precisamente lo que se conoce como contenido esencial de los derechos fundamentales.

Por mi parte, aunque coincido con Alexy en aceptar esta construcción doble de la gran mayoría de los derechos fundamentales, me parece que el mandato de no discriminación es simplemente una regla. Esta afirmación no es tan sencilla, pues implica sostener que en todos los casos en que el mandato de no discriminación entra en colisión con otros derechos siempre tendrá que preferirse el primero.

Aunque es verdad que en muchas ocasiones el mandato de no discriminación funciona como una restricción de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad de expresión en el caso del discurso de odio, o del derecho a la libertad de asociación en el caso de que los fines de la asociación sean xenófobos o racistas. También es el caso de que en múltiples situaciones no queda muy claro de entrada si debe prevalecer el mandato de no discriminación u otras normas iusfundamentales y, por lo tanto, resulta indispensable que sea un órgano jurisdiccional el que resuelva la cuestión. Casos de este tipo pueden ser: la decisión de una escuela de cierta inspiración religiosa de no contratar a un profesor que tenga ciertas creencias religiosas contradictorias; la decisión de unos padres de familia de contratar para el cuidado de sus hijos a una persona que comparta su misma cultura, hábitos y tradiciones y no contratar a otras personas de culturas diferentes; o la negativa de un pequeño empresario de contratar a una persona discapacitada cuando las modificaciones arquitectónicas que tendría que implementar pusieran en riesgo la viabilidad financiera de la propia empresa.

Sin duda, en estos casos la solución no es tan sencilla, pues en apariencia pareciera que se están enfrentando dos derechos entre sí: el derecho de la escuela de elegir libremente el contenido educativo que quiere transmitir a los estudiantes, frente al derecho de libertad de cátedra de un profesor, en el primer caso; el derecho de los padres de elegir el tipo de educación que

²¹ En este sentido, Robert Alexy señala lo siguiente: “El que las disposiciones iusfundamentales tengan un carácter doble no significa que también lo compartan las normas iusfundamentales. Por lo pronto, ellas son reglas (por lo general, incompletas) o principios. Pero, se obtienen normas iusfundamentales de carácter doble si se construye la norma iusfundamental de forma tal que en ella los dos niveles estén ensamblados. Una vinculación tal de ambos niveles surge cuando en la formulación de la norma iusfundamental se incluye una cláusula restrictiva referida a principios y, por lo tanto, sujeta a ponderación”, p. 135.

quieren para sus hijos, frente al derecho de una persona de trabajar, en el segundo; y, finalmente, en el tercer caso, el derecho de una persona discapacitada al trabajo, frente a la necesidad del empresario y de los otros trabajadores de que la empresa siga siendo viable.

Sin embargo, si miramos con más atención, parece que el trabajo del juez en este caso no es el de ponderar dos derechos en tensión para establecer cuál de ellos debe vencer en el caso concreto, sino que la labor del juez debe dirigirse a analizar si estamos en presencia realmente o no de un caso de discriminación. Y esta cuestión sólo puede dirimirse analizando, primero, si la distinción o preferencia tiene la intención o el efecto de limitar o vulnerar algún derecho fundamental de un tercero y, segundo, si existe una justificación racionalmente fundamentada para establecer dicha distinción.

De hecho, el problema central al que se han enfrentado tanto los tribunales internacionales de derechos humanos como los tribunales nacionales en torno al mandato de no discriminar es el de establecer con la mayor claridad posible un conjunto de criterios a través de los cuales se puede determinar cuándo estamos frente a una distinción irracional en el goce y ejercicio de los derechos de una persona y cuándo no. La jurisprudencia de los tribunales ha ido avanzando de manera un tanto paralela, al grado que de manera general se coincide en aceptar los tres siguientes criterios: 1) que la distinción sea objetiva y tenga una justificación razonable; 2) que la distinción persiga un fin legítimo acorde con los principios y valores establecidos en el texto constitucional, y 3) que exista una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos que se intentan alcanzar.

Más allá del análisis de cada uno de estos criterios —lo cual sería imposible agotar en este artículo— lo que me interesa destacar es que una vez que el órgano jurisdiccional ha determinado, a través de la aplicación de estos criterios, que en efecto estamos en presencia de un acto discriminatorio, se despeja toda posible duda en torno a si el mandato de no discriminación debe prevalecer de manera definitiva. Es decir, al momento de que se califica un acto como discriminatorio el mandato de no discriminación debe prevalecer frente al resto de los derechos fundamentales que funcionan como principios, y que, por lo tanto, son tan sólo razones *prima facie* que deben ceder ante una *razón definitiva*, como lo es el mandato de no discriminación.

Es por ello también que el mandato de no discriminación, a diferencia de otros derechos, de manera más patente las libertades fundamentales, no tiene ningún tipo de restricción o limitaciones. No podemos pensar que el

derecho a no ser discriminado de una persona debe limitarse por razones de orden público, de seguridad, de interés general o de moralidad, pues si por alguna de estas razones las autoridades decidieran realizar actos discriminatorios, como podrían ser el expulsar del país a los miembros de una etnia que se considera perniciosa o peligrosa para la seguridad nacional, o bien, negar la entrada de parejas homosexuales a ciertos espacios públicos por razones de una cierta moral, no se estaría limitando el derecho a no ser discriminado; en realidad, se estaría vulnerando por completo, es decir, se estaría negando contundentemente toda su validez de regla. Incluso, la aceptación del legislador a aplicar ciertas acciones afirmativas para beneficiar a ciertos grupos específicos no funciona como una limitación al mandato de no discriminación, sino, realmente, como una excepción, que queda justificada en tanto promueve el ejercicio real y efectivo de los derechos de un grupo humano determinado, tal y como ciertas reglas jurídicas permiten excepciones interpuestas por otras reglas.

Así, pues, el carácter de regla otorga al mandato de no discriminación una fuerza normativa muy importante, pues además de gozar generalmente del mayor nivel jerárquico de un sistema jurídico, su carácter definitivo lo coloca en una posición preferencial en relación con el resto de las normas iusfundamentales, con la salvedad tal vez de la prohibición de la tortura y del respeto a la vida y de la dignidad humana.²² La razón de esta posición privilegiada radica, desde mi punto de vista, en la función misma que el mandato de no discriminación desempeña en el sistema de derechos, pues al prohibir toda limitación o vulneración de derechos de una persona por sus características personales o su pertenencia a un grupo humano específico, desempeña el papel de protector y garante de todos los derechos fundamentales del sistema jurídico.

IV. EL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO

Aunque ya se ha clarificado su carácter de regla, esto no implica automáticamente que podamos afirmar que del mandato de no discriminación

²² Sobre la posición jerárquica de los derechos fundamentales véase Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo* (s), Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 13-31.

se desprende un derecho subjetivo.²³ Por lo menos se tienen que cumplir dos condiciones más. La primera de tipo ético-filosófico, y la segunda de tipo jurídico-dogmático. La primera condición pregunta, en un nivel meta-sistemático, si existe o no una necesidad, un interés o un valor racionalmente fundamentado y reconocido por la gran mayoría de los ciudadanos que deba ser asegurado por el derecho a no ser discriminado, mientras que la segunda condición pregunta, desde la dimensión intrasistemática, si de la estructura jurídica del mandato de no discriminación se puede desprender un derecho subjetivo.²⁴

Con relación a la primera pregunta, me parece que el objeto del derecho a no ser discriminado engloba fundamentalmente la protección de tres valores distintos: la igualdad de derechos y obligaciones de todas las personas, la dignidad humana y la libertad de ser y comportarse de manera diferente a los demás. En cuanto al valor de la igualdad de derechos, resulta evidente que la primera consecuencia de la discriminación es impedir u obstaculizar que una persona, con base en alguna característica o condición personal, ejerza sus derechos, lo cual la coloca irremediamente en una situación de desventaja respecto del resto de las personas, vulnerando claramente el principio de igualdad de derechos de todos los hombres. En este sentido, el derecho a la no discriminación se identifica con el principio fundamental de la *universalidad de derechos*, pues, en esencia, expresa la exigencia de que todos gocemos de todos los derechos fundamentales en igualdad de circunstancias.

Ahora bien, el efecto de un acto discriminatorio no sólo es generar una desigualdad en el plano fáctico y jurídico, sino que, además, tiene repercusiones directas en la persona que la sufre, pues cuando alguien es discriminado no sólo se menosprecia una de sus cualidades o condiciones personales, sino que, además, se reduce o se niega el valor intrínseco que tiene como persona. Cuando discriminamos, estamos negándole el carácter de persona al otro, lo pretendemos rebajar o desvalorizar al grado de considerarlo un ser de segunda clase, un inferior que no merece el mismo trato que otorgo a los que son como nosotros. En definitiva, al juzgar a alguien tan sólo con base en una de sus características personales se le reduce y desfi-

²³ Sobre el problema de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos, véase Cruz Parceró, José Antonio, *El concepto de derecho subjetivo; En la teoría contemporánea del derecho*, México, Fontamara, 1999.

²⁴ Esta distinción entre un nivel normativo y un nivel analítico de los derechos subjetivos es propuesta por Robert Alexy. Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 17, pp. 173 y 174.

gura a tal grado que se vuelve imposible tratar a esa persona como un fin en sí misma.

Finalmente, la libertad de ser diferente se ve cercenada y negada por la discriminación, en tanto que ésta implica la negación a reconocer el valor de las diferencias de los demás, a reconocer la libertad y el derecho que los otros tienen de pensar, creer, elegir, comportarse; en suma, de ser de manera distinta a nosotros. Desde esta perspectiva, de la cláusula de no discriminación también se puede derivar el derecho a ser diferentes, pues al prohibirse que se realicen distinciones o desventajas con base en características tales como el sexo, la raza, la religión, la orientación sexual, la situación económica y social etcétera, —elementos que en el mundo de los hechos nos distinguen a unos hombres de otros— se está garantizando implícitamente el que cada uno pueda expresar su propia identidad y ser personal sin ningún tipo de restricciones.²⁵

En cuanto a la segunda pregunta, la de si es posible o no desprender del mandato de no discriminación un derecho subjetivo, debemos concentrarnos en la estructura jurídica del mandato para analizar la forma específica empleada para positivizarlo en un orden jurídico determinado y ver, finalmente, si ella también permite reformularse a través de la estructura de un derecho subjetivo.

La estructura más simple de un derecho subjetivo es la del “derecho a algo”, y se compone a través de una relación triádica, cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (A); el segundo miembro, el destinatario o sujeto pasivo del derecho (B), y el tercer elemento, es el objeto del derecho (G).²⁶ Así, pues, en todo derecho subjetivo (A) se encuentra en la *posición* de exigir a (B) la realización o la abstención de (G).

²⁵ Sobre el tema del derecho a ser diferentes véase Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

²⁶ Robert Alexy distingue entre tres estructuras básicas de los derechos subjetivos. La primera se refiere a la del *derecho a algo*, y se compone de una relación triádica, cuyo primer miembro es el portador o titular del derecho (A), su segundo miembro, el destinatario o sujeto pasivo del derecho (B) y su tercer miembro, es el objeto del derecho (G). La formulación lingüística de este derecho sería la siguiente: *A* tiene frente a *B* un derecho a *G*. El segundo tipo de estructura es el del derecho de libertad, la cual también se compone de tres elementos, el titular (A), quien es libre frente al sujeto pasivo (B) de realizar o no realizar una determinada conducta u abstención (G). La formulación lingüística de este derecho sería la siguiente: (A) es libre con respecto a (B) para hacer o no hacer (G). Finalmente, la tercera estructura es la de los derechos llamados de competencia, es decir, en los que el titular del derecho (A) tiene frente al sujeto pasivo (B) la com-

A tiene frente a B un derecho a G

En el caso del mandato de no discriminación, su estructura también es triádica, pues obliga a (B), que puede ser el Estado o cualquier particular, a no realizar (G); en este caso una distinción injustificada por los motivos ya conocidos, que pueda afectar a (A) en su esfera de derechos. Traducido esto en términos positivos, es decir, en un lenguaje de derechos y no de deberes u obligaciones, tendríamos la siguiente estructura: (A) tiene frente a (B) el derecho de que éste no realice (G), es decir, una distinción injustificada con base en sus cualidades personales o pertenencia a un grupo, que pueda limitar o restringir sus derechos. En este caso (A) se encuentra en una *posición* de exigir a (B) la realización de (G) y, por lo tanto, se establece una relación jurídica por la cual (A) tiene la facultad o el poder jurídico de exigir a (B) el cumplimiento de ciertas acciones u omisiones (G) encaminadas a garantizar el que (A) pueda gozar y ejercer sus derechos fundamentales en un plano de igualdad.

Lo más relevante para determinar la existencia de un derecho subjetivo, además, por supuesto, de identificar tanto al titular del derecho como al sujeto pasivo de la obligación, es el especificar con claridad el *contenido del derecho*, es decir, la acción u omisión que el titular del derecho puede exigir jurídicamente de aquel en quien recae la obligación. En el caso concreto del derecho a no ser discriminado, es posible distinguir un contenido en sentido estricto y un contenido en sentido amplio. En el primer caso, el sujeto pasivo del derecho se obliga a no realizar ningún tipo de distinción racionalmente injustificada, basada en las cualidades personales del sujeto activo, que implique la restricción o vulneración de los derechos fundamentales del segundo. Mientras que en su sentido amplio el contenido del derecho a no ser discriminado consiste en garantizar, por todos los medios que estén al alcance del sujeto pasivo, el que el titular del derecho pueda gozar y ejercer sus derechos fundamentales en un plano de igualdad en relación con el resto de los individuos de esa comunidad específica. Con base en esta segunda acepción, el derecho a no ser discriminado puede traducirse en un derecho de acceso al resto de los derechos o, si se prefiere, como un derecho de todas y cada una de las personas a tener derechos.

potencia de crear una posición jurídica (G). Por competencia Alexy entiende una facultad o poder que alguien tiene para crear o modificar una situación jurídica determinada sin que un tercero se lo impida o lo obstaculice.

V. ELEMENTOS DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

Una vez que se ha demostrado la posibilidad de desprender un derecho subjetivo del mandato de no discriminación, es necesario especificar cuáles son los elementos que lo componen.

En primer lugar, el *titular o sujeto activo* del derecho a la no discriminación es, en general, cualquier persona que por los motivos considerados discriminatorios se le limiten o anulen sus derechos fundamentales. Aquí realmente no debe existir ningún tipo de excepción o restricción a algún tipo de personas, pues éstas contravendrían el núcleo esencial del derecho a no ser discriminado. Por tanto, los migrantes —documentados e indocumentados—, los niños, los adultos mayores, las personas privadas de su libertad o las personas que viven con algún tipo de discapacidad física o mental, etcétera, son titulares del derecho a no ser discriminados con relación a los derechos fundamentales que el orden jurídico y los instrumentos internacionales les reconocen. Una vez más aquí se logra percibir la íntima conexión que existe entre el derecho a la no discriminación y el principio de la universalidad de los derechos, pues resultaría una contradicción de términos el discriminar a alguien en el ejercicio de su derecho a no ser discriminado.

Ahora bien, desde la perspectiva del sujeto activo, otra característica específica del derecho a no ser discriminado consiste en que sus titulares no sólo son personas individuales, sino que también pueden ser grupos de personas en cuanto tales. Por lo regular, una de las principales razones por las que se discrimina a alguien es por su pertenencia a un grupo humano específico. En la historia, muchos de los actos discriminatorios más reprobables, como la trata de esclavos, el holocausto, el *apartheid* o las recientes limpiezas étnicas, no se han perpetrado por un odio generado contra personas específicas, sino más bien contra el grupo al cual esas personas forman parte. Es por ello que a pesar de que son las personas concretas las que en su esfera individual padecen la restricción o vulneración de sus derechos fundamentales, los efectos negativos de la discriminación también repercuten directamente en el grupo de personas en cuanto tal. Esto se debe, por supuesto, a que existe una conexión directa entre los motivos por los cuales una distinción se considera discriminatoria —sexo, raza, religión, origen social, situación económica, capacidades físicas, orientación sexual, etcétera—, y los grupos específicos de personas que resultan más vulnerables

al fenómeno de la discriminación —mujeres, minorías raciales, religiosas, étnicas, homosexuales, discapacitados, etcétera—. En virtud de esta conexión, resulta que el derecho a no ser discriminado cobra un significado específico para las personas que integran estos grupos, pues constituye el instrumento idóneo por el cual, como grupo, pueden reivindicar la igualdad de derechos y oportunidades en relación con el resto de las personas que integran la sociedad. En este sentido, además de la posibilidad de que cada persona pueda exigir el cumplimiento de su derecho a título personal, también es posible que al compartir una misma situación social y jurídica sea el grupo en cuanto tal el que exija el derecho a la no discriminación en beneficio de todos y cada uno de sus integrantes. Pensemos, por ejemplo, en algunos casos desafortunadamente reales: la restricción que una ley hace de los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes, la práctica sistemática de algunas empresas de pedir pruebas de embarazo a las mujeres que solicitan empleo, la negativa o incapacidad de alguna escuela indígena rural de poner en práctica un programa de educación bilingüe, la negligencia de las autoridades municipales en equipar el transporte y las vías públicas con los aditamentos necesarios para facilitar el acceso de personas con alguna discapacidad motriz o visual, los comentarios peyorativos que en muchos medios de comunicación se hacen de las personas homosexuales, etcétera. Aunque en todos estos ejemplos algunas personas concretas resultan afectadas en el ejercicio de sus derechos, también la discriminación repercute en el grupo al que pertenecen, al grado que, incluso, existen ciertos ejemplos como podrían ser la pinta de swásticas en las calles, la disminución del presupuesto público para el desarrollo de los pueblos indígenas, el discurso machista o xenófobo de ciertos personajes públicos, en los cuales es imposible identificar quiénes son los afectados de manera específica y, por lo tanto, sólo es el grupo en cuanto tal el que puede exigir el derecho a no ser discriminado.

Con relación al sujeto pasivo, aunque son muchas las cláusulas constitucionales de no discriminación y los instrumentos internacionales de derechos humanos señalan al Estado como el primer responsable para prevenir y eliminar la discriminación, es necesario subrayar que una de las características propias del derecho a no ser discriminado es que de él no sólo se derivan obligaciones específicas para los órganos del Estado, sino, en general, para todos los individuos. De hecho, un número considerable de contextos de discriminación se generan en el ámbito de las relaciones entre particulares, tales

como en el empleo, en la educación privada, en el comercio, en la familia y en los centros de esparcimiento.²⁷ Así, las obligaciones específicas que tienen los particulares frente al derecho a no ser discriminado estarán determinadas por los contextos específicos en los que éstos se relacionan. En el caso de las relaciones laborales, por dar un ejemplo, los patrones o empleadores asumen deberes específicos, tales como garantizar un salario igual por igual trabajo sin ningún tipo de distinción, asegurar las mismas oportunidades de contratación, capacitación y ascenso para todos sin que se puedan hacer distinciones por motivos de raza, sexo, opinión política, religión, etcétera, no limitar o constreñir ciertos derechos laborales, tales como aguinaldo, vacaciones, horas extras, etcétera, a ciertos trabajadores por los motivos antes mencionados, y, por supuesto, el deber de que los criterios de contratación y despido no se basen exclusiva o parcialmente en los motivos considerados como discriminatorios.

Por otro lado, una cualidad especial que distingue al derecho a no ser discriminado de los principios de igualdad ante la ley, de igualdad en la aplicación de la ley y de igualdad en el contenido de la ley, es que la obligación de garantizarlo recae en todos los poderes del Estado y no en algunos en específico. Así, por ejemplo, mientras el Poder Legislativo tiene el deber principal de no emitir leyes discriminatorias, y el Poder Judicial tiene la responsabilidad de que todos los individuos sin excepción alguna tengan acceso a la justicia en un plano de igualdad, el Poder Ejecutivo tiene la principal obligación de crear las condiciones sociales, económicas y políticas para que todos los ciudadanos cuenten con las mismas oportunidades para gozar y ejercer sus derechos fundamentales.

Finalmente, ya hemos señalado que el objeto del derecho a no ser discriminado se identifica con las acciones u omisiones que el sujeto pasivo está obligado a realizar para garantizar a los titulares del derecho el ejercicio pleno de sus derechos en pie de igualdad, lo cual implica, como es evidente, un margen muy amplio de deberes jurídicos que el sujeto pasivo asume. Tanto en la Declaración y Plan de Acción de Viena como en las observaciones generales de los diversos comités de los principales instrumentos internacionales del sistema universal de protección de los derechos huma-

²⁷ De hecho, según la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México realizada por el Conapred y la Sedesol, señalan que los ámbitos en los que la discriminación se presenta con mayor intensidad es en las empresas, en las escuelas, en los hospitales y en la familia.

nos se ha constatado que debido a la universalidad, integralidad e interdependencia de los derechos humanos es injustificable la división que con anterioridad se hacía entre algunos derechos (políticos y civiles) de los cuales se desprendían obligaciones de no hacer y otros derechos que implicaban exclusivamente obligaciones de hacer (económicos, sociales y culturales).²⁸ En cambio, se ha demostrado, sobradamente, que para garantizar efectivamente el ejercicio de cada uno de los derechos es necesario adoptar tanto obligaciones negativas como positivas.²⁹ Por supuesto, el derecho a no ser discriminado no puede ser la excepción, incluso, yo diría que es uno de los derechos de cuyo campo de protección se desprende una mayor número de obligaciones de diversa naturaleza.

En primer lugar, se desprende la obligación de *respetar* el derecho a no ser discriminado, es decir, de no impedir u obstaculizar a nadie el ejercicio de sus derechos fundamentales por motivos tales como el sexo, la raza, la religión, la preferencia sexual, el origen social, la situación económica, etcétera. En este caso las obligaciones pueden ir desde la obligación más general que cruza por todos los niveles de gobierno y que llega hasta los particulares de no cometer actos en sí mismos discriminatorios o que tengan como efecto una discriminación indirecta, hasta obligaciones muy puntuales que van asumiendo cada uno de los poderes del Estado, tales como no emitir leyes discriminatorias, de parte del Poder Legislativo, revisar, y en su caso calificar de inconstitucionales, las leyes o actos de autoridad que sean o resulten discriminatorios, de parte del Poder Judicial o, en el caso del Poder Ejecutivo, obligaciones tan concretas como no impedir u obstaculizar que niños con VIH o hijos de testigos de Jehová asistan a las escuelas públicas, negar o restringir los programas sociales a las personas con ideología política distinta a la oficial, negar el acceso a los servicios de salud a las personas que viven en extrema pobreza, negar o limitar el uso y disfrute de sus tierras y los recursos naturales que hay en ellas a las comunidades indígenas, restringir o negar los derechos políticos y libertades fundamentales a personas de una religión específica, etcétera.

Otro tipo de obligaciones es la de *proteger* que terceras personas no vulneren el derecho a no ser discriminado por los demás. Para ello el Estado

²⁸ Declaración y Plan de Acción de Viena, aprobada en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993. A/CONF.157/24

²⁹ Sobre este tema véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 28 y 29.

tiene la obligación de implementar un conjunto bastante extenso de medidas que tengan como fin impedir mediante la fuerza del derecho los actos discriminatorios entre particulares. Algunas de ellas pueden ser la implementación de una estrategia para vigilar, y en su caso sancionar, a las empresas que realicen algún tipo de discriminación directa o indirecta; establecer medidas administrativas que impidan la discriminación en el acceso a servicios o lugares públicos; la integración en el ordenamiento jurídico del tipo penal de “discriminación” que sancione penalmente conductas tales como el discurso de odio o las asociaciones con fines racistas, xenófobos u otras formas de intolerancia y que establezca a la discriminación como una agravante de los delitos; la articulación de un organismo público que se encargue de monitorear los niveles, las causas, los contextos y los grupos más vulnerables hacia el fenómeno de la discriminación; el establecimiento de un recurso efectivo para que los particulares puedan exigir ante los tribunales el respeto de su derecho a la no discriminación y la implementación de la figura de la reparación del daño por conductas discriminatorias de particulares.

La tercera modalidad de obligaciones es la de *asegurar* por distintos medios que el titular del derecho pueda ejercer sus derechos sin ningún tipo de discriminación aun y cuando las circunstancias y el contexto en el que se encuentra se lo impidan. Este es el caso específico de las acciones afirmativas, pues precisamente constituyen un conjunto de medidas de carácter temporal que tienen como fin remover y eliminar el contexto de discriminación en el que históricamente se encuentra un determinado grupo de personas y que le impide ejercer sus derechos fundamentales en pie de igualdad.³⁰ Es a través de las acciones afirmativas, con todas las modalidades y graduaciones que éstas pueden tener, como el Estado puede compensar la situación de desigualdad de oportunidades en la que un grupo humano se encuentra, así como asegurar ciertos puestos estratégicos en la sociedad a los miembros de aquellos grupos subrepresentados. Siendo imposible desarrollar ahora una explicación más detallada de los elementos que integran las acciones afirmativas, así como de sus diversas modalida-

³⁰ Sobre este tema puede consultarse Jiménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Triant lo Blanch, 1999; Vittoria Ballesteros, María, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Madrid, núm. 19, 1996, pp. 91-109, y Bossuyt, Marc, “El concepto y la práctica de las acciones afirmativas”, Informe final presentado de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/SUB.2/2002/21, 17 de junio de 2002.

des que pueden revestir, conviene por lo menos destacar que son medidas cuyo deber de implementación se deriva del derecho mismo a no ser discriminado y, en específico, de la obligación de asegurar su ejercicio para aquellos que las circunstancias se lo impiden. En este sentido, como lo menciona el Comité de Derechos Humanos, no es estrictamente necesario que la legislación de un país expresamente contemple la obligación de las autoridades de implementar acciones positivas, pues basta con que se reconozca el derecho a no ser discriminado para que el Estado asuma dicha obligación.³¹

Finalmente, el cuarto tipo de obligación es la de promover las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales para que todas las personas, sin ningún tipo de distinción injustificada, puedan acceder al derecho a no ser discriminado. Sin duda, este tipo de obligaciones son a la vez las más generales y por lo tanto difíciles de precisar, pero también, las de mayor impacto en la lucha contra la discriminación. Son dos los ámbitos preponderantes en los que estas obligaciones tienen aplicabilidad: el económico-social y el educativo-cultural. En el primero, el gran reto es combatir y disminuir drásticamente los niveles de pobreza y el índice de desigualdad económica que existe en la población de un país, pues claramente se puede identificar que la pobreza y la desigualdad no sólo es una cuestión de escasez de recursos económicos, sino que precisamente esta situación se traduce en una enorme desigualdad en las oportunidades que tienen los diversos estratos sociales de ejercer sus derechos fundamentales. Así, pues, una obligación sumamente amplia que se desprende del derecho a no ser discriminado es la de elaborar e implementar una política económica que tienda a eliminar la pobreza y a reducir las enormes desigualdades económicas que existen entre la población. En el ámbito educativo y cultural, la obligación del Estado y de los particulares es la de difundir y arraigar entre la población prácticas y valores que promuevan una cultura de la no discriminación, tales como el respeto a las diferencias de los demás, el multiculturalismo, la defensa de la dignidad humana y de la idea de que los hombres somos iguales en derechos, la tolerancia, la mutua comprensión, el diálogo intercultural, la equidad de género y el respeto a los demás. Esta labor abarca tanto la educación formal como la educación informal, y compete a toda la sociedad en su conjunto; desde los padres de familia,

³¹ *Cfr.* Comentario General número 18, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 de noviembre de 1989.

la escuela, las Iglesias, los partidos políticos, los medios de comunicación, hasta las autoridades estatales.

VI. FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

Una vez analizados los elementos que componen el derecho a la no discriminación, sólo nos resta tratar de determinar la función que éste desempeña en el sistema de derechos fundamentales, lo cual se podrá deducir si analizamos la relación que guarda con el resto de los derechos. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos coinciden en tratar el derecho a no ser discriminado como un derecho de acceso a otros derechos o, si se prefiere, como un metaderecho, es decir, como un derecho que se sitúa por encima del resto de los derechos, y cuya principal función es *garantizar* que las personas puedan gozar de iguales derechos sin ningún tipo de distinción arbitraria o irracional.³²

Me parece que existen dos razones que fortalecen esta perspectiva. La primera consiste en que, por lo general, en los diversos instrumentos de derechos humanos, tanto a nivel local como internacional, la cláusula de no discriminación acompaña las disposiciones que fijan y determinan la obligación de respetar y promover los derechos fundamentales de parte del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el que se establece la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella.³³ Esto implica que el respeto al derecho a la no discriminación se constituya en una condición sin la cual no se puede considerar que el Estado haya cumplido cabalmente con su obligación de respetar y promover

³² De la Corte Europea de Derechos Humanos pueden consultarse los siguientes casos: (Anchova and others vs. Bulgaria), (Aziz vs. Cyprus), (Pla and Puncernau vs. Andorra), (Merger and Cros vs. France) y (BB. vs. The United Kingdom). Mientras que de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la Opinión Consultiva núm. 18, puede consultarse la Opinión Consultiva núm. 4, 19 de enero de 1984.

³³ El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 establece expresamente: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

los derechos de los ciudadanos. La relación que se establece en este punto entre el derecho a la no discriminación y el resto de los derechos fundamentales es, por una parte, el de una condición que determina cómo deben ser respetados los derechos y, por otra parte, como una puerta de acceso a la exigibilidad de los mismos derechos. Esta relación se percibe de manera aún más clara con los derechos económicos y sociales, cuya justiciabilidad es un tanto más problemática, pero no por ello imposible, que la de los derechos civiles y políticos, pues reforzando el principio de la universalidad de los derechos, a la luz del derecho a la no discriminación se puede afirmar que una vez que un Estado específico garantiza el acceso de un determinado sector de la población a su derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, etcétera, se abre la puerta para que con base en el derecho a la no discriminación el resto de personas pueda exigir ante los tribunales que el Estado también garantice el derecho que ellos tienen de acceder a los anteriores servicios o bienes públicos.

La segunda razón consiste en que el derecho a la no discriminación es subsidiario del resto de los derechos fundamentales. Es decir, siempre que se alegue su violación se debe demostrar que otro derecho fundamental reconocido jurídicamente fue también restringido o vulnerado. No hay que olvidar que para que exista un acto discriminatorio y, por lo tanto, para que se vulnere el derecho a la no discriminación, se requiere que una distinción injustificada tenga como consecuencia la limitación o violación de un derecho fundamental. Por ello, los dos tribunales regionales de derechos humanos antes referidos coinciden en negar una autonomía plena al derecho a la no discriminación pues afirman que su violación sólo puede ser invocada en el caso de que se vulnere otro derecho fundamental.³⁴ Así, por ejemplo, en el caso hipotético de que se impida a un menor de edad el acceso a la educación pública debido a la religión de sus padres, el derecho a no ser discriminado del menor se vulnera en tanto se

³⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos afirma expresamente lo siguiente: “The Court reiterates that Article 14 of the Convention complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to the enjoyment of the rights and freedoms safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions— and to this extent it is autonomous —there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter”. *Cfr. Case of Palau-Martínez v. France del 16 de diciembre del 2003*, p. 8. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=748998&skin=hudoc-en&action=request>.

viola de manera concomitante su derecho a la educación y el derecho a la libertad de creencias. En este caso concreto la violación del derecho a no ser discriminado se lleva a cabo debido a que el menor recibe un trato distinto por un motivo injustificado e irracional, como es la fe religiosa de sus padres, teniendo como consecuencia la violación de su derecho fundamental a la educación.