

Definición y concepto de la no discriminación

Jesús Rodríguez Zepeda*

La discriminación es una conducta, culturalmente fundada, 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.

Es un prejuicio muy extendido en el campo del pensamiento social el rechazo a las definiciones. Numerosos autores adjudican a éstas el defecto de limitar los argumentos, de empobrecer los conceptos y de poner “camisas de fuerza” a los desarrollos de una teoría. Sin embargo, desde la perspectiva aquí defendida, las definiciones pueden cumplir funciones explicativas de amplio alcance. No funcionan sólo como pasos propedéuticos para arribar a los contenidos sustantivos del objeto en cuestión, sino también como estipulaciones necesarias que delimitan el terreno problemático y los objetos a considerar en el argumento. Es decir, son parte ya de la reconstrucción conceptual del objeto en cuestión.

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 ser traídas a la figura de una definición. En este sentido, construir definiciones es ya argumentar con una orientación conceptual específica.

La necesidad de contar con definiciones apropiadas 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 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 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 bue-

* Profesor-Investigador, Departamento de Filosofía, UAM-Iztapalapa.

na 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.

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 referencia¹. 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.

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

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

¹ Cfr. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia. 2: Los problemas clásicos*, México, Alianza Universidad, 1989, pp. 319-342.

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 discriminatorias². 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 vista de los efectos históricos de la discriminación sobre grupos como las mujeres o las minorías étnicas³.

Así, la pareja de enunciados normativos “no discriminación” y “tratamiento preferencial” no se integra sin

² 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.

³ 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, Thomas Nagel & Thomas Scanlon (Edits.), *Equality and Preferential Treatment, A Philosophy & Publics Affairs Reader*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, p. 4.

disonancias ni conflictos, pues allí donde han informado a las políticas de los Estados democráticos, no han dejado de estar sujetas a un debate que nos parece 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 igualdad⁴, 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 consideración⁵.

Cabe señalar que esta aparente contradicción entre la exigencia de un tratamiento sin excepciones y la necesidad de tratamientos preferenciales 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 normativos⁶.

En buena medida, la acción política de los Estados democráticos en la lucha contra la discriminación está atada a los dilemas generados por este nudo conceptual, pues en

⁴ 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. *Cfr.* Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1990, pp. 192-225.

⁵ En el *Diccionario de la Lengua Española* (Real Academia Española, Vigésima primera edición), 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” en *Cambridge International Dictionary of English*, London, Cambridge University Press, 1995.

⁶ 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 Barry S. Gross (Ed.), *Reverse Discrimination*, Buffalo, New 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 en Glazer, Nathan, *Affirmative Discrimination. Ethnic Inequality and Public Policy*, New York, Basic Books, 1975.

las posiciones que presentan a tales elementos como interdependientes o causalmente conectados, el tratamiento preferencial acompaña a la exigencia de no discriminación; mientras que en los argumentos que presentan a esos elementos como normativamente independientes, la no discriminación aparece como una prohibición expresa de todo tratamiento preferencial, sea cual sea el fundamento normativo o las pretensiones reivindicativas o emancipatorias 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 suerte de forma antónima, con el 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, etc.”⁷

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,

⁷ En lengua inglesa las cosas no son muy distintas. El *Cambridge International Dictionary of English* (Cambridge, Inglaterra, Cambridge University Press, 1995) registra 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”.

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 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:

- (1) Transitivo: distinguir o diferenciar o establecer una diferencia entre personas o cosas.
- (2) Transitivo: percibir, darse cuenta o distinguir, con la mente o los sentidos, de las diferencias entre cosas.
- (3) Establecer una distinción o diferencia.
- (4) Hacer una distinción adversa respecto a algo o a alguien⁸.

Luego, el autor agrega agrega: “... es obvio que el sentido 4 es el relevante para el problema de la justicia social⁹.” 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 suscitadas 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 pro-

⁸ Groos, Barry, *Discrimination in Reverse. Is Turnabout Fair Play?*, New York, New York University Press, 1978, p. 7.

⁹ *Ibidem*.

blema 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 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 estos 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 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948¹⁰, 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 histo-

¹⁰ 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.

ria 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*¹¹.

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*¹².

¹¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. *Entrada en vigor*: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. El énfasis es mío.

¹² Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. *Entrada en vigor*: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27. El énfasis es mío.

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 grupal¹³.

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 en general, el matrimonio, etcétera¹⁴. 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, explícito 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, 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 constancia de la práctica imposibilidad de entender la naturaleza de este fenómeno sin situarlo en su propio pasado, se podría derivar conceptualmente la obligación de que el Estado compense, retribuya o estimule de manera especial a grupos determinados.

Vertida jurídicamente, esta definición llana de la no discriminación deja abierto un amplio debate acerca de lo que

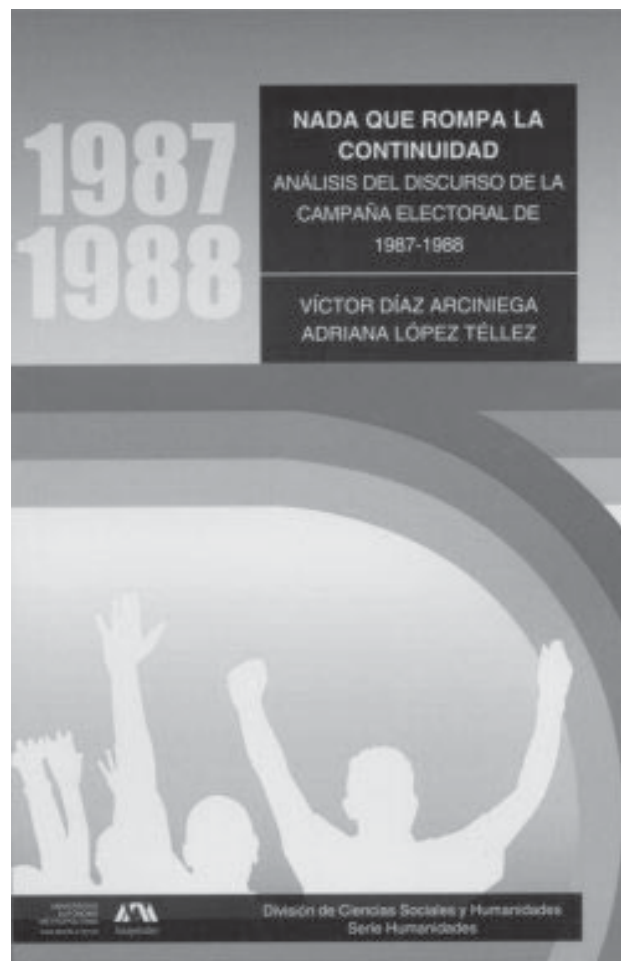
¹³ Gross, Barry S., *Discrimination in Reverse ...*, *Op. cit.*, p. 10.

¹⁴ *Ibidem*.

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 sexual¹⁵.

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.*

¹⁵ 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 principio (llano) de la no discriminación está garantizado, pero el de acción afirmativa está en profunda crisis.



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*¹⁶.

En todo caso, esta pareja de definiciones que he avanzado en este trabajo son una invitación para abrir un debate necesario que en nuestro ámbito académico y político muestra un enorme retraso respecto de la construcción legal e institucional de la lucha contra la discriminación.

¹⁶ Cfr. 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,” en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 23, julio de 2004, Barcelona, Anthropos.